

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO



**EL TRATAMIENTO JURÍDICO Y LEGAL DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD
SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE:
ABOGADO**

**AUTOR
QUIROGA MENDOZA, OMAR RASHID**

Chiclayo, 19 de noviembre del 2018

TRATAMIENTO JURÍDICO Y LEGAL DE LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

PRESENTADA POR:

QUIROGA MENDOZA, OMAR RASHID

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de:

ABOGADO

APROBADA POR:

Abog. Miguel Ángel Augusto Falla Rosado

PRESIDENTE

Dra. Ana María Margarita Llanos Baltodano

SECRETARIO

Mtra. Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto
Cáceres

ASESOR

DEDICATORIA

El trabajo realizado para la elaboración de esta Tesis, está dedicado primeramente a Dios y a la Virgen María, quien nos guía día a día para lograr nuestros objetivos.

A Mi Madre Sandra Mendoza Samillán y a mi abuela Nicolasa de Mendoza, quienes con su apoyo, consejos, comprensión y amor me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi empeño y perseverancia para conseguir todos lo propuesto. Y a mi hermano homero Quiroga Mendoza por ser la persona que más admiro por el ejemplo que demuestra.

AGRADECIMIENTO

A Dios y a la Virgen María, por darme la fuerza para llegar a esta instancia en la vida, y permitirme lograr mis objetivos, además de su infinita bondad y amor.

A mi Mama Sandra por su dedicación, apoyo y consejo, ya que sin ellos no hubiera podido tener la motivación de tener este objetivo. Y los ánimos que me brindo mi hermano Homero.

A mi asesora, Dra. Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres, por brindarme su ayuda a cada segundo en esta etapa, para poder lograr concretar este propósito.

A mis profesores: Omar Zapata López, Yuri Díaz, Jaime, José Luis Sirlopú, Ana María Llanos, y La Dra. Dora Ojeda, por ofrecerme sus conocimientos y guiarme en todos estos años para lograr esta meta.

A todos ellos les dedico esta Tesis.

Omar Rashid Quiroga Mendoza

RESUMEN

En la presente Tesis se abarca el tema polémico referido al tema de “Cual sería la edad idónea conforme a los lineamientos doctrinales referidos en que la persona que ejerza su libertad sexual debe hacerlo en plena capacidad física y psíquica, es decir que aquella persona pueda comprender lo que implica el desenvolvimiento sexual.

A pesar de que el legislador ha considerado que la edad de 14 años sería el nivel o tope límite, además abarcándose en la sociología como ciencia auxiliar, ya que también vemos este rezago configurado en el antiguo código de Murcia, siendo base para ir construyendo el derecho penal como ciencia jurídica.

No obstante, los estudios psicológicos que vendrían a ser otra ciencia auxiliadora para la dogmática penal, han demostrado que una persona a los 14 años alcanza un desarrollo físico completo o madurez sexual física más no culmen en el ámbito psíquico y psicológico, y por lo tanto cierta carencia en este requisito primordial.

La adolescencia intermedia es en donde se copula tanto el ámbito físico como el psicológico, por lo que pretendemos el regreso al art 173 193 in 3 en base a la edad idónea de los 16 años (adolescencia intermedia) basándonos en el voto del Magistrado Vergara Gotelli.

Finalmente se efectuará un análisis del voto de discordia del Magistrado Vergara Gotelli a fin de entender por qué es importante el regreso del artículo 173 inc. 3 del Código Penal. En base a la edad propuesta.

Palabras Claves: Libertad Sexual, Indemnidad Sexual.

ABSTRACT

This thesis covers the controversial issue referred to the theme of "What would be the appropriate age according to the doctrinal guidelines referred to in which the person exercising their sexual freedom must do so in full physical and mental capacity, ie that person can understand what implies the sexual development.

Although the legislator has considered that the age of 14 years would be the level or ceiling limit, also covering in sociology as an auxiliary science, since we also see this setback configured in the old code of Murcia, being the basis to build the right criminal as a legal science.

Notwithstanding the psychological studies that would come to be another helping science for criminal dogmatics, they have shown that a person at the age of 14 achieves a complete physical development or physical sexual maturity rather than a culmination in the psychic and psychological environment, and therefore somelack in this primordial requirement.

Intermediate adolescence is where both the physical and the psychological are copulated, so we intend to return to article 173 inc 3 based on the ideal age of 16 years (middle adolescence) based on the vote of Magistrate Vergara Gotelli .

Finally an analysis of the vote of discord of Magistrate Vergara Gotelli will be carried out in order to understand why it is important the return of article 173 inc. 3 of the Penal Code, based on the proposed age.

Keywords: Sexual Freedom, Sexual Indemnity.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
RESUMEN.....	V
ABSTRACT.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	IX
CAPÍTULO I: LA LIBERTAD SEXUAL.....	12
1.1. Definición de la Libertad Sexual	13
1.2. Contenido	18
1.3. Su tratamiento en el Código Penal Peruano	23
1.3.1. Concepción de la Libertad Sexual en el Código Penal Peruano de 1924.	23
1.4. En el Código Penal Peruano	25
1.4.1. Bien Jurídico Protegido y Tipicidad Objetiva	26
1.5. Comportamiento Típico	30
1.6. Acceso Carnal	31
1.7. Acto Sexual Análogo	31
1.8. Medios Comisivos	32
1.8.1. Tenemos por excelencia a la violencia	32
1.8.2. La Amenaza Grave:	33
1.9. Tipo Subjetivo:	33
1.10. Código Penal Español	34
CAPÍTULO II: LA INDEMNIDAD SEXUAL.....	38
2.1. Definición de la Indemnidad Sexual	40
2.2. Su tratamiento en el Código Penal Peruano	48
2.2.1. Bien Jurídico Protegido	48

2.2.2. <i>Tipicidad objetiva</i>	50
2.3. <i>Comportamiento Típico:</i>	53
2.4. <i>Acceso Carnal:</i>	54
2.5. <i>Acto Sexual Análogo:</i>	55
2.6. <i>Medios Comisivos</i>	56
2.6.1. <i>Violencia</i>	56
2.6.2. <i>Amenaza:</i>	57
2.7. <i>Tipo Subjetivo:</i>	58
CAPÍTULO III: CRITERIOS JURÍDICOS, CIENTÍFICOS Y PSICOLÓGICOS DE LA SEXUALIDAD HUMANA	60
3.1. BASE JURÍDICA: ART. 46 DEL CÓDIGO CIVÍL	61
3.2. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 46 DEL CÓDIGO CIVÍL	62
3.3. ARGUMENTOS CIENTÍFICOS PSICOLÓGICOS:	72
3.3.1. <i>La personalidad: Adolescencia</i>	72
3.3.2. <i>Cambios físicos y psicológicos</i>	88
3.3.3. <i>El adolescente de los 16 años</i>	96
3.4. PROPUESTA DE REGRESAR A LA APLICACIÓN DEL ART 173. INC 3 DEL CODIGO PENAL, EN ATENCIÓN A LA EDAD DE LOS 16 AÑOS COMO EDAD IDONEA PARA CONSENTIR PLENAMENTE EL ACTO SEXUAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.	105
3.4.1. <i>Análisis del artículo 173 inc. 3 del Código Penal, en base a su supuesta inconstitucionalidad, tomando como base el voto de discordia del Magistrado Vergara Gotelli.</i>	106
CONCLUSIONES.....	110
RECOMENDACIONES	111
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112
ANEXOS.....	121

INTRODUCCIÓN

En el Derecho Penal, una de sus tareas más complicadas, es poder regular con exactitud un comportamiento humano, que se deba ajustar a las realidades y dentro de lo socialmente aceptable, evitando la intromisión del Estado para poder determinar una edad en criterios netamente cuantitativo, así como las invariables reformas, al hablar de la edad requerida e idónea para poder expresar la libertad sexual y por ende de la indemnidad sexual.

Ahora que el pronunciamiento del tribunal Constitucional haya determinado la inconstitucionalidad de la ley artículo 1º de la Ley N.º 28704 que modifica el artículo 173º, inciso 3º, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad, pero encontramos que el Magistrado Vergara considera que dicha ley es conforme a nuestro sistema penal y en virtud a ello contesta que :”La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental(derecho al libre desarrollo de la personalidad) constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento “constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Por lo tanto, el problema consiste en **¿Cuál sería el fundamento jurídico e idóneo para que la edad de 16 años sea tomada como edad apta para que una persona pueda expresarse sexualmente, sin afectar el desarrollo de su personalidad?**, teniendo como hipótesis: el proponer el establecimiento de la edad de los 16 años como la edad más idónea para consentir plenamente el acto sexual en nuestro ordenamiento jurídico.

La presente Tesis realiza un análisis para poder establecer una edad idónea que consista en reunir todas las condiciones y cualidades necesarias para un verdadero obrar de la libertad sexual, sin que exista el riesgo de afectar el desarrollo de la personalidad.

Es así que la presente investigación tiene como objetivo general establecer cuál es el fundamento jurídico y científico para que la persona tenga una edad idónea para poder decidir sobre su libertad sexual, asimismo como objetivos específicos: la definición de la libertad sexual e indemnidad sexual acorde a nuestro código penal peruano, así como identificar los fundamentos jurídicos y científicos idóneos para que se pueda determinar una edad conforme a su libre desarrollo en el contexto de su libertad sexual.

Esta investigación se ha estructurado en tres capítulos: En el primer capítulo definiremos la libertad sexual como un concepto jurídico amplio que engloba la mera prohibición de los contactos genitales entre las partes involucradas, ya que esta no puede referirse solo al ámbito netamente genital o mejor dicho sexualidad no solo es sexo.

Así mismo en el segundo capítulo definimos la indemnidad sexual como la situación jurídica perteneciente a aquellas personas carentes o que aún no han logrado un desarrollo de madurez suficiente tanto física y psicológica, por lo que le es imposible desplegarse de una manera totalmente consciente, libre y a la par no permitirá actos con aquellas personas que no cumplan a cabalidad con estos requisitos.

Finalmente, en el tercer capítulo se orienta en identificar los fundamentos científicos e idóneos para que se pueda determinar una edad conforme a su libre desarrollo de la sexualidad de la personalidad en el plano de la libertad sexual.

La importancia del presente estudio radica en que es una de las tareas más difíciles del derecho penal ha sido el tratamiento de la regulación del aspecto sexual debido a las invariables reformas normativas que ha originado una marcada imprecisión jurídica legal del tratamiento de la libertad e indemnidad sexual.

Por consiguiente además existe un voto de discordia del Magistrado Vergara Gotelli en la sentencia del pleno jurisdiccional del tribunal constitucional de fecha 12 de diciembre del 2012, que declaraba la inconstitucionalidad de la ley (N° 28704), en donde expresa mediante el fundamento número 33 – inciso b. Que el solo consentimiento de un menor entre 14 y 18 años no puede ser considerado como válido, ya que a esta edad se encuentra en formación y psíquica, y eso merece la total atención y protección del Estado.

EL AUTOR

CAPÍTULO I: LA LIBERTAD SEXUAL

Capítulo 1: La Libertad Sexual

Este primer capítulo nos dará la explicación de la libertad sexual como Categoría jurídica, enfocada desde el aspecto valorativo, implicando la capacidad volitiva y cognoscitiva del sujeto que va a desplegar la conducta e impulso venéreo, por lo que al trascender con su consentimiento debe realizarlo en un campo de reducidas condiciones idóneas.

Se protege en la libertad sexual: Delitos de Violación sexual (art. 170), Violación bajo persona bajo autoridad o vigilancia (art. 174), Seducción (art. 175) y actos contra el pudor (art. 176).

1.1. Definición de la Libertad Sexual

“La libertad sexual es un concepto jurídico mucho más amplia que la mera prohibición penal de contactos genitales entre las partes involucradas, obligados como dicen muchos autores de la materia de la libertad sexual no solo es genitalidad o que la sexualidad no es solo sexo. Empero el código penal peruano en la mayoría de los casos, ha optado por castigar penalmente, en la mayoría de los tipos penales, a los atentados contra la libertad e indemnidad sexual que signifiquen, por lo menos, la utilización-intencionalmente del órgano genital, aludiendo, en principio a la penetración del pene en la vagina de la mujer, que son órganos genitales por excelencia”.¹ , de manera que en este campo no se defenderá el honor sexual, ni solo un enfoque relacionado a lo puramente sexual, si no a todas las esferas cognitivas, cognoscitivas, volitivas, todo relacionado al ser personal de la persona en suma.

¹ REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho. Parte Especial*, 3a ed., Lima- Perú, Ediciones legales, 2014, 163

Muy descriptivamente VIVES ANTÓN sostiene que “La libertad sexual puede definirse en abstracto como facultad del ser humano de determinarse autónomamente en el ámbito de la sexualidad esto es, en el ámbito de la actividad vinculada al impulso venéreo, su excitación y su satisfacción.², lo que es la base y pirámide primordial para poder determinar a la libertad sexual como la personalidad aunada a cada persona, personalidad consustancial que permite decidir el momento adecuado.

“GONZALES -CUELLAR GARCÍA sostiene lo siguiente "La denominación de cada título, refleja como regla general, el bien jurídico protegido en el mismo. En consecuencia el título VIII está destinado a proteger la libertad sexual es decir el derecho a la autodeterminación sexual y el derecho a rechazar las intromisiones de terceros en este ámbito"³, por lo que es prescindible la decisión, en el momento para desplegar las conductas a efectos sexuales o simplemente desplegar conductas a efectos negativos sexuales, así como evitar daños a su persona.

La libertad sexual es en sí un aspecto tan personal y complejo, en donde debemos enfatizar un análisis de la capacidad volitiva del ser y sobre qué forma se le podría reconocer, mas no permitir, mas no decidir, y mucho menos legislar arbitrariamente, es pos de explayarse sexualmente, con quien y con quién no.

“La libertad sexual definitivamente se asocia al contenido de la libertad individual, de cada persona, con el fin y afán de disponer sin perturbaciones y en pro de decidir cómo, cuándo, con quien, o así mismo repudiar, no querer y hasta abstenerse si se

VIVES ANTÓN Y OTROS. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 212. En nuestro país parece seguir el mismo lineamiento PAZ PANDURO, Moisés N. “*La problemática actual de los delitos contra la libertad sexual. Violación sexual de menor de edad y supuestos de fragancia delictiva*”. Actualidad Jurídica. Información especializada para abogados y jueces, Tomo 218. Enero 2012, 137

³ CONDE, Cándido Y OTROS. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Editorial Trivium, 1999, 2159

requiere".⁴, la misma idea anterior, la libertad sexual es simplemente ser libre en cuanto a la sexualidad y en cuanto poder decidir, pero de ninguna manera usar a una persona a efectos sexuales , constituiría una violación en potencia, es por eso que encontramos el termino repudiar.

Es pues la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y ante los demás integrantes de su comunidad de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que produzcan en la esfera de su sexualidad.⁵

"El bien jurídico tutelado en el delito de violación respecto de las agresiones contra personas con capacidad de consentir jurídicamente, es la libertad sexual.

De esta forma se destierra como objeto de protección jurídica-penal conceptos Éticos como la moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor Sexual"⁶, y esto mantiene un recojo desde el año 1863, sobre al termino virginidad, pues se protegía mucho el honor sexual, y todo era producto del influjo moral virreinal español, traído al Perú, y aunque en 1924 esta concepción fue erradicada, es decir el estupro, los jueces la interpretaron como el mantenimiento de la conducta irreprochable.

Efectivamente es necesario mencionar que es misión de cada Estado el reconocer a cada individuo los derechos que debe tener, y sobre todo la liberta para ejercitarlos, y es por eso que la libertad sexual seria la actuación guiada. Sin ningún disturbio hacia su persona, o que afecte a su integridad sexual, de forma que por su solo imperio podrá disponer ante sí y frente a los demás integrantes de su comunidad de su propio sexo

⁴ NOGUERA RAMOS, Ivan. *Violación de la libertad sexual en el nuevo código penal*, Lima, Fecat, 1999, pág. 21

⁵ Cfr. ARBULÚ MARTINEZ, Victor Jimmy. "*La libertad sexual de los adolescentes en los acuerdos plenarios vinculantes de las salas penales de la corte suprema*". Jus Jurisprudencia. Comentarios Jurisprudenciales y praxis jurídicas, 2008, pág. 226

⁶ SEGURA ALANIA, Joel Y OTROS. "*La valoración probatoria en los delitos contra la libertad sexual. Precisiones del acuerdo plenario N° 1 -2011-CJ-116*". Actualidad Jurídica: Información Especializada para jueces y abogados, Tomo 223, Junio 2012, pág. 234.

con el fin de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad.⁷

“La libertad sexual estará contenida de las facultades de autodeterminación sexual actual o potencial. Esto respecto a los adultos, que la orientación de los tipos penales se dirige a castigar conductas que obstaculicen la libre opción sexual”.⁸,m como se ha versado en comentarios anteriores la sexualidad viene a ser un atributo psicofisiológico de toda persona, cuya índole y por requerimiento antropológicos da cabida relativa frecuencia a situaciones de fuerza perturbadora de la vida social.

Es entonces claro que a libertad sexual es una concreción y manifestación individual que da paso a una expresa facultad del derecho de auto determinación.

Entender esto es importante porque la libertad sexual abarca todos y cada uno de los derechos sexuales y reproductivos ,ya que su protección es extensiva en cuanto a la mente, cuerpo, dignidad, decisiones individuales y a la elección de pareja, como la pronta posibilidad de ejercer la sexualidad de manera responsable, de forma que su reconocimiento es fundamental en todo tipo de ciudadanía, porque es un magno derecho independiente y autónomo, que todo estado debe proteger en contra de las figuras delictivas del abuso sexual, o de la explotación sexual, y ser parte de elegir, porque la sexualidad es una dimensión fundamental de la personalidad de la persona.⁹

En el delito sexual, pero antes de ser delito, se debe de haber determinado una edad, y ahora nos preguntamos si sería la más idónea, pues todas las leyes en nuestro sistema penal, recorren un camino racional y un sustento científico. Ahora pues, en el derecho de la libertad sexual, la complejidad e invariables reformas, y faltas de acuerdos ha conllevado a decidirse más por una realidad sociológica, que por velar por un desarrollo idónea y comprensivo del acto sexual.

⁷ GARCIA DEL RIO, Flavio. *Derecho Penal.(Parte General y Especial)*, Trujillo, Ediciones Legales, 2004,221-222

⁸ REYES GOENAH, Olaízola. *Delitos contra la libertad. 2000* [Ubicado el 11. VL.2000]. Obtenido en <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2174305/05-delitos-contra-libertad-sexual.pdf>

⁹ Cfr. ZARATE ANGARIA, Estefanía. *El derecho a la libertad sexual 2000* [Ubicado el 11. VL.2014]. Obtenido en <http://www.elespectador.com/noticias/salud/el-derecho-sexual-articulo-501399>

Debe reconocerse que la indefinición legislativa en materia de los delitos sexuales y en este caso sobre la determinación de la aplicación del ius puniendi ha llevado a la consecuencia de una efectiva indeterminación del establecimiento de la edad, y por tanto se ha ido afectando a la disposición de la libertad sexual, y esto no es de extrañarse ya que esto es un signo distintivo del derecho penal sexual comparado.

Entonces si bien entendemos que la libertad sexual es la libertad de disponer y oponer sobre nuestra decisión sexual, no sería bueno ver que en nuestro contexto Peruano vemos un marcado punitivismo que se evidencia en la orientación política-criminal de los delitos sexuales que ha conllevado a distintas consecuencias jurídicas de estos delitos¹⁰

Finalmente la libertad sexual será la capacidad consustancial de cada ser humano de poder auto determinarse, auto dirigirse, auto expresarse, y cuya tarea y labor no ha sido nada pacífica del poder penal, pues no se trata de la facultad de interponer una edad basada en donde sea posible establecer una edad conforme al desarrollo de su sexualidad, si no en la edad idónea de que la persona ha alcanzado una edad en donde reúna ciertas condiciones psicológicas y físicas que le permitan y le ayuden a comprender el alcance de disponer de su sexo y a si no se afecte a si misma ni a otras personas, como que no sea afectada por otros y he aquí el verdadero sentido del derecho de la sexualidad y su necesidad de protección y reconocimiento. Por ello el legislador jamás deberá afrontar esta realidad de forma arbitraria, si no conforme a criterios racionales y específicos.

¹⁰ REYNA ALFARO, Luis Y OTROS. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial*, Lima-Perú, Jurista Editores, 2005, 169-170

1.2. Contenido

La libertad sexual se caracteriza más que todo en la capacidad de abstenerse, repeler, repudiar, decidir no hacerlo, e incluso poder mantener tiempo de espera, esto en cualquier estadia de su vida, como amigos con relaciones eventuales, enamoramiento, novios e incluso matrimonio. La mujer ni el hombre es objeto sexual, y por eso siempre lo primordial será proteger el cariz negativo, que consiste en el no querer o no en este momento, o de decisión libre más adelante. Así mismo también de poder de la misma forma con la propia facultad que se le confiere para defenderse de forma de resistencia con quienes en conjunto o quien no desee.

El profesor DIEZ RIPOLLÉS afirma que "... se puede distinguir claramente dos vertientes complementarias en la libertad sexual: la positiva, que supone el libre ejercicio y goce de las potencialidades sexuales en al ámbito privado y colectivo, y la negativa, que es el derecho a que se respete la decisión de toda persona de reservarse sexualmente y de no verse inmersa en conductas de signo sexual"¹¹, a mejor palabras del maestro, el objetivo de proteger la libertad sexual es poder asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad se vean claramente conectados a la libertad individual de cada persona, y es aquí donde la persona decidirá cuándo expresar esta conducta personal y sobre que ámbitos, ya que es una decisión de por si suya y propia.

“En cuanto a la vertiente positivo, esto el derecho a realizar prácticas de índole sexual, “delitos de la libertad sexual, ya que no existe reproche, existirá reproche para aquel que impide la conducta a otro u otros a llevar a cabo un acto sexual de decidir sobre su cuerpo a efectos plenamente sexuales”.¹², la persona al desplegar con decisión de su cuerpo en sexualidad y con la firme convicción de hacer entrega, no implicaría que exista un amonestación por su actuar.

¹¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *El Derecho Penal ante el Sexo*, Barcelona, Bosh,1981,10-11

¹² MINISTERIO DE JUSTICIA. MINISTERIO FISCAL, España, MJE,2009

“Como criterio rector de la libertad sexual se puede entender: “La protección de la libre autodeterminación sexual”. Concebida como el derecho a decidir, elegir y disfrutar el ejercicio de la sexualidad como medio de desarrollo y afirmación personal. El ordenamiento jurídico le reconoce entonces a toda persona la sobre facultad de disponer de su propia sexualidad y de negarse a participar en un comportamiento sexual indeseado”.¹³, es absoluta la idea de que la defensa de la libertad personal radica en que por ser un aspecto sumamente muy delicado pero real y cierto, y una necesidad biológica, la persona pueda actuar sin problemas ni perturbaciones en pos de su satisfacción venérea.

El contenido de la libertad sexual está referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo para ejercer la libertad sexual en libertad, de modo que se puede desprender de dicho derecho dos dimensiones: Una libertad sexual negativa que consiste en que toda persona pueda ejercer el derecho a no involucrarse en un comportamiento sexual no deseado, y la segunda dimensión referida a la libertad sexual positiva que es la capacidad libre del sujeto de disponer con total seguridad a la finalidad de efectuar actos sexuales, ya sea con otra persona o consigo mismo.¹⁴

Según los tratadistas Españoles QUINTERO OLIVARES Y OTROS “La libertad sexual como bien jurídico protegido se nutre de dos aspectos, tradicionalmente señalados por la doctrina. Por un lado, un aspecto dinámico-positivo que se concreta en el libre ejercicio de la sexualidad sin más limitaciones que las que derivan entre otras del respeto hacia la libertad ajena. Por otro lado, una vertiente negativa- aspecto estático pasivo-concretada en el derecho a no verse involucrado, activa o pasivamente, en conductas-relaciones lato sensu- de contenido sexual y, con mayor motivo a repeler

¹³ ESTUDIOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Violencia doméstica y derechos domésticos y derechos humanos. Experiencias propuestas y debate*, Lima, DEMUS, 1993,3

¹⁴ COLLAZOS, Marisol. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, 2009 [Ubicado el 14. VI.2015]. Obtenido en <http://www.marisolcollazos.es/penal-II/Penal-II-09.html>

agresiones sexuales de terceros”., efectivamente la opción y elección de la persona queda a cargo de la propia persona , quien decidirá sin ningún condicionamiento sobre el uso de la libertad sexual, esto quiere decir también que podrá respetar la libertad o debe de los demás en el uso de la sexualidad.

Pues bien hay que afirmar que rotundamente que esta segunda vertiente del bien jurídico es merecedora de protección penal específica, pues no tendría ningún sentido privilegiar, respecto del resto de manifestaciones, una pura concreción de libertad de obrar que ya recibe adecuada protección del delito de coacciones.¹⁵, la libertad sexual consiste en dos manifestaciones consustanciales, distintas, pero unidas, la que primeramente es denominada la positiva y viene a implicar la voluntad de querer, de auto determinarse, orientarse, etc; y la segunda negativa, más de no querer es también de poder repeler actos que infrinjan su esfera sexual, y esta segunda vertiente del derecho en mención es correspondiente de sanción penal.

CARO CORIA ya sostenía en relación al bien jurídico tutelado en los atentados contra las personas de con capacidad de consentir, es la libertad sexual, entendida en sentido positivo dinámico y negativo-pasivo. El aspecto positivo se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo a efectos sexuales y en cuanto al cariz negativo-pasivo se refiere a la capacidad de negarse o tolerar actos sexuales en los que no desea intervenir.¹⁶

SALAS ARENAS en nuestro país reconocer que “La libertad sexual, esta expresada en dos ámbitos: Una vertiente positivo que consiste en la capacidad de la personas de disponer libremente de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos; y otra vertiente negativa que consiste en el derecho de impedir intromisiones en dicha esfera, cuando no media su

¹⁵Cfr. VALLE MUÑIZ, José Manuel Y OTROS. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi S.A,1996, 231-232

¹⁶Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos. *Imputación Objetiva, delitos sexuales y reforma penal*, UNAM, 2002,49.

consentimiento”.¹⁷, el contenido de la libertad sexual siempre se determinará en un actuar libre, positivo, volitivo, capaz y relacional y de esa misma manera esta relación con terceros o personas de confianza, no deben generar menoscabo alguno, ya que al ser una decisión personal, su mayor magnitud la encontramos en la segunda manifestación que consiste en no querer, abstenerse y hasta repeler.

Por otro lado, este carácter binario, ósea, es decir estas dos vertientes es que en realidad se ejerce negativamente mediante la abstención con el fin de evitar la procreación; o bien se ejerce positivamente, mediante el coito, con el fin de evitar la procreación.

Por ello el carácter binario de la libertad sexual explica, a su vez, que por ningún lado esto conllevaría a ver un derecho de la mujer de la indeterminación de su cuerpo. Y esto es preciso recalcar, ya que en la actualidad se ve muchos movimientos feministas en donde se quiere concebir como algo natural la idea de abortar. Pero en realidad el contenido de la libertad sexual referido a la procreación, consiste en realidad en querer esa finalidad o no quererla, de ninguna manera será una fortaleza para mujeres proabortistas.

Entonces de manera definitiva alguien puede disponer de su cuerpo antes de haber ejercido el derecho de procreación lo cual es aceptable ya que es parte integrante de su derecho de libertad sexual en donde puede disponer de su sexualidad e integridad, pero también se debe reconocer que los efectos sexuales pueden conllevar a la procreación y de ninguna manera escapa a la faceta de la responsabilidad que conlleva al acto sexual y por ello es necesario e inevitable que el Legislador tengan en cuenta que existen consecuencias que no puede afectar el producto de la concepción.

¹⁷ SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Indemnidad sexual. Tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de edad de 14 años a 18 años de edad*, Lima- Perú, 2013, 42.

Finalmente es sobre entendido que en un caso de violación, donde la aplicación es de la libertad sexual negativa no podría ser entendida como un elemento justificador para afectar la vida del concebido por el solo hecho de que nunca existió consentimiento para tal práctica sexual.¹⁸

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

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

En segundo lugar, porque el carácter fragmentario del derecho penal contradice las pretensiones de exhaustividad en la protección de un bien jurídico. Tampoco en los otros tipos protectores de la libertad sexual personal se aspira a que, en cada ámbito social abarcado, o respecto a cada objeto de ataque, se cubran todas las posibilidades.

En tercer lugar, porque en los atentados al ejercicio de la vertiente positiva de la libertad sexual no se aprecia especificidad de formas comisivas.

Y en cuarto lugar, porque, asumido lo anterior y lo que sigue, tales comportamientos resultan debidamente tutelados a través de delitos de amenazas y coacciones.

La peculiar insistencia con que determinadas concepciones éticas sobre los comportamientos sexuales correctos pugnan por condicionar el ámbito de aplicación de

¹⁸ Cfr. MADRAZO, Alejandro. *El derecho a decidir o derecho a la procreación*. [Ubicado el 20.VI. S.F] Obtenido en http://www.law.vale.edu/documents/pdf/madrazo_SpConferenceversion.pdf

estos preceptos con frecuencia a través de sus ocasionalmente imprescindibles elementos normativos.”¹⁹, en este punto el autor nos habla sobre la casi imposible determinación de una adecuada edad, y penalización, a las personas víctimas de violación sexual, siendo el más grande problema en el Perú sobre la falta de formas comitivas en el aspecto positivo de libertad sexual. Además, el derecho penal sobre los delitos sexuales no puede ser basto en sanciones si no en determinadas ocasiones, realmente una problemática que esperamos solucionar con las ideas propuestas en esta tesis.

1.3. Su tratamiento en el Código Penal Peruano

1.3.1. Concepción de la Libertad Sexual en el Código Penal Peruano de 1924.

Este código que vamos a tratar es muy particular e interesante, debido a que recoge por primera vez la edad de los 14 años, de forma de tradición histórica. También vemos que se protege más a la mujer honesta (mujer matrimonial), que de la mujer pública (por su desaprobación moral, por lo que es inevitable que por su influencia helvética defiende aspectos de honor sexual).

Lo que es algo muy extraño es por que recoge la misma edad en un código más elaborado como en el del 1991, nuestro código penal aún vigente, que mantiene la edad de los 14 años y afirma que la persona a esta edad ya entiende el expresar el acto sexual sin ningún tipo de afección psíquica. Más allá de entrar a más análisis o precisar, los 14 años si fue una edad establecida de forma arbitraria en este código.

El código de 1924 (Código de Maúrtua) reconoció un rígido catálogo de modalidad sexual donde el hombre solo podía realizar comportamientos punibles de abusos deshonestos a mujer y a hombres menores de edad.

¹⁹ HURTADO POZO, José. *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de derecho penal 1999-2000. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia. Bibliografía*, Lima, PUCP-UNIFR, 2001, 53-56

Se le da la mayor protección a la mujer honesta frente a la pública (llamada así por su desaprobación social-moral).

Se sancionaba el abuso de una mujer honesta, previéndose como circunstancia atenuante que la violencia fuere “mujer pública” (art 421), el tipo penal de la seducción con copula carnal de una mujer honesta mayor de edad de la pubertad y menor de 17 años (art 422), el abuso deshonesto de una “mujer” no ramera (conocida así por esta en un matrimonio fingido”, apareciendo una atenuante si la mujer es pública (art 568), entre otras conductas típicas.

Existió una imposibilidad de considerar como sujeto activo del delito debido a la desigualdad jurídica existente en este código que era llena de la influencia helvética recogiendo forzosamente el denominado “Delitos a la libertad sexual y la honor sexual”, lo cual era un verdadero trato discriminatorio hacia la igualdad de sexos en cuanto a su protección jurídica.²⁰

El influjo del código penal de 1924 conllevó a que antes de la última reforma, o mejor dicho antes de la ley que promulgaba el código penal de 1991 por la ley reconocía la libertad sexual a partir de los 14 años, en donde podía ejercer y disponer sin más limitaciones que sus propias decisiones, el respeto a la libertad ajena y las prohibiciones morales y otras derivadas de las normas jurídicas.

Este código sancionaba solo el acto sexual o análogo que se practicaba utilizando violencia o grave amenaza, colocando a la víctima en estado de inconsciente o en imposibilidad de resistir mediante engaño.

El estado protegía la indemnidad sexual de los menores hasta los 14 años de edad.²¹

²⁰ Op. cit. CARO CORIA, Dino Carlos. Imputación objetiva, delitos sexuales y reforma penal UNAM, P. 38-41

²¹ TAFUR GUPIOC, Esperanza. *DESPENALIZACION DE LAS RELACIONES SEXUALES EN MENORES DE EDAD*. [S.F], [Ubicado el XX. VI. 2015 Obtenido en 24

En el código de 1924, el delito de violación sexual, aparte de ser posible solo con la mujer como sujeto pasivo, se configuraba cuando existiera violencia o amenaza para **practicar el acto sexual fuera de matrimonio.**

Así, el artículo 196 del Código Penal peruano de 1924, reprimía “*con penitencia o prisión no menor de dos años al que por violencia o grave amenaza **obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera del matrimonio.***”

Pero lo controversial de este código era que no sancionaba las violaciones ocurridas dentro del matrimonio, ya que se veían la imagen del marido como aquel persona que pudiera hacer lo que quiera con su esposa sexualmente, a efectos de realizar golpes para practicar coito secundum o contra naturam, aun cuando el cónyuge renuente se encontraba convaleciente de una enfermedad, entre otros.²²

1.4. En el Código Penal Peruano

“Artículo 170. Violación sexual”

Solo mediante violencia y/o amenaza puede configurarse el delito de violación sexual, rompiendo la resistencia de la víctima y logrando a fuerza el acceso carnal requerido por el agente, logrando a si el menoscabo en contra de su voluntad.

“El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del

http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/sumario/edicion_2/articulos/Despenalizacion_en_las_relaciones_sexuales_de_menores_de_edad.pdf

²² Cfr. LUIS CABRERA, Lingan. *El delito de violación sexual entre cónyuges* [S.F], [Ubicado el XX. VI. 2015 Obtenido en <http://www.derechoycambiosocial.com/RCJ/REVISTA1/LINGAN.htm>

cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años”²³

1.4.1. Bien Jurídico Protegido y Tipicidad Objetiva

Esencialmente lo que se protege es la autodeterminación en el ámbito sexual e impulso venéreo, su deseo, excitación y satisfacción, continuar en cada momento cualquier otra tendencia sexual, como hacer y respetar propuestas que decida seguir y consentir, sin afectar a las limitaciones ajenas.

Se protege la libertad sexual, es decir la capacidad de concreción de la actuación sexual. Por ello la actividad sexual será punible si se lleva a cabo por un abuso del ejercicio del derecho de la libertad, o mejor dicho sobre el abuso de la libertad sexual del otro.

Cuando el derecho penal interviene se ha de poner de manifiesto que el conflicto entre la libertad sexual de uno y otro sujeto ha de darse sin opresión de ninguno de ellos, por ello la represión sexual está guiada en cuanto se vea un uso violencia o este abuso sea mediante amenaza, y también es plausible que existan ambos elementos configurativos del delito.

De este bien jurídico disfrutan las prostitutas y las mujeres casadas- en relación al marido, conforme al principio de igualdad de derechos, ya que ambas pueden ser sujeto pasivo del delito de violación en cualquier caso y en este caso el sujeto activo podría ser el cliente en el primer caso y en el segundo marido respecto la mujer.

Y obviamente si la prostitución es un oficio que incluye acciones sexuales, este jamás será comprendido como un derecho de uso, explote o disfrute sobre las demás

²³ Código Penal, 2a ed., Lima, Girjley, 2015

personas sobre ella, al igual que el matrimonio que jamás concretaría una carta abierta para que el hombre pueda atender sexualmente con ella, ya que puede disponer de ella sexualmente pero dentro de fines matrimoniales y toda sexualidad que se aparte de ello, sería una abierta violación hacia la esposa.²⁴

El artículo 170 lo que específica es el bien jurídico defiende la libertad sexual, en cuanto a que cualquier persona pueda elegir sin temor y abiertamente con que otra persona puede disponerse sexualmente y a la par no verse obligado por nadie.

Es cierto que en la doctrina nacional que la libertad sexual se fundamente en que acepte o rechace los actos sexuales conforme a su decisión, porque es indisoluble y no es posible separar estos dos aspectos, que se complementan perfectamente, y se resumiría en el cómo, cuándo, con quien, y por qué acepta o niega, sin que nadie pueda interferir.²⁵

Acuerdo plenario N° 1-2012/CJ del 26 de marzo de 2012 sobre la reconducción del delito de abuso sexual no consentido cometido contra menores de 14 y menos de 18 años de edad al artículo 170° del Código Penal: "...Nuestra corte suprema por medio del acuerdo plenario N°4-2008, ha rescatado el bien jurídico libertad sexual de las personas de 14 años, en donde, a partir de aquella edad toda persona podrá disponer, por medio de su consentimiento, de ese ámbito de su libertad.²⁶

²⁴Cfr. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto Y GARCIA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de derecho. Parte Especial*, 3a ed., Editorial SM, Lima- Perú, Tercera Edición, 1997, 234.

²⁵ Cfr. VILLAFANA, J. *Análisis crítico del artículo 170° Código Penal Peruano. Delitos contra la libertad sexual* [Ubicado el 15.VI.2010] Obtenido en <http://ivillafana.blogspot.com/201Q/11/analisis-critico-al-art-170-c-penal.htm>

²⁶Cfr. VICENTE NUÑEZ PEREZ, Fernando. *La problemática de los delitos sexuales en el derecho penal Una visión integral desde el Derecho Penal, Procesal Penal y Ejecución Penal*, Grijley, Iustitia,2015,96

Tipicidad Objetiva

“Los elementos que integran cualquier tipo penal son la acción, los sujetos y el objeto. Algunos autores añaden además otro elemento: como el tiempo y el lugar de la perpetración del delito”²⁷, a pesar de haber señalados estos elementos creemos que no son indispensables como los que vemos a continuación, pues el tiempo y lugar de la perpetración del delito, solo nos conllevaría a saber la hora exacta en que se cometió el delito sexual, aparte de referirse a otras categorías penales que no tienen mención en este trabajo.

1.4.1a. Sujeto Pasivo y Sujeto Activo

El sujeto activo: Es el hombre o la mujer, pues se desvincula totalmente la procreación y el embarazo, siendo viable la equiparación del hombre y de la mujer quienes imponen el débito carnal.²⁸

De manera que se supera el cliché o se deja atrás un pensamiento retrograda, en que solo el hombre, por su alto contenido machista era el sujeto del delito.

No obstante, el varón siempre será visto como un potencial y frecuente sujeto activo, debido a que al poseer una erección sexual tiene más riesgos de vincularse con el deseo, simpatía y voluntad en querer perpetrar el delito.

²⁷ GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Y OTROS. *Lecciones de derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Editorial Praxis S.A, 1996, 126.

²⁸ Cfr. Peña CABRERA, Raúl A. *Estudios de derecho penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad e integridad sexual. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Lima-Perú, ediciones Guerrero 2002, 86. En el mismo sentido GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino Y OTROS. *Derecho Penal. Especial Tomo II*, Lima, Jurista Editores, 2012, 390. De igual forma PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Los Delitos Sexuales Análisis Dogmático, jurisprudencial y criminológico*, Lima- Perú, Editorial Ideas Solución, 2014 193. PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I* Lima-Perú, Idemsa, 2008, 614. En el mismo sentido GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, Y OTROS. *Derecho Penal. Parte Especial*, 3a ed., Lima-Perú, Ediciones Legales, 2014, 178.

Por ello la mujer es rara vez y es menos frecuente que en la realidad ella perpetre el delito, pero por ello no se deja de calificar como un sujeto activo dentro de las escalas criminales.²⁹

El sujeto pasivo: Al igual que lo anterior, el sujeto pasivo no solamente será la mujer si no también el hombre, y esto más que ser un punto racional es una perspectiva jurídica que conjuga el principio de igualdad y es fundamental que ambos (hombre y mujer) estén vivos, de lo contrario el delito no sería a la libertad sexual si no el delito de ultraje de cadáver (necrofilia).³⁰

“Ocioso resulta recordar aquí la irrelevancia de ciertas condiciones que, y que solo un discurso influido todavía por las coordenadas del viejo bien jurídico tutelado en los delitos sexuales-la honestidad, la promiscuidad o costumbre sexual de la víctima resulta irrelevante”.³¹, no podemos negar que nuestro sistema penal, tuvo mucho influjo del código p-penal de Maurtua , que esperaba proteger el honor sexual, o la conducta irreprochable, esto en el código de 1991 ya queda superado.

“En ese sentido, el sujeto pasivo no debe tener ninguna otra condición que la de ser persona natural con la vida. No tiene mayor importancia su edad, raza, cultura ocupación, clase social, credo religioso, habilidad y recurso económico.

²⁹ Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl A. *Estudios de derecho penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad e integridad sexual. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Lima-Perú, ediciones Guerrero 2002, 86.

³⁰ Cfr. MAVILA LEON, Rosa. Consideraciones actuales en materia de los delitos sexuales, 1998 [Ubicado el 21.VI.1998] Obtenido en http://sisbib-unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/cons_act_mat_del.htm

Del mismo parecer GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino Y OTROS. *Derecho Penal. Especial* Tomo II, Lima, Jurista Editores, 2012, 390. Del mismo parecer PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Los Delitos Sexuales Análisis Dogmático, jurisprudencial y criminológico*, Lima- Perú, Editorial Ideas Solución, 2014, 194. PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I Lima-Perú, Idemsa, 2008, 615. REATEGUI SANCHÉZ, James. *Derecho Penal. Parte Especial*, 3a ed., Lima-Perú, Ediciones Legales, 2014, 179.

³¹ Op. Cit. VALLE MUÑIZ, José Manuel Y OTROS. *Comentarios a la parte especial del derecho Penal*, Pamplona S.A, 1996,233

Ahora no tiene cabida el mito sexual que los hombres son violados si son homosexuales. De tal modo, en caso de una mujer puede ser agraviada, la soltera o casada, virgen o desflorada, viuda, divorciada, vieja o joven, honesta o impúdica, pues lo que se violenta no es su honestidad, honor u otra circunstancia, si no la libertad de disponer libremente de su sexo así como el oponerse a los actos sexuales en los cuales no deseo participar.”³², pues son perpetradores del delito en situación de igualdad , hombres y mujeres sin importar la religión, condición económica, posición social, cargo o género.

1.5. Comportamiento Típico

El artículo 170° del Código Penal (CP) señala que incurre en el delito de violación sexual “El que con violencia y amenaza, obliga a una persona tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeros vías, será reprimido.”³³

Se desprende del tipo penal que el núcleo radica en el acceso carnal que realiza el agente sobre la víctima, el cual se obtiene mediante el ejercicio de violencia o amenaza. Doctrinariamente la consumación del delito de violación sexual se produce en el instante en que el sujeto tiene acceso carnal sobre la víctima, el cual se obtiene mediante el ejercicio de violencia o amenaza, y se logra el acto de penetración total o parcial estas tres vías indicadas³⁴

³² Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*, Segunda Edición, Lima-Perú, Grijley, 2007,640

³³ Código Penal, 2a ed., Lima-Perú, Grijley, 2015.

³⁴ Gaceta Jurídica. “Si una persona obliga a otra a lamerle el pene” ¿Incurre en delito de violación sexual?, *Consulta*, Tomo 283, febrero 2013, Actualidad Jurídica Digital, 2015

1.6. Acceso Carnal

La conducta típica de acceso carnal sexual prohibido se perfecciona cuando el sujeto activo obliga a realizar el acceso carnal al sujeto pasivo haciendo uso de la fuerza física, intimidación o de ambos factores. El acto sexual o acceso carnal puede ser tanto por la vía vaginal, anal, bucal o mediante otros actos análogos como la introducción de objetos y partes del cuerpo.³⁵

“También se materializa el delito de acceso carnal cuando el agente en lugar de usar su órgano sexual (pene), introduce por la vía vaginal, anal, objetos y partes del cuerpo. La ampliación de instrumentos penetrantes en el campo sexual tiene su explicación en el hecho que actualmente no tiene mayor sentido limitar el instrumento de invasión al miembro viril, pues si este es el único que puede afectar a la producción, otros objetos son idóneos para producir la afectación”.³⁶, el autor en este contexto se refiere a que existen otros objetos e incluso de peores tamaños pero de formas redondeadas, puntiagudas, fállicas, que pueden introducirse por cualquiera de las 3 vías con el fin de la satisfacción de la personas que está perpetrando el delito, no reduciéndose solo al miembro viril, si no a objetos de igual o mayor protección, además del casi idéntico parecido.

1.7. Acto Sexual Análogo

La concepción jurídica, implica a toda actividad libidinosa que implique la intervención de los genitales del agente, y que puede representar el coito. Se dice que esta tesis es

³⁵ Op. Cit SALINAS SICCHA, Ramiro. *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*, 2a ed., Lima-Perú, Grijley,2007, p.640

³⁶ *Ibíd.* SALINAS SICCHA, Ramiro. *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*, 2a ed., Lima-Perú, Grijley,2007, p. 624

pobre en cuanto a la realidad sexual, ya que el acto sexual consiste en la penetración del pene en la vagina.

Afirma además que esta tesis concibe como delito de violación al hecho de que una mujer obligue a otra persona a introducirle los dedos en la cavidad vaginal.

Pero realmente el acto sexual consistirá en la penetración total o parcial del pene en la cavidad vaginal natural o artificial; y el acto sexual análogo será referido a la penetración de exclusiva hacia el acto contra natura, o en la cavidad anal.

Por ello solo la penetración del pene constituirá violación y en el caso de objetos análogos que se introduzcan por la vía vaginal, no será violación, pero si serán actos contrarios al pudor o lesiones, según el caso.

De acuerdo a esa lógica del autor no serán abarcados por el tipo la fellatio in ore el cunnilingus y el anilingus.³⁷

1.8. Medios Comisivos

1.8.1. Tenemos por excelencia a la violencia

La violencia (vis absoluta) es aquella que es ejercida por el agente sobre la cual la víctima debe ser física, efectiva y estar casualmente conectada con el ilícito actual sexual que pretende perpetrar (abuso sexual).³⁸

³⁷ Cfr. VASQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shakira. *El delito de violación sexual en el código Penal Peruano. Algunos apuntes acerca del acto sexual, el acto análogo, la violencia y la amenaza* S.F [Ubicado el 21.VI.SF] Obtenido en <http://www.derechoycambiosocial.com/RJC7REVISTA/violación.htm>. Discrepo de la opinión del Autor en que la libertad sexual solo se circunscribe a la realización de la penetración del pene en la vagina, ya que su configuración no debe limitarse solo al miembro viril, debido a que existen otros objetos que poseen una idoneidad suficiente para causar una lesión en la esfera sexual. De esta manera (fellatio in ore en el hombre, cunnilingus en la mujer y anilingus en el ano de ambos sujetos) constituyen modalidades de ataque atentatorios contra la libertad sexual.

“Consiste en una energía física que desarrollo o ejerce el autor sobre la víctima. El autor recurre al despliegue de una energía física para realiza con ella, con su poder material, la resistencia u oposición de la víctima”.³⁹, es prescindible que la violencia recaiga sobre el cuerpo de sujeto, esto quiere decir que recaiga en un tercero y afecte al sujeto pasivo a llevar actos contrarios a su decisión sexual.

1.8.2. La Amenaza Grave:

“Consiste en el anuncio de un mal o perjuicio inminente para la victima cuya finalidad es intimidarlo y se someta a un contexto sexual determinado”.⁴⁰, ya que con la amenaza se creará un estado psicológico que afectara el raciocinio de la persona para poder decidir, elegir, y de esta forma poder limitar esa capacidad denominada libertad sexual, para configurar el delito.

1.9. Tipo Subjetivo:

Consiste en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir del carácter sexual de la acción realizada en el cuerpo del otro y de la ausencia o irrelevancia del consentimiento del sujeto pasivo.

“Debe abandonarse el ánimo lubrico, pues solo es suficiente el conocimiento que tenga para poder violentar la libertad del sujeto pasivo”.⁴¹, en esta escena es empleada una

³⁸ Op. Cit. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raul. *Los Delitos Sexuales Análisis Dogmático, jurisprudencial y criminológico*, Lima- Perú, Editorial Ideas Solución, 2014, p. 208-212. En el mismo sentido afirma CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, p. 401-402

³⁹ Op. Cit. SALINAS SICCHA, Ramiro. *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*, 2a ed., Edición, Lima-Perú, Girjley, 2007, p.627.

⁴⁰ *Ibíd*em SALINAS SICCHA, Ramiro. *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*, 2a ed., Lima-Perú, Girjley, 2007, p. 628

⁴¹ Op.Cit. CANDIDO CONDE. *Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Editorial Trivium, 1997, p. 2167

dirección de conciencia y voluntad, capaz de lograr hace sufrir el acto sexual al sujeto pasivo, debe existir una violencia Y/ o amenaza no un ánimo lubrico abstracto.

El agente debe actuar con conocimiento y voluntad (dolo) de obligar a la víctima a tener acceso carnal o realizar actos análogos (introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías).

No se requiere ningún otro elemento subjetivo distinto al dolo (por ejemplo, el ánimo lascivo) descartándose la comisión imprudente, ya que nuestra legislación penal ha establecido el sistema clausus, conforme al art 12° del Código Penal.⁴²

En principio se reconoce a un dolo directo (conocimiento con conciencia y voluntad, pero también se tiene en cuenta el dolo eventual (que tenga el conocimiento de una conducta que genere un riesgo jurídicamente comprobado que se dirija a dañar la intangibilidad de un bien jurídico).

Se exige que el agente dirija su conducta, con conciencia y voluntad de hacer sufrir el acto sexual al sujeto pasivo.

El agente debe conocer que su voluntad es contraria a sus deseos, y por ello tendrá la necesidad de desplegar los medios comisivos (Violencia o amenaza), para lograr el acto sexual.⁴³

1.10. Código Penal Español

En España en el año 2015, se debatía legislativamente elevar la edad de los 13 a los 16 años, conforme a la propuesta del ministerio de sanidad. España se adecuaba más a

⁴² Op. Cit. GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, Y OTROS. Tomo II, Lima-Perú, Juristas Editores, 2012. De igual forma PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial* ,3a ed., Lima-Perú, Ediciones Legales, 2014, 178.

⁴³ Op. Cit PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Los Delitos Sexuales Análisis Dogmático, jurisprudencial y criminológico*, Lima- Perú, Editorial Ideas Solución, 2014, 194.

los modelos europeos de: Reino Unido, Suiza y Noruega que la mantienen en 16, en 17 Irlanda y en 15 Francia.

Ahora el Código penal actual prescribe:

De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

“Artículo 183.

1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas. c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima. e) Cuando el culpable hubiere puesto en

peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima. f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años. Artículo

Artículo 183 bis. El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.

Artículo 183 ter. 1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. 2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Artículo 183 quater. El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.”⁴⁴

⁴⁴ BOE [Ubicado el 12. II.2018]. Obtenido en https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria.pdf

CAPÍTULO II: LA INDEMNIDAD SEXUAL

Capítulo II: La Indemnidad sexual

En el segundo capítulo es necesario entender que conforme a la ley 28704, la edad que protegía la indemnidad sexual era hasta menores de 14 años, pero luego esta aumento a mayores de 14 a 18 años, dando a entender que los 18 años sería el inicio del reconocimiento de la actividad sexual o mejor dicho recién a esta edad comenzaría la libertad sexual y otra vez vemos que existe un marcado puinitivismo y además una marcada intromisión por parte del estado en querer legislar una de las más delicados temas del derecho penal.

Pero esto pareciera ser justificador, debido a que en la indemnidad sexual, es la protección dada por el estado a aquellas personas que son incapaces o invalidadas de poder defenderse o no reúnen ciertas cualidades para poder expresarse en el ámbito sexual, como también a la par entender que conlleva tal acción del aspecto, escudando con ello su seguridad, libertad sexual futura o potencial, como su desarrollo físico o psíquico.

La indemnidad sexual o intangibilidad protege los transgresiones contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz por sufrir anomalías, grave alteración a la conciencia o retardo mental (Art. 172), Violacion de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resisitir (Art. 171), o por minoría de edad (art 173- 176A).

2.1. Definición de la Indemnidad Sexual

DIEZ RIPOLLÉS hablando de la noción de la indemnidad sexual expresa que:” La indemnidad es un concepto que se reclama puramente negativo, el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación en el proceso de formación adecuada de la personalidad”⁴⁵

El derecho a la indemnidad sexual no se reconoce explícitamente en la constitución pero puede vincularse con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 C.E) y el deber de protección de la infancia y de los deberes psíquicos por parte de los poderes públicos. (Art 39 y 49 C.E)., por lo que se comprende que en los casos de delito de violación sexual no solo se castiga la conducta de obligar a otra persona a realizar o tolerar una conducta no deseada (Si así fuera bastaría, solo con el delito de coacciones), sino que también se valora la importante afectación a la dignidad de la víctima que se produce en los casos más graves contra la libertad sexual.⁴⁶

Por eso la legislación española ha sido cuidadosa, al reconocer que existen delitos contra menores o incapaces (abusos sexuales, exhibicionismo “obsceno”, exposición a la pornografía, prostitución, corrupción). De forma que ya no es posible hablar de una libertad sexual cuando esta es inexistente, de manera que el bien jurídico específico protegido en ellos, dado que los sujetos pasivos carecen de esa libertad, bien de forma provisional (menores), bien en forma definitiva (incapaces), por lo que no habría autonomía para que determinen su comportamiento en el ámbito sexual. De esta forma se protege a los menores e incapaces frente a la sexualidad de terceros, de forma que en el menor se pretende defender su libertad futura, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad para que cuando sea adulto decida en libertad de su

⁴⁵ DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. *EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL NUEVO DERECHO PENAL SEXUAL*, [ubicado el 22. X 2015] Obtenido en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf

⁴⁶ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María Y OTROS. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3a ed, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2011, 120

comportamiento sexual, y, en el caso del incapaz o deficiente mental (transitorio o permanente) es para evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.⁴⁷

La indemnidad sexual, tiene la función de evitar posibles eventos traumáticos o de shocks en la víctima, así como ser parte de objeto sexual para satisfacción de individuos, en distintas perversiones o por querer desfogar la conducta en mención.

Así las víctimas terminan así con esos problemas debido a que no reúnen todas las condiciones necesarias, como madurez, desarrollo físico corporal, problemas hormonales y además un desarrollo psíquico que evite afectar el desarrollo de su personalidad sexual.

La indemnidad es pues, el bien jurídico que solo es aplicable de forma respectiva a aquellas personas que aún carecen o que no han logrado un desarrollo de su madurez suficientemente, por lo que les es imposible poder desplegarse de una manera consciente y libre y a la par no comprender el alcance del acto sexual. De forma que la ley penal no permitirá actos sexuales con menores en base al bien jurídico en mención, por lo que se predica que al no encontrarse los requisitos idóneos, y por las propias condiciones físicas, se sostiene puntualmente que las relaciones sexuales a temprana edad condenan a una vida infeliz, destruyen la personalidad y genera desequilibrio biopsíquico, por lo que la indemnidad sexual conllevaría también a entenderse como el derecho en pos de poder culminar con ese proceso normal de desarrollo en el ámbito de la sexualidad.⁴⁸

Cuando se trata menores y enajenados es improcedente, que se proteja la libertad sexual, ya que esta no se posee o se tiene, a lo más se protegería una libertad en realidad futura o la falta de libertad, por lo que en verdad se protegería sería la

⁴⁷ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 16a ed., Tirant le Blanch, 2007, 200-201

⁴⁸ Cfr. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, 3a ed., Lima-Perú, Ediciones Legales, 2014, 168-169

indemnidad sexual , que son bienes que van más allá de la libertad sexual y que expresara un consenso cultural sobre la necesidad de mantener alejados del ejercicio de la sexualidad a estas persona, por más que eso admita graduaciones en función de la edad y el nivel de enajenación; las razones que explicarían esa opinión social serian de difícil identificación constituyendo una mezcla de pronósticos pedagógicos discutible, sentimientos, tabúes y otros datos con frecuencia pocos racionales.⁴⁹

Los tratadistas españoles indican que se trata de un objeto jurídico de protección, que se inserta en la propia esfera de la libertad sexual, cuyo contenido esencial son las facultades de autodeterminación sexual actual o de “inferi” con relación a menores, como en suma de una sociedad pluralista y tolerante. De forma que en este sentido, la apuesta político criminal se centra en evitar la imposición, a través del Derecho Penal de concepciones o valoraciones sociales-corporativas de la sociedad.

De manera que esta opción política neo personalista no se diluye por el dato, que se presenta en la tipificación de los delitos sexuales, de forma que se acuda de una especial cautela de los elementos normativos (valorativos-culturales), que implican valoraciones de tipo moral o convicciones culturales generales sobre la sexualidad.

Entonces, pese a que el bien jurídico protegido sea de textura individual (libertad sexual), es inevitable la gravedad de las acciones típicas o bien los criterios para graduar los medios comisivos empleados a objeto de doblegar la voluntad del sujeto pasivo del delito que reclamen el recurso o patrones normativos generalizadores en la conformación de los tipos, que conforme al caso se dirigen a menores e incapaces que urgen que se les protejan o tutelen la libertad sexual.⁵⁰

El nombre de integridad sexual a pesar de ser una novedad que no se compadecer con el derecho comparado, es una rúbrica especial y necesaria para que se responda ante

⁴⁹Cfr. DÍEZ RÍPOLLES, José Luis. *Estudios Penales y de Política Criminal*, Idemsa, Lima-Perú, 2007,624
⁵⁰ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo Y OTROS. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 7ª ed., Thomson Aranzadi, Madrid-España, 2005

la impropiedad de los menores de 13 años, dado que estos no están limitados en su libertad, si no que su limitación es volitiva o intelectual para decidir el terreno de las concesiones sexuales, por lo que se desistido de esa denominación, es decir de que se plasme la libertad sexual⁵¹

De la misma forma en Perú se descarta la idea de la integridad simplemente física de lo sexual en tanto el enfoque ahora debe girar hacia los conceptos autodeterminación sexual (Alemania) o libertad sexual e indemnidad sexual (España), y en ese punto se entiende que la intangibilidad va dirigido a los menores de ciertas edades o incapaces que no pueden manifestar válidamente su consentimiento, de forma que debe protegerse el normal ejercicio de la sexualidad, básicamente sobre la libertad del individuo.

BUSTOS RAMIREZ, sobre la indemnidad sexual expresa que: "Como en general sucede con la libertad, no sólo se protege la capacidad de actuación sino también la seguridad de la libertad, esto es, los presupuestos objetivos de ella, lo que en la doctrina moderna ha sido denominada intangibilidad o indemnidad sexual"⁵²

"La indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad"⁵³, es claro decir que la indemnidad sexual es una categoría jurídica, que debe ser visto desde un punto netamente negativo, es decir de persé impedir la realización del acto sexual o que se le aproveche de realizarse una acción sexual sobre personas que adolecen de esta condición

"De esta forma encontramos el término análogo a la libertad, el de la indemnidad, lo cual se traduce en delitos que vienen a respaldar a aquellos que no pueden gozar de la

⁵¹ Cfr. BREGLIA ARIAS, Omar Y R.GAUNA, Omar. *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. I Artículos del 1 al 149 Ter, 5e ed., Buenos aires, Astrea, 2003, 894

⁵² BUSTOS RAMIREZ, MANUEL. *Manual de derecho penal. Parte Especial*, Barcelona-España, Editorial Ariel, 1986, 183.

⁵³ Cfr. GAVILÁN RUBIO, María. *"Delitos relativos a la prostitución y a la trata de los seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de la instrucción"*, Madrid- España, Anuario Jurídico Escorialense, 2015. Pág. 512

libertad o que no la tienen, y su objetivo principal es el de otorgar protección, asegurar y resguardar aquella intangibilidad o Indemnidad Sexual.”⁵⁴

“De ahí que, en el caso de atentados sexuales que afecten a menores e incapaces resulta más correcto hablar de indemnidad sexual, entendida como el potencial desarrollo de la capacidad de autodeterminación sexual”⁵⁵, por ello debido a que al realizarse o realizárselo solo lograrían afectar su derecho a la libre personalidad, su historia sexual y además se le tomaría como objeto de satisfacción sexual, siendo pues menores o teniendo problemas psíquicos que no le permitan tener la comprensión total del acto negativamente no es posible de desplegarse o desplegarles conductas de signo sexual.

“Lo que se defiende es la libertad de elección sexual, la intimidad por la cual pueda un sujeto ingresar o no con el consentimiento de la persona, se defiende el desarrollo de la sexualidad a partir de que ese desarrollo se permita regularmente en libertad.

Lo que se protege es el desarrollo sexual asentado en la libertad cuya vigencia se prepara durante el desarrollo de la integridad sexual que depende de cada persona y el contexto sexual”. La Integridad Sexual: es la libertad sexual de los mayores de 18 años y el desarrollo sexual de los menores, nadie puede introducirse en la esfera sexual de otra persona sin capacidad para consentir o sin su consentimiento., definitivamente la indemnidad sexual, vendría a ser el caparazón de preparación de poder luego decidir en pleno ejercicio de la libertad sexual y por tanto ese campo debe mantenerse indemne, sin ataques, sin perturbaciones o intromisiones.

La indemnidad sexual se entenderá en orden a toda connotación favorable, es decir se trata de una interpretación “bienestarista, y por tanto en este sentido la indemnidad sexual es como una propiedad estrictamente situacional, y solamente aplicable a

⁵⁴ Cfr. LOPEZ LARA, Jesús Manuel. *De la libertad e indemnidad Sexual*, [ubicado el 29. X.S.F 2015] Obtenido en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122014000200002&script=sci_arttext

⁵⁵ MONGE FERNANDEZ, Antonia. *De los abusos y agresiones a menores de 13 años. Análisis del Artículo 183, 183 bis, CP, conforme a la LO 5/2010, España*, BOSH PENAL, 2011, 58.

ciertas personas que deben permanecer completamente al margen de las experiencias sexuales. Pues a diferencia de la castidad o la virginidad, la indemnidad sexual de una persona es enteramente compatible con el hecho de que esa misma persona sea sexualmente experimentada, por eso la tesis según la cual la prohibición de un contacto sexual sub especie violación sirve a la protección de la indemnidad sexual que ciertamente tiene que enfrentar la aparente objeción de que, por esa vía, el respectivo ordenamiento jurídico se mostraría comprometido con la validación de una “presunción cultural de voluntad individual de exclusión del contacto sexual”. El punto está en que tal constatación parece ser incontrovertible de lege lata, la negación de lo cual es lo que subyace al esfuerzo –fallido– por racionalizar la prohibición de la violación como supuestamente orientada a la protección de la libertad sexual. Lo crucial es advertir, más bien, que la protección jurídica dispensada a la indemnidad sexual, en los términos ya propuestos, no necesita ser una protección absoluta. Esto es precisamente lo que está en juego cuando se advierte que, bajo ciertas condiciones, la protección de la indemnidad sexual de una persona puede encontrar un límite en el reconocimiento de su propia autonomía⁵⁶

“Se utiliza este término para proteger a los niños y las niñas frente a cualquier tipo de intrusión sexual, en tanto se les considera como incapaces para comprender el sentido y las consecuencias del acto sexual. Protege las condiciones de orden físico-psíquico normal y sin perturbaciones que permiten el futuro ejercicio sexual en libertad. Este concepto supone la ausencia de libertad sexual, por lo que la tipificación del delito contra la indemnidad sexual protege a las personas frente a cualquier acto sexual, independientemente del sujeto activo o el posible consentimiento”⁵⁷, la indemnidad sexual abarca en sí a los menores y a las personas que no cuentan con el verdadero desarrollo psíquico por algún problema congénito o también externo, de manera que

⁵⁶ Cfr. MAÑALICH, R. Juan Pablo. *La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Rape as offence against sexual indemnity under Chilean criminal law A norm-theoretical reconstruction*, Chile, Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014.

⁵⁷ UNPFA. “Conociendo más”, [ubicado el 22. X. 2015] Obtenido en <http://www.unpfa.org.pe/WebEspeciales/2013/Abr2013/TC/Glosario.html>

aquel problema de raciocinio sea permanente, y por eso son merecedores de protección.

Entonces podemos decir que, conforme a la Doctrina Italiana en algunos delitos sexuales, como es de verse, no corresponde la protección de la libertad sexual en cuanto la víctima carece de este elemento, es decir el sujeto pasivo no tiene capacidad volitiva y cognoscitiva para entender y comprender la trascendencia del acto sexual.

Por ello en los delitos privados de sentido de forma temporal o permanente, esa capacidad cognoscitiva de comprender diversas posibilidades de elegir, así como actuar conforme a esas elecciones, no se puede atacar por lo que en ese ámbito cualquier intento de acción sexual es irrelevante o inexistente.

Así mismo no hay libertad para oponerse y por tanto el ser susceptible de determinarse libremente y negar el consentimiento, y en este campo entra la indemnidad sexual que busca proteger en todo caso todo tipo de ataques que conlleven a deformar o interpretar en su proceso de formación de voluntad o capacidad. Así pues, doctrinariamente la indemnidad se expresa de aquella persona que es menor de edad o sufre alteraciones psiquiátricas, y por eso carecen de la facultad de determinarse y de poder prestar consentimiento. Sin embargo debemos precisar que en caso de menores de edad se protege en razón de que a futuro pueda prestar su voluntad sexual sin ningún imperativo o atropello, a su formación psíquica, y de forma determinante que cuando no existe el proceso completo de la formación mencionada, sea temporal o permanente, se expresa que existe en el individuo limitaciones para expresarse y por lo tanto se encuentra imposibilitado para consentir⁵⁸

El bien jurídico «intangibilidad» o «indemnidad» sexual, lo que sanción en sí o lo que en sí es protegido son las condiciones físicas y síquicas para el ejercicio sexual en libertad en futuro, es decir en el caso de las personas que son menores de edad, o el que

⁵⁸ Cfr. TAFUR PIEDRA, José Alberto. *Límites de la Libertad en las relaciones sexuales*, Tesis para optar por el título de Abogado, Usat, 2010, 123-125

puede recuperar quien esté afectado por una situación de incapacidad transitoria o, como sucede con los enajenados y retardados mentales, nunca adquirirse. Por otro lado si se desea mantener a tales personas al margen de toda injerencia sexual que no puedan consentir jurídicamente, no se tutela una abstracta libertad, sino las condiciones materiales de indemnidad o intangibilidad sexual. Nuestra legislación, pese a agrupar todos los ilícitos bajo la rúbrica «violación de la libertad sexual», regula diferenciadamente los comportamientos que atacan la indemnidad sexual, estableciendo una protección más intensa debido a la mayor afectación individual en relación a los atentados contra la libertad sexual, premisa que no justifica sin embargo la previsión de sanciones lesivas del principio de proporcionalidad⁵⁹

En suma, la intangibilidad sexual es el bien jurídico protegido, en donde, no es posible hablar de voluntad. Sin embargo, hay autores que quieren reconocer que en caso de menores existe una libertad pero no apta y conforme con el desarrollo persona o proceso normal de formación, por lo que se considera que si un menor quiere expresar un acto de connotación sexual, se le tendría como irrelevante, por lo que se debe hacer hincapié, de que un menor si puede expresarse sexualmente pero no cuenta con una libertad jurídica dada por el ordenamiento jurídico. Por otra parte cuando debemos referirnos a los sujetos que adolecen alteraciones psiquiátricas, de forma temporal (como personas drogadas) se podría dar a entender que su protección esta también a qué al futuro pueda expresarse sexualmente dentro de un proceso normal de formación, lo cual no cabe aplicarse a personas alteradas psíquicamente de forma irreversible (como una esquizofrenia aguda, retardo mental, etc.), y en este sentido no se podría hablar de alguna libertad común y de una libertad jurídica.

⁵⁹Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos. *Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, [ubicado el 12. XI. 2015] Obtenido en <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Del-sex-DDPP.pdf>

2.2. Su tratamiento en el Código Penal Peruano

“Artículo 173. Violación sexual de menor de edad”

“El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad.....”⁶⁰

2.2.1. Bien Jurídico Protegido

En esta figura delictiva lo que se aprecia es que se tutela la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años, para sustentar el proceso y desarrollo normal de la sexualidad, en cuanto esfera que se puede ver gravemente comprometida como consecuencia de las relaciones sexuales prematuras, mientras la edad de la víctima vaya en descenso de manera que los efectos perjudiciales serán mayores, y de ahí que las penalidades sean mayores.⁶¹

La indemnidad sexual es el bien jurídico protegido en el abuso sexual de menores de catorce años que se caracteriza por considerar que el objeto de protección radica en la necesidad de cautelar su libertad futura. Por ello el ejercicio de la sexualidad se prohíbe con ellos en la medida en que pueda afectar la evolución y desarrollo de su personalidad y a la par producir alteraciones importantes que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro, por lo que este desvalor reside en la precocidad del acto sexual en cuanto desestabiliza y abre la puerta de un mundo de emociones que el adolescente no administra ni control y por qué es capaz de poder perjudicar el normal

⁶⁰ Cfr. Código Penal, 2a ed., Lima, Grijley, 2015

⁶¹ Op. cit PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I*, 3a ed., Lima-Perú, ediciones legales,2014, 677

desarrollo y la gradual maduración de la personalidad bajo el perfil afectivo y psicosexual.

De forma que se puede concluir que la indemnidad sexual es entendida como la manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene, en este caso el menor, a un libre desarrollo de la personalidad sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, para de esa forma evitar que se puedan generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida. Lo que busca la ley penal es proteger al menor de toda injerencia abusiva de terceros en el ámbito de la sexualidad, ya sea que pertenezcan a su mismo sexo o uno diferente, como de aquellos que se aprovechan de él para mantener relaciones sexuales valiéndose de vínculos familiares de custodio o de dependencia, por lo que se queda comprendido de que se evitara todo tipo de realización sexual y otros tipos comportamientos sexuales, incluso los que no sean idóneos para generar lesiones en el cuerpo (alrededor de la vagina o ano), así mismo todo lo que pueda crear daños psicológicos acompañados un shock y trauma permanente en la vida psíquica del individuo que es posible que se extienda a toda su personalidad y que puede llegar a comprometer su vida futura ya sea en el ámbito personal o en su relación a terceros.⁶²

En esta figura delictiva lo que se aprecia es que se tutela la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años, para sustentar el proceso y desarrollo normal de la sexualidad, en cuanto esfera que se puede ver gravemente comprometida como consecuencia de las relaciones sexuales prematuras, mientras la edad de la víctima vaya en descenso de manera que los efectos perjudiciales serán mayores, y de ahí que las penalidades sean mayores.

“El delito de violación sexual del menor de catorce años se encuentra previsto y sancionado por el artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en donde el bien

⁶² Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Gaceta Jurídica, Lima-Peru, 2002, op. cit. 51-52

jurídico es la intangibilidad o indemnidad sexual, ya que como reconoce la doctrina penal: El caso de menores, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida en que puede afectar al desarrollo de la personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan o en 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 válidamente⁶³

2.2.2. Tipicidad objetiva

El tipo es el concepto legal y se compila en un Código Penal, y encontramos el elemento de la tipicidad que especifica cual será la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como el delito, y esta adecuación debe ser total y completa para poder decir que hay delito. La tipicidad objetiva comprende a los sujetos, acciones típicas y tipo subjetivo⁶⁴

2.2.2a. El Sujeto Activo y Sujeto Pasivo

Sujeto Activo:

De la descripción objetiva se puede desprender que cualquier persona, ya sea hombre o mujer, puede realizar la conducta típica, pues el delito comienza con la frase “El que...”. De la misma manera el sujeto pasivo puede ser un hombre y una mujer, y

⁶³ RN N° 63-04- La libertad, SPIJ. Consultado el 12 de noviembre del 2015

⁶⁴ Cfr. MACHICADO, Jorge. ¿Cuáles son los elementos del delito?, [ubicado el 10.XI. 2015] Obtenido en <http://jorgemachicado.blogspot.pe/2009/03/elementos-del-delito.html>

obviamente con la clara condición que esta persona sea de menor de edad, el sujeto en mención, puede realizar la acción cualquier sujeto sin que importe que sexo posea.

Por ello ya no se puede sostener de alguna forma que la mujer es inimputable, en este delito, pues era un error que se sustentaba en una correcta individualización del objeto de protección, en donde se sostenía que el riesgo era el embarazo producido a la mujer ya que destruía su vida al perder la virginidad y eso le iba a imposibilitar a alcanzar el matrimonio y a la par se sostuvo que el varón era el único que podría protegerse de la agresión, y por ello se deja atrás esta tesis debido a su matriz discriminatorio, por lo cual el hombre y la mujer pueden ser sujetos del delito (siempre y cuando estén vivos), ya que se reconoce que la mujer puede imponer el débito carnal, simplemente ejecutando la conducta típica, lo cual deja de lado el cliché de que siempre es la mujer la víctima y que solo el hombre puede agredir. Lo que se supera y atrae una consecuencia importante de ya no reconocer al sujeto por el hecho de tener miembro viril, sino por la realización de débito carnal, lo que incluye también a los homosexuales.⁶⁵

“Los sujetos pasivos son indiferenciados. Tanto puede serlo el hombre y la mujer en cualquiera de las hipótesis imaginables de relación hombre y mujer en cualquiera de las hipótesis imaginables de relación hombre-mujer, hombre-hombre, mujer-hombre o mujer-mujer. Caben tanto las relaciones heterosexuales como las homosexuales”...⁶⁶, en el caso del delito de violación sexual, solo se puede decir del hombre que es quien tendría más iniciativa en este delito pero no por ello sería el único agente, también la mujer puede realizar facultades mentales negativas igual que el hombre y mismas acciones para realizar el delito.

⁶⁵ Cfr. REÁTEGUI SANCHEZ, James. *Manual Derecho Penal Parte Especial. Delitos contra el patrimonio y otros*, Lima- Perú, Instituto Pacífico Editores, 2015, op.cit 614-615

⁶⁶ CEREZO CALDERON, A Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Penal, Tomo II. Parte Especial. Adaptado de pruebas selectivas para el ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 2a Ed., España, 2011,109

Sujeto activo, cualquier persona, hombre o mujer. Sujetos pasivos, solo puede serlo, el o la menor de catorce años de edad cronológica. Los sujetos pueden implicar una relación homo (solo masculina) o heretosexual.

El consentimiento prestado por la víctima menor es jurídicamente nulo por su edad. Debió sin embargo el legislador tomar en cuenta este hecho psicológico para graduar la pena del agente consentido por el o la mayor de doce años de edad y menor de catorce. El autor considera que el criterio para el sujeto pasivo debió ser doce años.⁶⁷

El Sujeto Pasivo:

“Hoy los sujetos pasivos pueden ser tanto la mujer como el varón, lo que ha de significado superar concepciones que discriminaban a este último y que eran incongruentes con los dispositivos constitucionales que prohíben expresamente cualquier forma de discriminación por razones de sexo”⁶⁸, es la misma idea recogida en los anteriores comentarios tanto el hombre y la mujer son los sujetos activos del delito, de la misma forma en el sujeto pasivo no existe una predilección ni siquiera por el mal llamado sexo débil “mujer”, pues tanto el hombre también participa.

“Puede ser cualquier persona, independiente de su sexo natural u opción sexual. El requisito del tipo que debe cumplir para ser considerado sujeto pasivo es el padecer el acto sexual u otro análogo mediante el empleo de la violencia o grave amenaza.

⁶⁷Cfr. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Parte Especial 1-B. Delitos contra el honor y la libertad. Concordado con el Decreto Legislativo N° 896*, Lima- Perú, Editorial San Marcos, 1998, 191

⁶⁸ Cfr. MAVILA LEON, Rosa. “*Consideraciones Actuales en Materias de Delitos Sexuales*”, Revista Cathedra Espiritu del derecho, Lima- Perú, 1998

Ambos requisitos deben concurrir, aplicándose sobre una persona determinada”.⁶⁹, incluso en personas que hayan elegido comportamientos en ideologías de géneros distintos.

El sujeto pasivo es quien de alguna manera, “consentir” el acto sexual para evitar males de mayor entidad, de manera que en el delito de violación, la violencia presupone a un sujeto pasivo que se encuentre dotado plenamente de sus facultades psíquicas para comprender la pretensión del agente y decidirse por la negativa, y de sus capacidades físicas para materializar su decisión contraria al acto sexual.⁷⁰

El sujeto pasivo como titular del bien jurídico, sería en este caso las personas que es lesionada en el ejercicio de su libertad sexual. Al igual ocurre con el sujeto activo, la ley no establece una condición especial para el afectado simplemente tiene que ser mayor de catorce años de lo contrario estaría bajo el supuesto 173.⁷¹

2.3. Comportamiento Típico:

Está determinada por la realización del acto sexual por parte del agente contra la voluntad de la víctima. En nuestra dogmática no existe dificultad para precisar los alcances que la ley señala al hablar de acto sexual., ya que este es entendido en su

⁶⁹ Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2002, op. cit 71 .De la misma forma opina DREGLIA ARIAS, Omar Y R.GAUNA, Omar. *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. I Artículos del 1 al 149 Ter, 3e ed., Buenos aires, Astrea, 909.

⁷⁰Cfr. SHIKARA VASQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. “*El delito de Violación Sexual en el Código Penal Peruano: Algunos apuntes acerca del acto sexual, el acto sexual, el acto sexual análogo, la violencia y la amenaza*”, [ubicado el 24. X 2015] Obtenido en <http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA4/violacion.htm>

⁷¹ Cfr. PUMA R, Miller. Sujeto Pasivo en la violación sexual forense. [ubicado el 12. XI. 2015] Obtenido en <http://millerpumarios.blogspot.pe/2014/12/sujeto-pasivo-y-activo-en-la-violacion.html>

acepción normal como la penetración total o parcial del miembro viril (pene en la vagina u otro análogo, siendo irrelevante la eyaculación⁷²

2.4. Acceso Carnal:

“La equiparación del acceso carnal vaginal al anal venía siendo demandado por una buena parte de la doctrina antes de la reforma, con argumentos, como su identificación por la sociedad, su similar configuración material, y su equivalencia en valoración en significado al coito vaginal en las relaciones homosexuales masculinas, por lo que no ha de extrañar la conformidad de parte de la doctrina...”⁷³, pero como se verá más adelante también se configurara con el conducto oral.

El cual es entendido como la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración⁷⁴ vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto". Por lo tanto de acuerdo con la tipificación del tipo penal para que se configure el delito de acceso carnal es necesario que haya penetración física, sin importar que esta sea con el órgano masculino o con otro objeto.⁷⁵

⁷² Op. Cit REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, 3a ed., Lima-Perú, Ediciones Legales, 2014, 168-169

⁷³ DÍEZ RÍPOLLES, José Luis. *Estudios Penales y de Política Criminal*, Idemsa, Lima-Perú, 2007, op. cit. 631

⁷⁴ Cfr. SÁNCHEZ, James. *Manuel de Derecho Penal. Parte Especial*. Delitos contra el Patrimonio y otros, Lima-Perú, Instituciones Pacifico, 2015, op. cit 190

⁷⁵ Cfr. FERNANDEZ, Olga Lucia Y LEGUIZAMON, Marcela Pilar. *Caracterización del delito sexual de Acceso Carnal violento*, [ubicado el 11. XI.S.F 2015] Obtenido en http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos_hispanoamericanos_psi_cologia/volumen7_numero1/articulo_3.pdf

2.5. Acto Sexual Análogo:

Aquí se conservan las formas por las cuales se puede acceder sexualmente a la víctima (Violencia y grave amenaza), empero se vuelve mucho más detallista en cuanto a las modalidades específicas en la cual debe realizar el acto sexual o mejor dicho el acceso carnal , y se debe entender que implica tener en cuenta el sexo oral o bucal como ya se ha mencionado, pero lo importante es decir que también existen actos análogos, por lo que siguiéndose una correcta interpretación, se puede comprender que dentro de este delito se puede emplear prótesis(caso del cirujano Max Alvarez) o el de animales en actos zoofílicos forzados (uso de objetivos), así como el cunnilingus y la introducción de la mano o dedos en cavidades sexuales (uso de partes del cuerpo) del menor ultrajado.⁷⁶

Se entiende por objetos todos aquellos elementos materiales inanimados o inanes cuya utilización conlleva una inequívoca connotación sexual (botellas, palos, bastones, fierros, tubérculos, etc.). A fin de dar por acreditada esta modalidad típica de introducción de objeto, el intérprete debe ser en suma cuidadoso, pues el ingreso de una botella en la cavidad vaginal, puede constituir un caso típico de lesiones, por lo que será necesario escudriñar en el dolo del agente y en la contextura del objeto, a fin de una solución político-criminal satisfactoria.

En tanto partes del cuerpo humano que fácilmente pueden ser utilizados por el agente como elementos sustitutivos del miembro viril para acceder a la víctima: como dedos, mano completa, lengua etc. Así mismo serán comprendido todos aquellos miembros u órganos que tienen apariencia de pene miembro o viril a los cuales recurre el agente para satisfacer una experiencia o expectativa de tipo sexual en determinado momento, lugar y víctima.⁷⁷

⁷⁶ Cfr. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra el Patrimonio y otros*, Lima-Perú, Instituciones Pacífico, 2015, op. cit 197

⁷⁷ Ibidem

2.6. Medios Comisivos

2.6.1. Violencia

Es la violencia material que exige el tipo penal, el cual consiste en una energía física que desarrollo o ejerce el autor sobre la victima haciendo uso del despliegue de esta energía para vencer con ella, por su poder material, la resistencia u oposición de la víctima, ya que esta consiste en expresarse en actos materiales sobre la victima (golpes, cogerla violentamente de las manos, etc.) para lograr un sometimiento sexual deseado por el agente que no es querido ni deseado por el sujeto pasivo.⁷⁸

“La violencia debe ser directa e inmediata en el sentido de proximidad entre esta y la realización de acto sexual. No ha de admitirse con seriedad una violación si la victima puede poner a buen recaudo o puede huir del lugar de los hechos o de la violencia de la cual es objeto, por ejemplo, denunciado el hecho a las autoridades. Sin embargo, puede aceptarse, según las circunstancias, la posibilidad de plantear violación por intimidación en caso de que la víctima obrare por un temor fundado de sufrir un daño a sus bienes (vida o integridad corporal o en bienes de terceros luego que el autor solo empleara meras amenazas de iniciar una nueva agresión violenta si no consiente el acceso carnal”.⁷⁹, la violencia puede ser física sobre una persona de forma directa o puede recaer en un tercero.

Por último, La violencia debe ser directa, es decir ejercida sobre la propia persona. No existe delito en el caso que se emplee la fuerza contra la persona que impide derribar puerta o ventana del cuarto done se encuentra la mujer dispuestas a consentir.

⁷⁸ Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*, 2a ed., Lima-Perú, Grijley, 2007, Óp. Cit. 627

⁷⁹ Óp. Cit. CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, 79

Lógicamente cuando la violencia recaer sobre otras personas se da un concurso de delito. Si la violencia no se da sobre la propia víctima, será el caso de amenaza, pero si se amenaza a un tercero vinculado de propinarle muerte, si no consiente el acto sexual, al haberse producido una manifestación de un vicio de la voluntad, qué duda cabe que será acto constitutivo de violación sexual.⁸⁰

2.6.2. Amenaza:

“Por grave amenaza entendemos la violencia moral seria, empleada por el sujeto activo, mediante anuncio de un mal grave a intereses vinculados a esta. La promesa de daño debe producir en el ánimo de la víctima un miedo que venza su resistencia, de causar un mal grave e inminente. La intimidación debe quebrantar la voluntad de la víctima. Sin embargo no es necesario que la amenaza anule la posibilidad de elección. No es necesario que la amenaza sea invencible si no meramente idónea o eficaz. Es suficiente que actúe en forma tan grave que la persona se vea preciada a escoger el mal menor. El juzgador, por ende, debe preocuparse por captar caso por caso, la idoneidad de la amenaza, teniendo a la vista condiciones personales del agraviado (cultura, estado anímico, etc.). Esto es, todas las particularidades que reviste el sujeto, a fin de calificar la idoneidad de la presión psicológica que pueda dar lugar a través de la conducta de malhechos, pues para algunas mujeres, determinadas características antropológicas pueden constituir ya una latente amenaza, en cuanto infunden un temor significativo”⁸¹, la amenaza al igual que la violencia puede dirigirse también a un tercero

⁸⁰ Cfr. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra el Patrimonio y otros*, Lima-Perú, Instituciones Pacifico, 2015, op. cit 625

⁸¹ Op. Cit REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, 3a ed., Lima-Perú, Ediciones Legales, 2014, 625-626

o sobre la propia víctima, esta amenaza debe llevar a trasgredir la voluntad de decisión de la persona afectada.

“Es indudable que la amenaza como medio para lograr someter a la víctima al contexto sexual por ella no deseada ni querida, requiere las condiciones generales de toda amenaza, es decir, la víctima debe creer que existe la firme posibilidad que se haga efectivo el mal con que se amenaza. El sujeto pasivo debe creer que con el acceso sexual exigido por el agente se evitara el perjuicio que se anuncia. Ello puede ser quimérico, pero lo importante es que la víctima lo crea. El acceso carnal sexual debe ser producto de la voluntad coaccionada del sujeto pasivo. El contenido de la amenaza lo constituye un anuncio de un mal”⁸², y efectivamente el mal debe ser injusto, debe generar pánico, o un shock psicológico para poder permitir la realización en contra de su voluntad.

2.7. Tipo Subjetivo:

La única modalidad comisiva que acepta el tipo básico de violación es la dolosa. Por aplicación del principio de legalidad, se descarta la posibilidad de que pueda penarse el acceso carnal imprudente. Desde el punto de vista del lenguaje y de la manera como se encuentran configuradas en nuestra sociedad y las relaciones entre las personas es difícil imaginar el empleo de una violencia o amenaza culposa. Ambas poseen un innegable y manifiesto sentido finalista, que en el caso del delito de violación se orienta a la realización del acto sexual u otro análogo.⁸³

En principio se requiere al dolo directo, esto es, conciencia y voluntad de realizar los elementos que dan lugar a la realización típica, de dirigir su conducta de forma final al vulnerar la libre autodeterminación sexual de la víctima. El dolor, en su dimensión

⁸² SALINAS SICCHA, Ramiro. *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*, Segunda Edición, Lima-Perú, Grijley, 2007, Op. Cit. 632-633

⁸³ DÍEZ RÍPOLLES, José Luis. *Estudios Penales y de Política Criminal*, Idemsa, Lima-Perú, 2007, Óp. Cit. 121

cognitiva, debe recorrer todos los factores y circunstancias que se encuentran abarcados en la tipicidad objetiva, en tal sentido debe saber que está quebrantando la esfera sexual de una persona menor de edad, mediante violencia y/o amenaza grave. Pero también existe un dolo eventual que implica el conocimiento de una conducta que genere un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretiza en la efectiva causación de un daño en la esfera de la intangibilidad de un bien jurídico.

Por lo tanto el dolo que consiste en el genérico propósito y conocimiento de realizar un acto de significado sexual con capacidad de lesionar el pudor individual del sujeto con que lo soporta.⁸⁴

⁸⁴ Op. Cit REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, 3a ed., Lima-Perú, Ediciones Legales, 2014, 625-626

CAPÍTULO III: CRITERIOS JURÍDICOS, CIENTÍFICOS Y PSICOLÓGICOS DE LA SEXUALIDAD HUMANA

En el último Capítulo expondremos los criterios jurídicos y científicos para poder explicar por qué se podría por la decisión de proponer la edad de 16 años para ejercer la libertad sexual.

Capítulo III: CRITERIOS JURÍDICOS, CIENTÍFICOS Y PSICOLÓGICOS DE LA SEXUALIDAD HUMANA.

3.1. BASE JURÍDICA: ART. 46 DEL CÓDIGO CIVÍL

Conforme al art 46, la capacidad civil es entendida como la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas y poder ejercerlas, por parte de los sujetos de derecho, que les reconoce el ordenamiento jurídico. En tal sentido, se le clasifican en capacidad de goce o jurídica y capacidad de ejercicio (doctrina francesa), que ha sido tomado por nuestro Código Civil

Jurídicamente si hablamos del derecho penal, debemos tener en cuenta que esta ciencia está orientada a la protección de bienes jurídicos, tanto como valores éticos sociales, ya que la doctrina penal debe estar encaminada al funcionalismo moderno, la pena o castigo en función de una prevención general del delito así como prevención especial que va dirigida al autor del delito para que no reincida; y a la sociedad en general para que sirva de ejemplo la imposición de un castigo.

Así, pues el derecho penal lo que buscara es incentivar mediante la exposición de sus normas, el desvalor jurídico de la acción, que al realizarse sería punible, de forma que conllevaría a desalentar que se genere un desorden dentro de una nación.

En el caso del delito sexual, el derecho penal enfrenta unas de sus más fuertes luchas, ya que existen paradigmas en cuanto a poder establecer una determinada edad para poder consentir, ya que más que todo se trata de un proceso psíquico, que físico, por lo que se vea apropiado apoyarse en el exegesis del Art 46 del Código Civil, que se mueve en el plano de las relaciones consentidas y aceptadas en nuestro ordenamiento a fin de poder tener una noción, de lo que implicaría consentir idóneamente.

Artículo 46º.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.⁸⁵

3.2. EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 46 DEL CÓDIGO CIVIL

Anteriormente la versión original de este artículo hacia una inexplicable distinción entre varones mayores de 16 años y mujeres mayores de 14, los cuales podrían casarse y así, obtener la capacidad de ejercicio antes de los 18 años, esto debido a que se tenía

⁸⁵ Código Civil, 2a ed., Lima, Girjley, 2015.

la idea errónea que de que el criterio predominante era que la mujer maduraba antes que el hombre y eso justificaba aparentemente una disparidad de tratamiento.

Por lo que se modificó el artículo 46 mediante la ley 27201, del 14/11/99, dando un salto adelante en la tutela de los sujetos débiles menores de edad, lo cual no implica que los menores tengan derecho a casarse, ya que el artículo 46 tiene que ser interpretado sistemáticamente con el artículo 244, el cual prescribe que los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan el asentimiento expreso de sus padres y que su discrepancia equivale al asentimiento de los mismos.

De forma que, en caso de los menores, se tiene en cuenta de que, si falta uno de los progenitores o fuera absolutamente incapaz, ósea destituido de la patria potestad, bastara el asentimiento del otro. Nótese que, al no quedar excluido el supuesto de la incapacidad relativa (de ejercicio) del padre, este en dicha situación, podrá emitir válidamente su consentimiento, por cuanto no está prohibido específicamente. A falta de los padres decidirán los abuelos y a falta de estos decidirá el juez de menores. Si el menor se casa sin dicho asentimiento no gozara de los derechos de posesión, administración, usufructo, gravamen ni disposición de sus bienes, hasta que haya alcanzado la mayoría de edad (artículo 247 C.C).

Ahora al mencionar el artículo 113 del Código de Niños y adolescentes, Ley N° 27337, del 07/08/2000, se establece que el juez especializado antes de otorgar la autorización, el juez escuchará la opinión de los contrayentes y con el apoyo del equipo multidisciplinario dispondrá las medidas convenientes para garantizar sus derechos (artículo 114).

Se infiere que el artículo 46 del código civil, queda supeditado la adquisición de la capacidad de ejercicio al menor que obtenga "título oficial", de la misma forma el artículo 457 establece que el menor capaz de discernimiento (psíquico, mental) puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio.

En este último supuesto puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarios o disponer de ellos, además se precisa que la autorización puede ser revocada por razones justificadas, por lo que concluye lo siguiente:

1. Si el menor obtiene “título oficial” que lo autorice ejercer una profesión u oficio tendrá capacidad de ejercicio plena (artículo 26)
2. Si el menor obtiene la autorización de sus padres para ejercer un oficio, trabajo, ocupación o industria, tendrá capacidad de ejercicio relativa (artículo 457 C.C)

Después de haber expresado los anteriores supuestos, debo advertir que no aparece adecuada esta disparidad de tratamiento en lo que a oficio o trabajos similares se refiere: el menor,, ya que ambos en ambos casos emplea los mismos esfuerzos físicos e intelectuales, por lo que el hecho que se le autorice mediante un título oficial o sean sus propios padres, es irrelevante, ya que si el menor ya se hace responsable de obtener los medios para generarse una ganancia patrimonial, también lo será para emplearla en lo que este decida. , por eso asevera el autor que, aunque solo sean padres los que lo autoricen, el menor debería obtener la capacidad de ejercicio plena, interpretar literalmente el artículo 457, implicaría violar el principio de igualdad, consagrado en la constitución.

Por otro lado, el artículo 50 del Código de los niños y adolescentes, Ley N° 27337, establece que los adolescentes requieren autorización para trabajar, salvo el caso del trabajador familiar no remunerado. El artículo 51 establece un mínimo de edades requeridas para el trabajo de los adolescentes, así:

1. Para el caso del trabajo por cuenta ajena o que se preste en relación de dependencia.

a) 15 años para labores agrícolas no industriales.

b) 16 años para labores industriales, comerciales o mineras.

c) 17 años para labores de pesca industrial.

2. Para el caso de las demás modalidades de trabajo, 12 años.

Este numeral establece la presunción que los adolescentes están autorizados por sus padres o responsables para trabajar cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos.

Ahora bien, el legislador, al redactar el artículo 46 del Código Civil, no menciona por ser evidente que el menor requiere contar con capacidad de discernimiento tanto para contraer matrimonio como para obtener el título oficial. No obstante, debo dejar constancia que el artículo 457, si es explícito en lo que a este requisito se refiere, de esta forma el discernimiento sería la clave para el consentimiento.

Consecuencia inevitable del menor que se casa u obtiene el "título oficial" es que, al ser capaz pleno de ejercicio, hace que se extinga la patria potestad, conforme a lo regulado por el inc. 2 del artículo 461 del Código Civil y por el inc. f del artículo 77 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337.

Este último artículo ha sido modificado por el artículo único de la Ley N° 27473, del 06/06/2001.

El hecho del nacimiento de un hijo, en el caso del menor de edad mayor de catorce años, genera una suerte de capacidad relativa de ejercicio.

En efecto, dentro de este último supuesto, llama la atención el carácter restrictivo que se les da a los menores padres para que ejerzan sus derechos.

Se debe inferir que no debería tener el carácter de *numerus clausus* y debería aplicarse, caso por caso, según la realidad de cada menor, ya que se encontraría en la caótica situación de ser capaz (de ejercicio) para algunos casos y para otros no.

Resulta forzosa una lectura extensiva de estos supuestos, en atención a una interpretación lógico sistemática de este artículo.

En suma, en nuestro ordenamiento jurídico se ha reconocido la edad de los 16 años, como edad idónea para poder establecerse y sustentar un matrimonio.

Realidad que va incluso más allá del consentimiento de las relaciones sexuales dentro del código penal, pero si incluso no podemos decir que pueda existir una equiparación de ambos criterios, se puede apreciar que el legislador en este caso reconocer la edad anteriormente expuesta Como se puede apreciar, para poder existir consentimiento, debido a la facultad psíquica e intelectual desarrollada en esta etapa.⁸⁶

Como se dijo anteriormente, el matrimonio de las personas, así como la adquisición de título profesional por los mayores de 16 años que los autorice a ejercer una profesión u oficio, son signos suficientes de que tales personas han alcanzado un grado de madurez psico-biológica para poder determinarse libre y autónomamente en su vida de relación social por contar con suficiente capacidad de entender y de querer que le permite comprender la responsabilidad que les concierne por las consecuencias de sus actos, clave suficiente para poder tener una orientación, y uniformidad en criterios de desarrollo psíquico e intelectual, por cuya razón la ley les confiere capacidad general plena de ejercicio.

Capacidad, que tratándose de los menores que han contratado matrimonio no se pierde por la terminación de este. Los actos jurídicos realizados por estos menores son plenamente válidos, por lo que no pueden ser impugnados por falta de capacidad.

Los mayores de 14 años son capaces, a partir del nacimiento del hijo, para realizar ellos personalmente, sin la concurrencia de sus padres o tutores, los siguientes actos, reconocer a sus hijos, demanda los gastos de embarazo y parto, demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos para sus hijos.

⁸⁶ Cfr. *CODIGO CIVIL COMENTADO. POR LOS 100 MEJORES ESPECIALISTAS*. Derecho de las personas Tomo, Lima, Gaceta Jurídica, 2002. Pág. 15-17

Esto conlleva a apreciar que la edad de los 16 años, si bien se toma como punto de partido en base de la protección familiar, dentro del ámbito civil, nada obsta para decir que es la edad idónea en donde la persona ha alcanzado curiosamente el desarrollo que exige la normal penal, para poder consentir, por lo que no se trata de un establecimiento de la edad de forma antojadiza.⁸⁷

FREYRE CASTILLO (2005) “Las Personas naturales”, nos expresa que lo significativo de este artículo 46, es que hace alusión a los mayores de 16 años, que son mencionados en el artículo 44, referido al tema de la incapacidad relativa.

La que se ve que progresivamente en la edad de 16 años se va alcanzando madurez para realizar ciertas actividades, que sean propias para el sostenimiento familiar.

Es decir a los 16 años la persona tendrá un mejor alcance y responsabilidad de lo que hace, pero al hacer hincapié de los 18 años, vemos que esta edad es simplemente una excepción y en donde actualmente los 18 años es tan solo la edad más alta decidida por el ordenamiento jurídico.

Entonces considero, que por eso el incapaz relativo, pues en realidad es capaz, de comprender de llevar responsabilidades de gran envergadura, lo que conlleva a que esta persona se pueda mover en un plano, totalmente igual al de los 18 años, en caso de matrimonio o título oficial.

El artículo 46 del Código Civil, hace referencia a la capacidad de ejercicio natural, y legal. Si hablamos del ejercicio natural, esta es entendida como la facultad que puede ser practicada por los menores de 18 años, por un dispositivo legal, que les reconozca esos actos en base a que poseen discernimiento suficiente para que ejerzan por si mismos sus derechos. (Démonos cuenta que el legislador solo ha visto los 18 años como la edad óptima para desplegar todos los efectos legales y no como edad tope en que exista discernimiento), y legal, que establece una edad idónea para abrir el abanico

⁸⁷ Cfr. TORRES VASQUEZ, Aníbal. Código civil. Comentarios y jurisprudencia, concordancias, antecedentes, sumillas, legislación complementaria e índice analítico. Lima, Idemsa, 2002. Pág. 43

del reconocimiento total por la ley, para realizar todos los beneficios que la ley confiera a partir de esta edad.

“El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44° [Son relativamente incapaces:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad];

46° [La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Reconocer a sus hijos.

2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto.

3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos];

y 241° [No pueden contraer matrimonio:

1. Los adolescentes.

El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse]; 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 auto determinarse 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”⁸⁸

Nuevamente es importante aclarar que la edad de los 16 años, es la más idónea para poder entender que la persona está preparada de forma cognoscitiva, intelectual y psíquicamente para poder comprender el alcance de sus responsabilidades, y que es la edad límite para poder realizar esos actos que por su condición la ley les permite, antes de tener todo el abanico que la nación les confiere. ⁸⁹

Luego de la modificación que sufriera el artículo 46 según la ley 27201 del 14 de noviembre de 1999, antes se ha producido la siguiente modificación por mandato de ley N° 29274 del 27 de octubre del 2008.

Como se advierte, después de comparar el nuevo texto del artículo 46 con el anterior derivado de modificación ordenada por la ley del año 1999, hallamos 2 puntuales cambios: El primero estaba suprimido del inc. 2 “El verbo reclamar” quedando tan solo el de demandar.

Esta modificación nos parece correcta, pues cualquier persona puede reclamar cualquier derecho sin necesidad que ello derive de la norma expresa, lo que específicamente se determina con el cambio es el de precisar que excepcionalmente, cesa la incapacidad del menor mayor de 14 años para el efecto de poder demandar por gastos y embarazo.

La segunda modificación es la de haber introducido el nuevo inciso, el 4 a fin de autorizar al menor mayor de 14 años demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos. Se trata a todas luces, de una acertada modificación del artículo 46, más de que se le atribuye al referido menor responde a las necesidades de

⁸⁸ UNPFA.ORG. Tribunal Constitucional. Fundamentos y alcances de una sentencia que reconoce el derecho de la libertad sexual de las y los adolescentes. Lima, UNPFA . [S.F].

⁸⁹Cfr. VIDAL RAMIREZ, Fernando. El Acto Jurídico, 4ta Edición. Lima- Perú, Gaceta Jurídica, 1999. Pág. 112-113

poder contribuir como demandante o parte de un proceso de filiación extra patrimonial a dotar de la identificación de su hijo.⁹⁰

“Si hay algo significativo que comentar en esta norma no son tanto los cambios, sino el que se mencione a los mayores de dieciséis años que habían sido olvidados y sacados del artículo 44, precepto que, en el Código actual regula el tema de la incapacidad relativa. Se entiende que en tanto el Anteproyecto no los menciona en el artículo 44, los mayores de dieciséis años se encuentran comprendidos en el inciso 1 del artículo 43 propuesto. Esto puede generar que no sea descabellado sostener que los artículos 43 y 44 no difieren en esencia el uno del otro, de modo que no son claros sus lineamientos ni sus consecuencias. En definitiva, se sigue percibiendo la confusión que se deriva del nuevo sistema que sólo crea problemas allá donde no los había; y, todo, por sutilezas de escuela que, estoy convencido, no interesan para nada a quienes en la práctica ejercen la abogacía. Sin perjuicio de lo expuesto, este artículo no presenta modificación sustancial alguna; el cambio urgente y necesario está encaminado a adaptar la citada norma proyectada a la nueva terminología. Además de eso, el contenido esencial es el mismo”.⁹¹

Cuando estamos hablando del artículo 46 del Código Civil, nos estamos refiriendo al artículo 44, que se refiere a los incapaces relativos tratándose de los mayores de dieciséis años y menores de 18 años de edad.

Los mayores de 16 años tienen una madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad superior a los menores de 16 años, debido a que esta capacidad mental está cada vez más próxima a la plena capacidad de ejercicio que se adquiere a los 18 años. Su aptitud real para desenvolverse en las relaciones sociales y por sí mismos y para la asunción de su particular espera de responsabilidad

⁹⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Análisis Artículo por Artículo del Código Civil Peruano de 1984. Presentación a la Primera Edición de José León Barandiarán. 12° Edición, Editorial Motivensa, 2011. Pág. 256

⁹¹ CASTILLO FREYRE, Mario. Las Personas naturales y el anteproyecto. [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2017] Obtenido en http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/las_personas_naturales_y_el_anteproyecto.pdf

esta próxima a los límites de la mayor edad, por lo que también se ve incrementada la gama y complejidad de actos que pueda realizar. Por ello el código civil los reconoce a estos menores como incapaces relativos.

Al tener este conocimiento, ellos conocer el alcance de los actos realizados, dentro del margen de la ley, que se les permite tener y aquellos que por un beneficio legal pueden realizar como en el caso del matrimonio o por título oficial, de manera que si bien se ha dicho que los menores de 16 años tienen cierta capacidad de discernimiento, esta aun no juega en rol de la madurez, para que se pueda tomar como apta o sólida para poder tenerse en cuenta dentro del ámbito personal.⁹²

Por ultimo al hablar de los sujetos incapaces relativos, debemos hacer hincapié, que conforme a la Comisión de Reforma a propuesta de la respectiva sub comisión, aprobó con fecha 22 de diciembre de 1997, el siguiente texto:

Artículo 44.- Son Sujetos de capacidad de ejercicio restringida.

a.- Los retardados mentales

b.- Los que sufren severo deterioro mental

c.- Los dependientes crónicos del alcohol

d.- Los adictos a las drogas

e.- Los que por causa de discapacidad física, mental o sensorial están impedidos incluso temporalmente, del cuidado de sí mismos o de la administración de su patrimonio.

Y como se puede apreciar en esta propuesta desaparece el termino incapaz, por ser un término peyorativo, además de una carga de absolutez que colisiona con la realidad, y se sustituye con el concepto de “capacidad de ejercicio restringida.

⁹² Cfr. TORREZ VAZQUES, Aníbal. Acto Jurídico. 2da Edición, Lima- Perú, Idemsa, 2001. Pág. 183-185

Pero principalmente no aparece dentro de los incisos a los mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, y esto debido a que no era correcto considerarlos como que ellos tenían una capacidad restringida debido a la realidad de esos momentos, los menores de 16 años no podrían ser restringidos, siempre y cuando no tengan algún tipo de enfermedad o discapacidad conforme se ha expresado líneas arriba. Esto conlleva a decir ya se tenían noción de que los mayores de 16 años, tenían capacidad de discernimiento para realizar actos, así como sus alcances, consecuencias y responsabilidades, clave para poder decir con seguridad que los 16 años, es una edad idónea para poder consentir dentro del ámbito penal. Recuérdese que los 14 años solo es parte de un desarrollo de tradición histórica.⁹³

3.3. ARGUMENTOS CIENTÍFICOS PSICOLÓGICOS:

3.3.1. La personalidad: Adolescencia

En esta etapa la vida de los hombres y mujeres experimentan cambios, físicos y psicológicos, emocionales y sociales, debido a que la adolescencia se inicia con la pubertad y finaliza al alcanzar una mayor estabilidad alrededor de los 19 años.

La edad que marca el inicio de la adolescencia, es la pubertad y esta comienza a partir de los 13 años. Al principio los cambios más evidentes durante esta etapa son físicos.

La edad de inicio en las niñas empieza entre los 10 y los 11 años y los niños aproximadamente entre los 11 y 13 años y su inicio depende de factores genéticos, socioculturales, nutricionales y económicos.

Hay quienes pueden empezar estos cambios antes o después. Sin embargo, si alrededor de los 15 años no han comenzado es necesario consultar un médico.

⁹³ Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. El Derecho de las Personas. En el umbral del siglo XXI, Lima-Perú, Ediciones Jurídicas, 1999. Pag.198

En la historia, existen rituales que marcan la “llegada a la mayoría de edad” de los niños, denominados ritos de transición que consisten en otorgar bendiciones religiosas, separación de la familia, pruebas severas de fortaleza y resistencia, marcar el cuerpo de alguna manera o actos de magia.

El ritual puede realizarse a determinada edad como en el caso del Bat Mitzvah y sus ceremonias relacionadas que marcan la llegada de las mujeres y hombres judíos a los 13 años para asumir la responsabilidad del cumplimiento religioso tradicional, o puede estar relacionada con un evento específico como (la primera menstruación de una niña) que las tribus apaches celebran con un ritual de cuatro días con cánticos desde la salida hasta la puesta del sol.

Por lo general, en las sociedades industriales modernas el paso a la edad adulta es menos abrupto y está marcado con menos claridad., ya que en estas sociedades se reconoce un largo periodo de transición conocido como adolescencia, definido como un lapso en el desarrollo entre la niñez y la edad adulta que implica importantes cambios físicos, cognoscitivos y psicosociales que se presentan interrelacionados.

La adolescencia se cuenta desde los 11 o 12 años hasta los finales de 19 o comienzos de los 20, esto implica que se trata de un proceso tan complejo que no se tiene en claro el punto de iniciación ni el de terminación, por eso algunos autores consideraran cualquiera de las dos edades antes expresadas.

Esta etapa comienza con la pubertad, proceso que conduce a la madurez sexual o fertilidad, capacidad para reproducirse.

Antes del siglo XX, los niños de las culturas occidentales entraban en el mundo de los adultos cuando maduraban físicamente o cuando comenzaban el aprendizaje de una carrera vocacional, pero ahora actualmente la entrada a una vocación tiende a ocurrir más tarde, ya que las sociedades complejas requieren de periodos más largos de

educación o entrenamiento vocacional antes que una persona joven pueda tomar las responsabilidades de un adulto.

La sociedad estadounidense contemporánea tiene una variedad de marcadores de entrada a la edad adulta, como aquellas definiciones legales a los 17 años, en donde los jóvenes pueden enlistarse en las fuerzas armadas; a los 18 en la mayoría (dependiendo del Estado), pueden participar en contratos de licitaciones.

Al hablar de definiciones sociológicas, las personas pueden llamarse adultas cuando pueden sostenerse por sus propios medios o han elegido una carrera, se han casado o establecido una relación significativa o han formado una familia.

También existen definiciones psicológicas, en donde se suele considerar que la madurez cognoscitiva coincide con la capacidad de pensamiento abstracto.

La madurez emocional puede depender de los logros al descubrir la propia identidad, independizarse de los padres, desarrollar un sistema de valores y establecer relaciones. Algunas nunca dejan la adolescencia, sin importar cuál sea su edad cronológica.

La adolescencia temprana, la transición después de la niñez ofrece oportunidades para el crecimiento, no solo en la dimensión física sino también en la competencia cognoscitiva y social, autonomía, autoestima e intimidad. También implica grandes riesgos. Algunos jóvenes tienen problemas para manejar tantos a la vez y pueden necesitar ayuda para superar los peligros que se encuentran en su camino. La adolescencia es un tiempo de creciente divergencia entre la mayoría de la gente joven que está encaminada hacia una edad satisfactoria y productiva, y una pequeña minoría (casi uno de cada cinco) que enfrentara problemas mayores.

Los adolescentes estadounidenses de hoy enfrentan peligros más grandes para su bienestar físico y mental, que los jóvenes de otras épocas.

Entre estos peligros se encuentran embarazo y la crianza temprana y un alto índice de mortalidad por accidentes, homicidio y suicidio.

Estos problemas no son típicos en otros países desarrollados.

Los patrones de comportamiento que contribuyen a estos riesgos como beber en exceso, consumir drogas, actividad sexual y delictiva, montar en bicicletas si usar cascos de protección y el uso de armas de fuego se presenten temprano en la adolescencia. Sin embargo, a pesar de los riesgos de este periodo la mayoría de la gente joven llega a la adolescencia en buenas condiciones de salud física y mental.

Al parecer el legislador se ha apresurado a considerar la edad de 14 años, como una edad idónea para que la persona pueda expresarse sexualmente, ya que, aunque existan nociones de los actos, son pequeñas. Además alrededor de los 19 o 20 años es un aproximado de que se termine esta etapa, de modo que el legislador debe optar por una edad en donde se muestre más estable.⁹⁴

Actualmente no existe consenso que determine, realmente cuando empieza la edad de la adolescencia con exactitud.

La adolescencia es una etapa del desarrollo que se caracteriza por la transición entre la niñez y la adultez, y tiene como objetivo prepararnos para asumir los roles de un adulto. En términos generales, podríamos decir que la adolescencia va desde los 12 hasta los 22-25 años.

Si hablamos desde un punto de vista estrictamente biológico, la adolescencia tiene inicios en la pubertad, y acaba cuando los cambios físicos (órganos sexuales y en relación al peso, altura y masa muscular). Este periodo se caracteriza también por grandes cambios a nivel de crecimiento y maduración del sistema nervioso central.

⁹⁴ Cfr. E. PAPALIA, DIANE Y OTROS. Psicología del Desarrollo. Octava Edición, Colombia, MC GRAW HILL, 2001. Pag 600-602

Desde lo cognitivo, adolescencia se caracteriza por alcanzar el razonamiento abstracto y lógico.

Y desde un punto social, la adolescencia es un periodo que nos prepara para nuestros roles, como adultos, ya sea para el trabajo o para formar una familia, por lo que se denomina más a esta etapa como una crisis de identidad.

Durante la adolescencia el cuerpo y cerebro produce cambios, por lo que es normal que aparezcan nuevos comportamientos y los padres u otros familiares pueden sentirse frustrados y/o irritados.

A menudo aparecen dificultades para concentrarte y una falta de motivación para realizar tus obligaciones. Algunos adolescentes se vuelven más impulsivos y se involucran en situaciones de riesgo que pueden tener consecuencias negativas a largo plazo.

Todos estos comportamientos son normales y son ocurren como consecuencia de cambios a nivel del cerebro.

El cerebro de un adolescente es diferente al cerebro de un adulto dado que se encuentra en etapa de maduración hasta los 22-24 años.

Las áreas encargadas del auto-control, el juicio, las emociones y la organización se desarrollan durante la pubertad y principios de la adultez.

Es por eso que la adolescencia se caracteriza por ser un periodo de dificultades en la toma de decisiones, toma de riesgos y descontrol emocional.

Durante la adolescencia se produce una segunda fase en el desarrollo del cerebro - la primera ocurre durante los primeros 18 meses de vida -, hay algunas conexiones entre neuronas que desaparecen y se fortalecen otras, haciendo el cerebro más eficiente.

Por esto, aprender a tomar decisiones eficaces y un estilo de vida saludable tendrá un impacto durante toda la vida, de la misma forma que los "malos hábitos" durante esta

etapa también tendrán repercusiones a más largo plazo. Por ejemplo: hoy en día las investigaciones muestran que el cerebro de los adolescentes es más vulnerable a los efectos del alcohol en la memoria y en el aprendizaje. El consumo frecuente y desproporcionado de alcohol podrá tener consecuencias a largo plazo, comprometiendo algunas funciones cerebrales.

Hablando del ámbito sexual, las características sexuales primarias son todas aquellas en el cual está la presencia de los órganos necesarios para la reproducción; como lo son:

En las mujeres son los ovarios, trompas de falopio, útero, vagina y en los hombres son los Testículos, pene, escroto, vesículas seminales, próstata. El principal signo de la madurez sexual en las niñas es la menstruación, en los varones, la primera señal de la pubertad es el crecimiento de los testículos y escroto y el principal signo de madurez sexual es la presencia de semen en la orina, siendo éste fértil tan pronto exista la evidencia de esperma.

A menudo en la pubertad los varones se despiertan con una mancha húmeda o seca durante su estadía en la cama: emisión nocturna o eyaculación involuntaria de semen que por lo regular se conoce como sueño húmedo.

Por otro lado, las características sexuales secundarias son signos fisiológicos de la madurez sexual que no involucran directamente a los órganos reproductores. Incluye el crecimiento de los senos en las mujeres y el ensanchamiento de los hombros en el varón, etc.

En mujeres se aprecia: Senos Vello púbico Vello axilar, cambios en la voz, cambios en la piel, ensanchamiento y aumento de la profundidad de la pelvis. Presencia de la menstruación.

En los hombres: Vello púbico Vello axilar Vello facial Cambios en la voz, cambios en la piel, ensanchamiento de los hombros.

Por excelencia la presencia del semen y la menarquia, representan el signo más evidente de la madurez sexual.

La menarquia se presenta casi al final de la secuencia del desarrollo femenino. Aunque en muchas culturas la menarquia se toma como una señal del paso de niña a mujer, los primeros períodos menstruales no incluyen la ovulación; sin embargo, como en ocasiones la ovulación y la concepción se puede presentar en otros primeros meses, las niñas que han comenzado a menstruar y si mantienen relaciones sexuales pueden quedar embarazadas.

Ahora teniendo en cuenta los cambios psicológicos en el adolescente, debemos advertir que la adolescencia es quizás la época más complicada en todo el ciclo de la vida humana.

Los adolescentes son muy conscientes y están seguros de que todo el mundo los observa, entre tanto, su cuerpo continuamente los traiciona; sin embargo, la adolescencia también ofrece nuevas oportunidades que los jóvenes abandonan de diferentes maneras.

No sabemos porque la maduración comienza cuando lo hace, ni podemos explicar tampoco cuál es el mecanismo exacto en la que la desencadena, solo sabemos que a cierta edad determinada por factores biológicos esto ocurre.

Todos estos factores ayudan de una manera u otra a crear responsabilidad en cada joven, lo que hace temprana o tardíamente que este obtenga una maduración intelectual que le hará abrir la memoria y pensar mejor las cosas antes de actuar.

En la maduración temprana o tardía en los varones: Una investigación ha encontrado que los varones que maduran rápido son equilibrados, calmados, amables, populares entre sus compañeros, presentan tendencias de liderazgo y son menos impulsivos que quienes maduran tarde.

Existen aspectos a favor y en contra de ambas situaciones; a los muchachos les agrada madurar pronto y quienes lo hacen parecen beneficiarse en su autoestima, al ser más musculosos que los chicos que maduran tarde, son más fuertes y tienen mejor desempeño en los deportes y una imagen corporal más favorable. Sin embargo, la maduración temprana tiene complicaciones porque elige que los muchachos actúen con la madurez que aparentan.

Quienes maduran más tarde pueden ser o actuar durante más tiempo como niños, pero también pueden beneficiarse de un tiempo de niñez más largo. Maduración temprana o tardía de las niñas: A las niñas no les gusta madurar pronto; por lo general son más felices si no maduran rápido ni después que sus compañeras, las niñas que maduran pronto tienden a ser menos sociables, expresivas y equilibradas, son más extrovertidas, tímidas y tienen una expresión negativa acerca de la menarquia.

En general los efectos de la maduración temprana o tardía tienen mejor probabilidad de ser negativos cuando los adolescentes son muy diferentes de sus compañeros bien sea porque están mucho o menos desarrollados que las otras. Estas niñas pueden reaccionar ante el interés de las demás personas acerca de su sexualidad, por consiguiente, los adultos pueden tratar a una niña que madura pronto con más rigidez y desaprobación.

La mayoría de los adolescentes se interesan más en su aspecto que en cualquier otro asunto de sí mismos, y a muchos no les agrada lo que ven cuando se ven en el espejo.

Los varones quieren ser altos, anchos de espalda y atlético; las niñas quieren ser lindas, delgadas, pero con formas, y con una piel y un cabello hermoso, cualquier cosa que haga que los muchachos atraigan al sexo opuesto. Los adolescentes de ambos sexos se preocupan por su peso, su complexión y rasgos faciales, lo que trae como consecuencia biológica y hasta trastornos psicológicos la aparición del desorden en la salud como desnutrición, descuido del peso (falta de autoestima) anorexia, bulimia, y hasta abuso de alcohol, drogas y otros vicios. Las chicas tienden a ser menos felices

con su aspecto que los varones de la misma edad, sin duda por el gran énfasis cultural sobre los atributos físicos de las mujeres.

Durante la adolescencia, aparecen conjunta o separadamente prácticas sexuales que serán luego abandonadas, ya que nada está aún consolidado en estos momentos,

En la conducta sexual adolescente nada está aún consolidado, nada puede considerarse definitivo y, sobre todo, excluyente.

La satisfacción sexual es como mínimo algo difícil de conseguir en esta época de la vida, pero al mismo tiempo es también lo que plantea más imperiosas exigencias.

En todo caso, es necesario considerar, ante todo, que no es la conducta manifestada sino los hitos de la evolución psicoafectiva infantil aquello que marca de forma indeleble la preferencia de cada individuo hacia tal o cual objeto de satisfacción sexual.

Finalmente hablando de la masturbación durante la adolescencia, podemos decir que estas satisfacciones auto eróticas han sido, durante siglos, condenada desde numerosas actitudes ideológicas que obviaron, o, mejor dicho, se cuidaron mucho de dejar claro lo más evidente: la masturbación es una forma sencilla de satisfacción sexual y no produce absolutamente ningún prejuicio al sujeto, hombre o mujer, que la práctica.

En esta modalidad sexual, la satisfacción queda limitada al orgasmo producido por la manipulación de los genitales, con la decisiva participación de unas fantasías eróticas.

Toda persona que se masturba sabe que el placer que de ello obtiene es distinto al que produce la relación con otra persona. Ni mejor ni peor, simplemente distinto. Y no es cierto que ambas formas de satisfacción se excluyan mutuamente, sino que, al contrario, los fantasmas eróticos (que habitualmente tematizan las demás formas de satisfacción no auto erótica) sirven de acicate para un deseo que, por definición, va más allá de uno mismo.

La masturbación es con frecuencia la única forma de satisfacción sexual a la que puede recurrir el adolescente, que –no está de más recordarlo, es una persona particularmente afectada por la virulencia de los deseos y las emociones.

No debe ser alentada, pero tampoco prohibida, y nunca los jóvenes deben ser aterrorizados con el esperpéntico catálogo de que falsamente se le atribuyen⁹⁵

La adolescencia es un puente entre el niño y el adulto, y en esta etapa se vive cerca al periodo de la pubertad, en donde existen los impulsos sexuales, y estos siguen a conformar la identidad sexual, además de que al producir el llevar a la excitación como también el poder aprender a controlarlos y autorregularlos, apareciendo el dominio sobre el deseo sexual, en el papel del juego de las relaciones heterosexuales.⁹⁶

“El trastorno biológico de la pubertad ocasiona cambios hormonales importantes, uno de los cuales es el aumento de la producción de andrógenos en ambos sexos, que incrementa drásticamente el impulso sexual, aunque los niños de escuela primeramente juegan a “perseguir y besar, que los prepara para las relaciones heterosexuales que sostendrán más tarde en la vida, experimentando los nuevos impulsos ayudar a que los adolescentes se percaten cada vez más de su propia sexualidad, aspectos del desarrollo que influye en gran medida de sus auto conceptos. Un destacado importante que enfrentan la adolescencia es el de imaginar cómo manejar y expresa en forma apropiad sus sentimientos sexuales, problema que es altamente influido por los contextos sociales y culturales en la sexualidad”.⁹⁷ , es decir el impulso venéreo.

La sexualidad en la adolescencia es una etapa de experimentación sexual de fantasías y realidades sexuales y de incorporación de la sexualidad a la propia identidad. Los adolescentes poseen una curiosidad insaciable por conocer los misterios del sexo. Se

⁹⁵ Cfr. TORRES,A. *Las tres etapas de la Adolescencia*. [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2017] Obtenido en <https://psicologiymente.net/desarrollo/etapas-adolescencia#!>

⁹⁶Cfr. JHON SANCTRAC. *Psicología del Desarrollo. El ciclo Vital*. 10° Edición, Colombia, 1999, Pág.135

⁹⁷ CHAFFER, David R. *Humanidades*, Quinta Edición, Editorial , Colombia, Thompsom,2004 Pág. 174

cuestionan si son atractivos sexualmente, donde el fin es conseguir el placer a través de la pareja o de uno mismo (masturbación).

Este impulso es atinado y desencadenado a través de los sentidos y las fantasías. Las crisis de la pubertad acaban en problemas inherentes a la transformación fisiológica, originando problemas sobre el nuevo esquema corporal y maduración sexual.

El adolescente tiene que dar respuesta y adaptarse a su sexualidad que se caracteriza por ser muy fuerte e impulsiva. Las necesidades de los adolescentes, son un hecho que no se puede ignorar⁹⁸

La OMS define la adolescencia como el periodo de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años.

Es una de las etapas más importantes en la vida del ser humano, que se caracteriza por un ritmo acelerado de crecimiento y de cambios, superado únicamente por el que experimentan los lactantes. Esta fase de crecimiento y desarrollo viene condicionada por diversos procesos biológicos. El comienzo de la pubertad marca el pasaje de la niñez a la adolescencia.

Los determinantes biológicos de la adolescencia son prácticamente universales; en cambio, la duración y las características propias de este periodo pueden variar a lo largo del tiempo, entre unas culturas y otras, y dependiendo de los contextos socioeconómicos. Así, se han registrado durante el pasado siglo muchos cambios en relación con esta etapa vital, en particular el inicio más temprano de la pubertad, la postergación de la edad del matrimonio, la urbanización, la mundialización de la comunicación y la evolución de las actitudes y prácticas sexuales.

⁹⁸Cfr. ZIMMERMAN, Max. Sexualidad. Programa Educativo. Embarazo y Parto. Infancia y Adolescencia, Argentina, 2006. Pág. 10-11

La adolescencia es en teoría la etapa de la preparación para la edad adulta durante el cual se producen varias experiencias de desarrollo de suma importancia.

Que va de forma obvia más allá de la maduración física y sexual, esas experiencias incluyen la transición hacia la independencia social y económica, el desarrollo de la identidad, la adquisición de las aptitudes necesarias para establecer relaciones de adulto y asumir funciones adultas y la capacidad de razonamiento abstracto.

Aunque la adolescencia es sinónimo de crecimiento excepcional y gran potencial, constituye también una etapa de riesgos considerables, durante la cual el contexto social puede tener una influencia determinante.

Muchos adolescentes se ven sometidos a presiones para consumir alcohol, tabaco u otras drogas y para empezar a tener relaciones sexuales, y ello a edades cada vez más tempranas, lo que entraña para ellos un elevado riesgo de traumatismos, tanto intencionados como accidentales, embarazos no deseados e infecciones de transmisión sexual (ITS), entre ellas el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH).

Muchos de ellos también experimentan diversos problemas de adaptación y de salud mental, y sobre todo la existencia de los famosos patrones de conducta que se establecen durante este proceso, como el consumo o no consumo de drogas o la asunción de riesgos o de medidas de protección en relación con las prácticas sexuales, pueden tener efectos positivos o negativos duraderos en la salud y el bienestar futuros del individuo.

De todo ello se deduce que este proceso representa para los adultos una oportunidad única para influir en los jóvenes.

Los adolescentes son diferentes de los niños pequeños y también de los adultos.

Más en concreto, un adolescente no es plenamente capaz de comprender conceptos complejos, ni de entender la relación entre una conducta y sus consecuencias, ni tampoco de percibir el grado de control que tiene o puede tener respecto de la toma de decisiones relacionadas con la salud, por ejemplo, decisiones referidas a su comportamiento sexual.

Esta incapacidad puede hacerlo particularmente vulnerable a la explotación sexual y a la asunción de conductas de alto riesgo, además de la influencia de las leyes, costumbres y usanzas también pueden afectar a los adolescentes de distinto modo que a los adultos.

De forma que las leyes y políticas a menudo restringen el acceso de los adolescentes a la información y los servicios de salud reproductiva, máxime si no están casados.

En los casos en que sí tienen acceso a servicios de esta índole, puede ocurrir que la actitud de las personas encargadas de dispensarlos muestra frente a los adolescentes sexualmente activos suponga en la práctica un obstáculo importante para la utilización de esos servicios

Nuestro Código Penal desea proteger el derecho sexual, de los adolescentes, en afán de querer evitar lesiones a los bienes jurídicos protegidos por la sociedad, pero considero que el legislador no debe tomar esta edad como relativa, es decir no debería moverse en el mínimo aceptable, si no en el intermedio, y a esto me refiero a los 16 años, donde habrá más control y voluntad, así como noción, alcance y responsabilidad, por ser una edad más próxima a los 16 años.⁹⁹

⁹⁹ Cfr. OMS. *Desarrollo en la adolescencia*. [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2016] Obtenido en http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/

Como hemos señalado anteriormente, este constructo se puede definir como el resultado de las percepciones que uno tiene de sí mismo, basadas en la experiencia con los demás y en las atribuciones que el individuo hace sobre su propia conducta. Esta Adquisición va a ser muy importante para el ajuste psicológico y social del adolescente.

En este sentido, son muchos los estudios que concluyen que los adolescentes con alto auto concepto manifiestan pocas conductas agresivas, de burlas o de abuso de los demás. Al mismo tiempo que presentan un mayor número de conductas socialmente aceptadas donde existe un mejor sentimiento social y mayor satisfacción con la vida, están más integrados en el aula y son mejor valorados tanto por sus profesores como por sus compañeros

En cualquier caso, para entender mejor este periodo desde su inicio a los 11 años aproximadamente hasta el final, en torno a los 20 años, es preciso observar la evolución y la transformación de los contenidos del auto concepto y los cambios organizativos que se van produciendo a lo largo de lo que podríamos denominar adolescencia temprana, media y tardía.

En la adolescencia temprana, que transcurre entre los 11 y los 14 años, los contenidos del auto concepto son fundamentalmente los que se refieren a las características resultantes de sus cambios físicos, es decir, a todo aquello que tiene que ver con sus nuevos rasgos corporales.

En esta imagen que genera el adolescente sobre sí mismo tendrá una enorme importancia la forma en la que sea visto por los demás, y el modo de interpretar él esa visión de los otros. En estos momentos posteriores a la pubertad, el auto concepto se estructura alrededor de nociones independientes, sin mucha relación entre ellas debido al insuficiente control cognitivo que es necesario para hacer una integración más completa.

En la adolescencia media, entre los 15 y 17 años, los rasgos físicos irán disminuyendo su importancia en la concepción de la nueva imagen personal y serán poco a poco sustituidos por aquellos que tienen que ver con sus expectativas de futuro en relación con una concepción particular del estilo de vida.

Por esta razón, a partir de ahora, el referente de las autodefiniciones ya no será tanto la descripción de los componentes físicos como el interior psicológico referido a sentimientos y deseos propios.

En cuanto a la estructura del auto concepto se observa como aquellas primeras abstracciones, propias de los años anteriores, van a ir paulatinamente transformándose e integrándose, por lo que es de esperar diferencias conceptuales entre los diferentes contextos en los que el joven vive sus experiencias, es decir, el familiar, el escolar y el de las relaciones con los iguales, pero con una cierta conexión entre los rasgos, aunque estos en algunos casos sean opuestos.

Efectivamente, a nivel psicológico, los adolescentes situados entre los 15 a 17 años, se caracterizan por ya no presentar ese aspecto del desarrollo físico, así como los desórdenes de los sentimientos, por lo que se puede entender que aún existe una encrucijada entre el propio adolescente por su afán de crecer y de desear experimentar situaciones complejas, en donde es mucho más adecuado otorgársele el reconocimiento legal de este desarrollo a partir de la entrada de adolescencia intermedia, en donde se pueda apreciar que el protegido, tenga más facultades para afrontar esas situaciones, y además el reconocimiento mínimo establecido para ese reconocimiento es a partir de los 16 años, siendo insuficiente la edad de los 14 años para poder decir que está preparado para llevar aquellas situaciones, ya que lo que predomina son los sentimientos, emociones y cambios físicos y no tanto lo psíquico o intelectual.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Cfr. PEREZ PEREZ, N, Y Navarro Soria, I. Psicología del Desarrollo. Del Nacimiento a la vejez, Editorial Club Universitario, 2011, Pag. 224-226

No debemos olvidar el papel de la familia y la comunidad que representan un apoyo fundamental y direccional, ya los adolescentes dependen de su familia, su comunidad, su escuela, sus servicios de salud y su lugar de trabajo para adquirir toda una serie de competencias importantes que pueden ayudarles a hacer frente a las presiones que experimentan y hacer una transición satisfactoria de la infancia a la edad adulta.

Los padres, los miembros de la comunidad, los proveedores de servicios y las instituciones sociales tienen la responsabilidad de promover el desarrollo y la adaptación de los adolescentes y de intervenir eficazmente cuando surjan problemas

Efectivamente y sobre todo la comunidad jurídica debe tener en cuenta de que deben existir políticas encaminadoras, en aras de la función social de la sexualidad, dentro de un contorno seguro, en donde los adolescentes sepan los peligros y situaciones riesgosas, que acarrea la actividad sexual.¹⁰¹

El desarrollo sexual, en el adolescente no es sólo un fenómeno psico - fisiológico, sino también socio – cultural., en donde predominan los valores, costumbres y controles sexuales de la sociedad en que vive el adolescente, llegando a determinar en gran parte su actitud y comportamiento psicosexual.

Todos los adolescentes en un momento dado se preocupan más o menos de su desarrollo sexual pero de ello no hablan espontáneamente sino en un clima de gran confianza.

La tensión sexual que tiene todo adolescente es el resultado de tres tipos de estimulantes que operan de forma compleja: La acción de mundo exterior, la influencia de la vida psíquica y la acción del organismo.

En la adolescencia comienzas las primeras atracciones heterosexuales, la chica es más corazón y el chico es más cuerpo. La chica es más exhibicionista que el chico.

¹⁰¹Cfr. PROFAMILIA. *¿Qué ES LA ADOLESCENCIA?*. [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2016] Obtenido en <https://profamilia.org.co/preguntas-y-respuestas/el-cuerpo/que-es-la-adolescencia/>

El legislador ha tomado en cuenta las primeras atracciones heterosexuales como punto quiebre entre el desarrollo complejo del aspecto sexual y el reconocimiento legal, pero los 14 años representan como se ha descrito antes, no representa una etapa intermedia, en donde el joven tenga más autocontrol y conocimiento de lo que acarrea la actividad sexual. Además es más caracterizado por cambios físicos y nuestro sistema penal exige la protección psíquica de sujeto.¹⁰²

3.3.2. Cambios físicos y psicológicos

El período de la adolescencia se caracteriza por los cambios fisiológicos, psicológicos, cognoscitivos y sociales a los que tiene que ajustarse el joven.

Por lo general, ocurre entre los 10 y 14 para las niñas y los 12 y 16 para los varones.

Los cambios fisiológicos, Inician gracias a un incremento en la producción de hormonas. Las transformaciones exteriores son fáciles de reconocer; las internas, sin embargo, comienzan antes que cualquier cambio físico sea evidente. Según la acepción científica moderna, la pubertad comienza con el crecimiento gradual de los ovarios (y de órganos relacionados con ellos, como es el útero) en las mujeres, y de la glándula prostática y las vesículas seminales en los hombres.¹⁰³

Los cambios físicos durante la adolescencia influyen mucho en la identidad del adolescente. El adolescente debe adaptarse a estos cambios físicos, y asumir su identidad para continuar en el camino hacia la sexualidad genital en la etapa adulta.

¹⁰² Cfr. APARCANA ISLA, Orlando. Psicología del desarrollo, Universidad Privada San Juan Bautista, 2010. Pág. 62-63.

¹⁰³ Cfr. PROFAMILIA. *¿Qué ES LA ADOLESCENCIA?*. [S.F.] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2016] Obtenido en <https://profamilia.org.co/preguntas-y-respuestas/el-cuerpo/que-es-la-adolescencia/>

Muchos adolescentes etapa sin perturbaciones psicológicas graves. Sin embargo, todos ellos experimentan inquietudes, angustias y dudas.

Durante esta etapa, los adolescentes experimentan cambios que son percibidos por el entorno constituido (por padres, profesores, compañeros) La adaptación a los cambios físicos está vinculada a las presiones del grupo y a los estándares culturales de belleza y de seducción.

El pensamiento de un adolescente se diferencia del pensamiento de un niño, debido al deseo de encontrar un sentido a todos los aspectos de su experiencia concreta con el mundo (contacto con nuevas amistades o instituciones).

Las preguntas acerca de sí mismo se vuelven mucho más profundas y se relacionan con aspectos mucho más afectivos: amor, amistad, sociedad, justicia, religión y moral.

La mayoría de los adolescentes no construyen una ideología propia, sino que adquieren las creencias e ideologías ya existentes en su entorno social. Es un hecho que durante esta etapa los adolescentes abordan de manera muy profunda el dilema de la vida y de la muerte.

Al empezar la adolescencia el niño debe dejar su mundo de relaciones limitado exclusivamente a sus padres y construir otro mundo en el que primen la autonomía y las relaciones con otras personas de su misma edad.

La conducta de los padres también debe cambiar tanto en el aspecto afectivo como en su rol de agentes de socialización, por ello la adolescencia es una etapa de conflictos, y durante esta etapa las relaciones familiares cambian y el adolescente se abre a un mundo mucho más extenso donde sus amigos ocupan un lugar muy importante.

Durante esta etapa los grupos de personas de la misma edad son los principales medios de socialización. En estos grupos las funciones son complementarias y no opuestas (como en el entorno familiar).

La formación de estos grupos permite facilitar las relaciones amicales y fomentar la identificación mutua lo cual contribuye a que el adolescente encuentre una identidad personal y social.

Además, estos grupos permiten que el adolescente asuma roles y enfrente situaciones sociales en las que tendrá que decidir entre lo que se debe y lo que no se debe hacer.

Otro medio de socialización importante es la escuela. Así el medio escolar favorece la formación y el funcionamiento de los grupos de amigos y, además, estimula la confrontación con las exigencias de adultos profesionales.

Todo eso se asociara a los cambios psicológicos y físicos del adolescente, lo que representara la entrada a la madurez de la sexualidad adulta.¹⁰⁴La adolescencia es una etapa más de la vida en cada persona. La primera es la infancia, continúa con la adolescencia, y sigue con la edad adulta y la vejez.

La adolescencia comienza con la pubertad, y es el paso de la infancia a la vida adulta.

En general se acepta que el *inicio* de la adolescencia está señalado por los *cambios* anatómicos y fisiológicos que se producen en el organismo y que suelen ser progresivos en las chicas los primeros cambios suelen aparecer sobre los 10-11 años y en los chicos entre los 12-13 años.

La pubertad es el termino referido a los cambios corporales que se producen principalmente debidos a las hormonas sexuales (testosterona, progesterona y estrógeno), también influyen los aspectos genéticos individuales y la alimentación.

Por otro lado la **adolescencia**, según la Organización Mundial de la Salud, se divide en dos periodos: el primero entre los 10 y los 14 años y el segundo entre los 15 y los 19

¹⁰⁴ Cfr. GROUPE FIGARO CCM BENCHMARK. *Cambios psicológicos durante la adolescencia* [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2017] Obtenido en <http://salud.ccm.net/faq/2676-cambios-psicologicos-durante-la-adolescencia>

años; así el concepto de juventud se sitúa entre los dos periodos, entre los 10 y los 19 años.

Durante la adolescencia se producen muchos cambios en muy poco tiempo, es un proceso psicológico unido al crecimiento social y emocional que surge en cada persona.

El periodo de la pubertad en ambos sexos dura unos cuatro años, aunque las chicas empiezan a desarrollarse unos dos años antes que los chicos.

Es muy importante señalar que el final de la adolescencia está determinado, sobre todo, por *factores sociales*; se considera que un o una adolescente deja de serlo cuando es reconocido y admitido como adulto en su comunidad.

Desde el punto de vista psicológico y social, cada persona sigue madurando afectiva y sexualmente a lo largo de toda su vida, mejora su conocimiento personal y va delimitando sus deseos y necesidades individuales.

En este periodo se van a producir cambios biofisiológicos como psicológicos que sitúan a cada persona ante una nueva forma de vivenciarse a sí misma y al entorno que le rodea

Cambios Biofisiológicos:

Masculino:

1. Aparece vello facial (bigote y barba)
2. Posible acné (debido a las hormonas)
3. La voz falla y se hace más grave
4. Los hombros se ensanchan
5. Aparece el vello púbico
6. Crece el vello en el pecho y la espalda
7. El cuerpo transpira más
8. Aparece el vello en las axilas
9. Los testículos y el pene aumentan de tamaño

10. El cabello y la piel se vuelven más grasos
11. Aumenta el peso y la altura
12. Las manos y los pies aumentan de tamaño
13. Aumenta el vello en los brazos
14. Crece el vello en las piernas
15. Se inicia la capacidad reproductora
16. Eyaculación

Femenino:

1. La piel se vuelve más grasa
2. Aumenta el peso y la altura
3. Aumenta el sudor
4. Rostro más lleno
5. Posible acné (debido a las hormonas)
6. Los brazos engordan
7. Aparece el vello en las axilas
8. Se destacan los pezones
9. Crece el vello púbico
10. Los genitales se engrosan y oscurecen
11. Aumenta el vello en los brazos
12. Los muslos y las nalgas engordan
13. Las caderas se ensanchan
14. Crece el vello en las piernas
15. Se inicia la capacidad reproductora
16. Menstruación

Las hormonas más implicadas directamente en la sexualidad son:
los *estrógenos*, la *progesterona* y la *testosterona*.

En realidad, estas hormonas se encuentran en los dos sexos, con distintos niveles de concentración (en el hombre hay mayor nivel de testosterona y en la mujer mayores niveles de estrógenos y progesterona). En la misma persona, también varía el nivel hormonal en distintos momentos.

Estrógenos: hormona femenina. A partir de la pubertad se incrementa su producción. Relacionada con el deseo sexual y el desarrollo de los caracteres sexuales (vello en pubis y axilas, desarrollo del pecho y de los órganos sexuales, distribución del tejido graso). Su secreción aumenta durante la ovulación.

Progesterona: hormona protectora de la gestación en la mujer.

Testosterona: es la hormona masculina que se produce sobre todo en los testículos. A partir de la pubertad se incrementa su producción. Relacionada con el deseo sexual y con el desarrollo de los caracteres sexuales (vello, cambios en la voz, en la estructura muscular, ósea, tejido graso y desarrollo de los genitales.)

Cambios Psicológicos e intelectuales:

Aparece una mayor curiosidad por conocer el mundo que lo rodea.

La persona accede a una nueva forma de pensamiento, puede formular hipótesis, razonar acerca de ellas y extraer sus propias conclusiones.

La persona puede diferenciar lo real de lo posible, comienza a poner en tela de juicio todo aquello que hasta ahora era inamovible. Tiene opiniones propias y críticas sobre el amor, los estudios, los amigos, la familia, etc.

Piensa sobre sus propios pensamientos, puede orientar su afecto hacia determinadas ideas y valores y comprometerse en algún modo con ellos.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Cfr. Ayuntamiento de Murcia. *Cambios en la pubertad y Adolescencia* [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2017] Obtenido en http://www.informajoven.org/info/salud/k_7_7.asp

Durante este periodo de la vida surgen, en ambos sexos, unas modificaciones muy evidentes, que deben atribuirse a la madurez y, por lo tanto, al funcionamiento de los órganos sexuales (ovario y testículos, respectivamente).

En el sexo femenino la madurez de la célula del huevo comporta la aparición del ciclo menstrual, y con ello se afirman los caracteres sexuales secundarios (desarrollo de la glándula mamaria y de los genitales externos, aparición del vello pubiano y axilar).

En el sexo masculino la madurez sexual se alcanza con la espermatogénesis (esto es, paso de la célula sexual desde su primitivo estadio de espermatogonio al de espermatozoide), que motiva unas mutaciones somáticas no menos evidentes (vello en el pubis y en las axilas y más tarde en el rostro, engrosamiento y desplazamiento de los genitales).

El crecimiento, tras un rápido incremento pre pubescente, experimenta, durante la pubertad, una mayor lentitud, a la que se atribuye la diferencia de estatura que normalmente se registra entre los dos sexos: en efecto, la maduración sexual se verifica más precozmente en la mujer que en el varón.

Por otra parte, durante la fase de la pubertad, el crecimiento se efectúa casi siempre en anchura (a nivel de la pelvis en la mujer y de los hombros en el varón); como consecuencia, al combinarse el desarrollo muscular con el óseo, el adolescente adquiere un aspecto exterior completamente distinto de la delgadez desgalichada o de la obesidad fofa que tenía en la fase pre pubescente.

Desde el punto de vista médico, durante este periodo, el adolescente necesita una aportación nutritiva proporcionada a las mayores necesidades de su organismo en crecimiento, así como un equilibrio indispensable para corregir su genérica condición de inestabilidad. Contribuirán a hacerle alcanzar este equilibrio unos adecuados periodos de reposo, y, en los límites de lo posible, un ambiente familiar capaz de resolver serenamente todos los problemas (especialmente los que atañen al carácter) que se le puedan plantear.

Una vez superada la pubertad propiamente dicha, se registra una progresiva evolución hacia la edad adulta: aumento lento, pero constante, de la estatura: desarrollo de las masas musculares; aumento de la resistencia fisiológica, etc. El crecimiento durante la pubertad precede e influye en la evolución del comportamiento del adolescente. El fenómeno de la adolescencia, pese a repetirse en cada generación, sorprende siempre a los padres y a los educadores.

En efecto, los trastornos de carácter, aunque constituyen una parte integrante de la crisis de la adolescencia, son a veces tan intensos, cuando no francamente patológicos, que inducen a los padres a consultar al médico o al psicólogo.

Lo que más destaca en el adolescente en crisis es su extremada inestabilidad, por la que continuamente oscila entre sentimientos antagónicos: con rapidez desconcertante pasa de la oposición más abierta a la pasividad; de unos sentimientos de inferioridad y autodesprecio a los sentimientos de superioridad: de la timidez a la insolencia; de la generosidad a la villanía; de las tendencias místicas a otras hacia una existencia disoluta; de la alegría al disgusto por la vida; del terror a la muerte a las tentativas de suicidio, y ello por motivos a menudo insignificantes.

Esta crisis, llamada de excentricidad juvenil, aunque adquiere características diferentes en la jovencita y en el muchacho, posee en ambos el mismo significado: se encuentra sometido a discusión el propio yo, partiendo de la misma metamorfosis física que conduce al descubrimiento de nuevas emociones y a la sexualidad adulta.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Cfr. JORDAN, Sarah. Adolescentes. Manual de Usuario. Instrucciones de uso, solución de averías, consejo y mantenimiento, Lima- Perú, Océano, 2005. Pág. 45-47

3.3.3. El adolescente de los 16 años

En este pequeño acápite expondré, a lo que quiero llegar, es decir por qué los 16 años sería la edad más idónea, en cuanto a la comprensión dentro del campo de las relaciones sexuales o coitales

La gran espiral del desarrollo humano tiene sus sub-ciclos mayores y menores. El mayor, iniciado a los diez años, alcanza su culminación a los dieciséis, para luego desenvolverse durante cinco años más hacia el nivel de la madurez total. El adolescente de dieciséis años no tiene más que pararse en puntas de pie, prácticamente, para ver el horizonte de la edad adulta. El mismo es algo así como un pre adulto.

La propia sociedad le acuerda sus reconocimientos a esta creciente madurez a través de diversas normas, costumbres y leyes. La actitud de los padres, profesores y preceptores sufre modificaciones sutiles cuando éstos advierten la creciente madurez del joven. El intercambio se desarrolla prácticamente en un pie de igualdad. El adolescente de dieciséis años tiene una mente más dueña de sí misma, porque se halla mejor ordenada y controlada.

Los quince años eran una etapa necesaria. En ella se preparó el camino para las integraciones más vastas y mejor equilibradas de la conducta del joven de dieciséis. Con esta ventaja, ahora despliega una mayor confianza en sí mismo y una autonomía más profunda. La entera fe en sí mismo es el rasgo más característico de esta edad, y el síntoma de sus aptitudes latentes.

Es más tolerante con todo el mundo en general. Tiende a aceptar la vida tal como la encuentra. En caso de llegar una visita inesperada, puede sorprender a su familia por la cordialidad desplegada y la desenvoltura casi adulta con que la recibe.¹⁰⁷

En los adolescentes de los 16 años la práctica heterosexual implicara la evolución radical de las costumbres sociales en los países desarrollados ha variado sustancialmente los detalles hasta hace pocos años era un auténtico problema: La iniciación heterosexual. Así, han quedado relegadas al recuerdo las iniciaciones provenían con tratos con prostitutas, o en el caso de la mujer, las que retrasaban hasta el matrimonio.

La práctica heterosexual es hoy algo normal entre adolescentes de ambos sexos.

Las relaciones prematrimoniales no solo son aceptadas socialmente, sino incluso recomendadas por la mayoría de los especialistas. Y no puede ser de otro modo: El proceso de aprendizaje del joven adulto no puede dejar de lado precisamente aquel campo en el que más inseguro se siente y de que todavía, en la práctica nada se sabe.

Si bien el nerviosismo y la ansiedad acompañan estas primeras experiencias de iniciación pueden entorpecerlas o hacerlas fracasar en el plano del placer., nada habrá de traumático en la decepción inicial. El adolescente podrá explicarse racionalmente los motivos del eventual fracaso y de esta forma encauzar su ansiedad.

Los adolescentes deben ser capaces de confrontar la presión que reciben de su propio deseo con la realidad de la experiencia sin la carga de ansiedad suplementaria que reciben de la ignorancia, de los sentimientos de culpa o del miedo al castigo. Sin ser instigados por una conducta de despecho hacia la prohibición misma.

Hay muchas y buenas razones que hacen desea una relación más directa, estrecha y desinhibida entre los adolescentes y los modernos métodos anticonceptivos.

¹⁰⁷ CESTAU LIZ, Daniel. Adolescentes 14, 15 y 16 años. [S.F] [Ubicado el 7.VII. 2016] Obtenido en http://www.inteligencia-emocional.org/familia/adolescentes_14_15_y_16_anos.htm

La conducta sexual, es, en este periodo turbulento, apasionada e inexperta. Las dificultades con la que tropieza el adolescente de 16 años, para dar a curso a sus deseos no son insuperables, pero configuran una situación en la que el dónde, el cuándo y cómo se convierten en cuestiones angustiosas. La carencia de un lugar íntimo adecuado, el miedo a ser sorprendidos, la escasez del tiempo o la expresa prohibición paterna dan pie al nerviosismo, temor al fracaso, a las prisas y a los ocultamientos. Los encuentros amorosos llegan a convertirse en una aventura plagada de dificultades, entre las que no es menor la posibilidad de un embarazo no deseado.

La inmensa mayoría de los jóvenes permanecen, hoy por falta de medios ligados a su familia y residiendo en domicilios de sus padres hasta los veinte años o más años.

Ahora hablando de su equilibrio y razón, para entender al adolescente de los 16 años, podemos decir que el estadio senso- motor se desarrolla (desde el nacimiento hasta dos años) el niño lleva a cabo la construcción de un mundo elemental, básico y eminente práctico. Su inteligencia progresa, de acuerdo con la teoría de Piaget, desde “los reflejos simples y las percepciones vagas del medio ambiente hacia percepciones más distintas, complejas y precisas y hacia respuesta más sistemática y bien organizadas”

El estadio preoperatorio o pre operacional (de los dos a los siete años) marcará el fin de la dependencia del niño a los objetos y los acontecimientos inmediatamente presentes, rasgo característico de la fase anterior, y le permitirá utilizar símbolos mentales que representan objetos o hechos no presentes. En estos momentos, sin embargo, el pensamiento es esencialmente egocéntrico y lineal: el individuo no puede tener en cuenta el pensamiento de otra persona ni más de un aspecto de la realidad. Con la socialización del niño y el aumento del lenguaje, entre los cinco años y los siete años asistiremos a una serie de cambios evolutivos de la mayor importancia.

Efectivamente los especialistas consideran un desarrollo más óptimo lo intelectual, en cuanto a los 15 a 16 años, y nuestra normativa penal tiene como presupuesto, que se

pueda entender que implicar tener relaciones sexuales, por lo que la edad de los 16 años, representaría el culmen del desarrollo evolutivo de la inteligencia, y por lo tanto el adolescente de esa edad, sabrá el contexto, la situación, la responsabilidad, y lo que implica tener relaciones sexuales.

El estadio de las operaciones concretas de (siete a 11 años) marca las superaciones de las limitaciones que han restringido en la fase precedente la actividad intelectual del niño. Su pensamiento es ahora más sólido y flexible y le permite realizar procesos lógicos sencillos- operaciones siempre sobre la base de percepciones y acontecimientos concretos. Todavía no ha llegado el momento de las reflexiones abstractas o los razonamientos hipotéticos.

Esta capacidad se adquiere, por fin, en el estadio de las operaciones formales (de once a quince años y toda la vida adulta) en cuyo desarrollo el niño aprende a aplicar razonamientos lógicos a problemas y conceptos abstractos. Tal actividad constituye la esencia del pensamiento adulto y señala el término de la evolución intelectual.

En lo sucesivo, los avances que consiga el individuo en este campo no obedecerán a cambios cualitativos si no a progresos cuantitativos o acumulativos.

La intensidad de ese proceso, así como el alcancen de los logros definitivamente adquiridos a su finalización, dependen mucho más de las facultades innatas de la personas, del efecto estimulante de su entorno y sobre todo, de la intervención de la propia vida afectiva del sujeto. La afectividad, en efecto, es el soporte básico que moviliza la inteligencia. Pero no puede, a su vez, prescindir de esta, que le proporciona los medios y le confiere los objetivos.

Así finalmente podemos decir que la inteligencia aumenta progresivamente desde el nacimiento, hasta los 14 o 15.

En este recorrido a medida que su nivel cognitivo va en ascenso, el individuo alcanza una mayor adaptación a la realidad y una mejor comprensión de la misma. Incrementa

también su grado de independencia individual y asimismo aumenta paralelamente su capacidad de relacionarse y cooperar con los demás.

Existe un amplio acuerdo entre los especialistas en considerar una capacidad intelectual en términos globales a partir de una edad que hay que situar entre los 15 y 16 años se incrementa en un mínimo grado. Cabe, por consiguiente, situar en este nivel cronológico el fin del desarrollo intelectual.¹⁰⁸

El Adolescente de los 16 años

Indicadores del desarrollo

Esta es una época de cambios en la forma en que los chicos piensan, sienten e interactúan con los demás, así como en el desarrollo de su cuerpo.

La mayoría de las niñas ya habrán alcanzado su madurez física y habrán llegado al final de la pubertad. Los varones todavía podrían estar desarrollándose físicamente durante esta época.

A los adolescentes puede preocuparles el peso, el tamaño o la forma de su cuerpo. Los trastornos de la alimentación también pueden ser comunes, especialmente entre las niñas.

Durante esta época, los adolescentes están desarrollando sus propias opiniones y su personalidad.

¹⁰⁸Cfr. Biblioteca Práctica para padres y educadores. Pedagogía y psicología infantil. Pubertad y Adolescencia, Thema, Barcelona, 1987. Pág. 166-168

Las relaciones con los amigos todavía son importantes, pero también irán adquiriendo otros intereses a medida que establezcan un sentido de identidad más definido.

También es un momento importante de preparación para asumir mayor independencia y responsabilidad; muchos adolescentes empiezan a trabajar y muchos de ellos se irán de la casa una vez que terminen la escuela secundaria superior

Estos son algunos aspectos del desarrollo de los adolescentes:

Cambios emocionales y sociales:

Los niños a esta edad:

Se interesan más por las personas del sexo opuesto.

-Tienen menos conflictos con los padres.

-Muestran más independencia de los padres.

-Tienen una mayor capacidad para mostrar afecto y compartir, y de desarrollar relaciones más íntimas.

-Pasan menos tiempo con sus padres y más con los amigos.

-La tristeza o la depresión pueden afectar su rendimiento escolar y hacer que consuman alcohol y drogas, tengan relaciones sexuales sin protección y enfrenten otros problemas.

Razonamiento y aprendizaje:

Los niños a esta edad:

-Aprenden hábitos de trabajo más definidos.

-Se muestran más preocupados por sus estudios, planes de estudio y trabajo futuros.

-Son más capaces de justificar sus decisiones, como la distinción entre lo correcto y lo incorrecto.¹⁰⁹

La adolescencia tardía es un período de crecimiento físico, mental y emocional rápido e intenso en el que su niño continuará afirmando su independencia y buscando su propia identidad en el mundo. Su hijo o hija recorrerá un largo camino y es importante que usted esté disponible para guiarlo y apoyarlo durante este difícil periodo de rebeldía. Los adolescentes enfrentan muchos retos y tentaciones, por eso, también es importante mantener una relación positiva, de confianza y comunicación abierta, para poder ayudar a que su hijo(a) esté lo más seguro y saludable que sea posible. Recuerde además seguir dando un buen ejemplo durante estos años, ya que los adolescentes están desarrollando códigos morales que moldearán a la persona adulta en que pronto se convertirán.

Es importante entender que cada joven es diferente y que atravesará los siguientes cambios de acuerdo a las necesidades de su propio cuerpo.

La adolescencia es un período de muchas transiciones, tanto para los adolescentes como para sus familias. Para poder enfrentar exitosamente los desafíos, es importante que usted entienda lo que le está pasando a su hijo(a) desde un punto de vista físico, cognitivo y social, y que entienda qué puede hacer para apoyar su crecimiento y desarrollo. Su hijo(a) completará la pubertad y se acostumbrará a su nuevo cuerpo adulto, y de esta manera desarrollará aún más su identidad personal.

Empezará a considerar sus posibilidades de estudio y profesionales para el futuro y empezará a desarrollar la capacidad de tener relaciones románticas saludables.

¹⁰⁹ MARK TREVOR, Carl. (Adolescente 15 y 17 años) [S.F] [Ubicado el 7.VII. 2016] Obtenido en <https://www.cdc.gov/ncbddd/spanish/childdevelopment/positiveparenting/adolescence2.html>

Desarrollo social y emocional

- Avanza hacia la independencia.
- Desarrolla más claramente su identidad.
- Su sentido del humor aumenta.
- Desarrolla la capacidad de transigir y de tomar decisiones importantes.
- Tiende a la autonomía.
- Puede experimentar con conductas de riesgo.

Desarrollo cognitivo

- Aumenta su preocupación con respecto a su futuro.
- Sus hábitos de trabajo están bien definidos.
- Es más capaz de fijarse metas.
- Puede controlar su conducta.
- Aumenta su capacidad de pensamiento abstracto.
- Tiende a concentrarse en sí mismo.

Desarrollo físico

- Alcanza el 95% de su estatura adulta.
- Crecimiento avanzado de las características sexuales secundarias como vello facial y corporal en los varones, y senos en las mujeres.
- El cerebro sigue desarrollándose hasta la adolescencia tardía.

Ahora hablando del desarrollo sexual, los adolescentes empiezan a tener relaciones más serias y una mayor capacidad para la ternura y el amor sensual. Desarrollan una

identidad sexual clara, ya que han completado la pubertad y tienen un buen sentido de su propio cuerpo y lo que son capaces de hacer.

De manera que en el estadio de los 16 a los 18 años, implica un verdadero conocimiento de las implicancias sexuales que conllevaría a que el adolescente pueda experimentar el acto sexual, con verdadero equilibrio mental y psíquico, hablando de la adolescencia intermedia.¹¹⁰

¹¹⁰ Cfr. Cáceres, Javier. Crecimiento y desarrollo: Adolescencia tardía de 16 a 18 años) [S.F] [Ubicado el 7.VI. 2016] Obtenido en <http://espanol.onetoughjob.org/crecimiento-y-desarrollo/16-a-18/crecimiento-y-desarrollo-adolescencia-tardia-16-a-18-anos>

3.4. PROPUESTA DE REGRESAR A LA APLICACIÓN DEL ART 173. INC 3 DEL CODIGO PENAL, EN ATENCIÓN A LA EDAD DE LOS 16 AÑOS COMO EDAD IDONEA PARA CONSENTIR PLENAMENTE EL ACTO SEXUAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco.
3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

Y conforme a los estudios presentes en el trabajo, se hace necesario, formular una propuesta en base al artículo 173 inc. 3 del código penal, bajo el supuesto de consentir plenamente en la edad de 16 años, quedando finalmente redactado:

- 3.- Si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 16, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

3.4.1. Análisis del artículo 173 inc. 3 del Código Penal, en base a su supuesta inconstitucionalidad, tomando como base el voto de discordia del Magistrado Vergara Gotelli.

La presente sentencia, fue declarada inconstitucionalmente por el Tribunal Constitucional, para poder evitar la encarcelación a los procesados y condenados que cuenten entre las edades de los 14, a 17 años, por ser considerados como agentes vulneradores del bien jurídico: Indemnidad sexual, en donde se resolvió en todo caso que el anterior inc 3 del Art 173, afectaba esencialmente el derecho de la libertad sexual, así como el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

No obstante, basándonos en el Voto de discordia del Magistrado Vergara Gotelli, se puede apreciar observaciones muy interesantes, sobre el considerar si la edad de menores de 18 años, sería la ideal e idónea para consentir del ejercicio sexual.

Pero antes que nada debemos decir que en este voto existe en si la noción del estado de velar por los Niños y Adolescentes, y tener como tope principalmente la edad de los 18 años para poder reconocerse la libertad sexual dentro del Código Penal.

El miembro del Colegiado había tomado como tope la edad en donde se reconocía efectivamente la plenitud de los derechos dela ciudadanía, además de que al tomarse en cuenta la edad de los 18 años, diremos que esta persona muestra más desarrollo y estabilidad psíquica para que pueda ejercer el derecho sexual.

Ahora, bien conforme la convención de niños y adolescentes diremos con exactitud que se considera como adolescente a todo ser humano menor de los 18 años, y a ser considerado adolescentes mediante la convención, se debe tener en cuenta de que se provee mejor protección, debido a que se necesita de cuidados especiales, ya que presenta carencias en cuanto a su maduración física, mental e incluso la debida protección, la cual debe ser desarrollada y cumplida por el Estado.

De la misma convención inferimos que es la edad conforme a la decisión gubernamental para otorgar a las personas que sean reconocidas por la mayoría de edad, siendo el caso peruano a partir de los 18 años incluyendo excepciones en el caso de protección del menor y de la familia a los 16 años.

Al hablar del derecho de libre desarrollo de la personalidad, nos referimos a facultades que constituyan parte de la estructura y realización de la vida privada y social de una persona y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante disposiciones concretas de derechos fundamentales, y evidente el Estado no puede intervenir en aras de una protección desproporcionada ni razonable, siendo esa la única excepción, ya que al no ser un Estado absoluto, la nación es libre de elegir la mejor protección cuidando de no vulnerar el espacio de este derecho, y siendo cierto que no está sujeto a una reserva legal, por lo que los límites que se le impongan deben perseguir al principio de legalidad.

En nuestro ordenamiento la limitación de derecho se deriva en la distinción de planos en que actúa el poder constituyente y legislador originario, conforme lo establecido en la STC 0014-2012-AI-TC, que al hablar del respeto del contenido esencial de los derechos se refiere básicamente a un límite implícito del poder legislativo debido a la naturaleza constituida en la función legislativa, desde luego puede equipararse a lo que supuso el reconocimiento del derecho, es decir al hablar del respeto del contenido esencial de los derechos se refiere básicamente a un límite implícito del poder legislativo debido a la naturaleza constituida de la función legislativa, que desde luego puede equipararse a lo que supuso el reconocimiento del derecho, es decir al poder constituyente; ya que una cosa es limitar o restringir un derecho de un ejercicio constitucional y otra muy distinta es suprimirla. La limitación de ninguna manera representa una supresión si no el establecimiento de condiciones dentro de las cuales se realizara su ejercicio, en suma, al haber una normativa que limite este derecho y respetando el principio de legalidad, no implica una vulneración a este derecho constitucional, como se cree en la demanda de inconstitucionalidad.

Pues para que sea considerado una limitación del ejercicio de una norma legal constitucional, debe moverse en el plano de la legalidad respetado su contenido esencial, y además tener en cuenta que estos límites sean razonables y proporcionales.

Si bien la demanda dice que la norma afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a no discriminación, al acceso a la información, a la salud , sexual y reproductiva y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, se tiene en cuenta que también expresa que la disposición impugnada no afecta al principio de proporcionalidad, específicamente en cuanto a la idoneidad, medida que busca proteger la indemnidad e intangibilidad sexual de los mayores de 14 y menores de 18 años.

Respecto al principio de necesidad señala que del contenido de la demanda se observa que la citada disposición no plantea una medida alternativa que a la vez sea idónea para proteger este derecho y que a la vez constituye una restricción más benigna al derecho al libre desarrollo, por lo que no transgrede el principio de necesidad.

Finalmente, respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto señala el ente demandado que haciendo una comparación sobre el grado de protección al derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años afectándose así el derecho a la libertad sexual.

Ahora conforme al análisis del art 173.inc 3, podemos decir:

Que en primer lugar se defiende a la **indemnidad e intangibilidad** mediante este principio normativo, ya que la norma busca un efecto desmotivador, evitándose contacto con menores de 14 y 18 años

Sobre el **principio de necesidad**, existe una medida menos gravosa al derecho intervenido (derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años) en donde apreciamos una posición subjetiva de parte del Magistrado Vergara, ya que consideramos que más gravosa y como los puntos claves del derecho es mantener la convivencia y en este caso para lograrlo es mediante la protección del derecho sexual,

en aras de proteger al menor. Además, advertimos que la opción más propicia refiero sería la de 16 años, como se sabe la edad de 14 años se ha introducido de manera antojadiza por el Estado, incluso internacionalmente se reconoce a la edad de 12 años como límite de adolescentes, criterio no tomado por nuestro ordenamiento peruano, ya que es el responsable de poder optar que edad, sin realizar una vulneración.

Supera el principio de **proporcionalidad de ponderación**, es decir esta norma ha buscado un equilibrio entre el grado de satisfacción de un derecho y afectación de un derecho y la afectación de otro derecho, de manera que la afectación no sea desproporcionada

A pesar de que se interviene en el derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años, de intensidad grave, también el grado de satisfacción de los bienes que se pretende proteger a través de la medida legislativa adoptada es de intensidad elevada, puesto que principalmente se busca proteger el derecho a la indemnidad sexual entre los menores de 14 y 18 años de edad desmotivando con la sanción penal la comisión del delito. El legislador en materia civil, ha optado considerar la edad de los 16 años, debido a que, según estudios psicológicos, la persona se encuentra más apta para poder analizar y comprender las acciones que realiza. Además de proteger a la familia, a través de realizar acciones de trabajo o de comercio.

Siendo Así, consideramos que, en materia penal, ha sido un error que el legislador haya optado por determinar la edad de los 14 años, ya que esta edad es predominada por el desarrollo físico y no psíquico, lo cual, se puede advertir que se ha tomado la edad mínima, por lo que realmente no comprendería la estabilidad en desarrollo psíquico.

La edad de 16 años expresaría una edad más idónea y acorde, y además intermedia, otorgando más seguridad, en cuanto a la comprensión y alcances que implicaría el acto sexual.

CONCLUSIONES

- El estado como nación debe reconocer los derechos sexuales, pero más que basarse en estadísticas y criterios cuantitativos, que conllevaría a la contradicción y a propulsar la intromisión del Aparato estatal, debe encaminarse en criterios científicos y psicológicos, más que sociológicos., y por lo tanto cualitativos, por lo que debe tomarse en cuenta lo sucedido en la ley 28704, que derogo el inc 3 pese al existir un voto de por medio del Magistrado Vergara Gotelli, esto demuestra que dicho inciso representaba una medida idónea, frente a la vulneración de la indemnidad sexual.
- La edad de los adolescentes, conforme a la convención de los niños y adolescentes, abarcaría desde los 12 años para que se reconozca derecho y protección. No obstante, un tratado no puede ser definitivo para formar un criterio o base conforme a una edad idónea, dentro del ámbito penal y como se ha desarrollado, y menos en una tradición histórica, por lo que el legislador ha cometido un error a considerar la edad mínima de los 14 años, que implica el desarrollo y no la culminación de este, por lo que es fácil advertir que esta edad se caracteriza más por alcanzar la madurez sexual, en cuanto a su connotación únicamente física.
- Mediante los presentes estudios científicos y psicológicos, en la etapa de la adolescencia intermedia, es decir a los 16 años, se muestra un mejor equilibrio psíquico, y un alcance mayor del desarrollo intelectual, por lo que sería una edad más idónea a efectos de lo que nuestra normativa penal solicita como requisitos para poder tener el reconocimiento de este derecho elemental

RECOMENDACIONES

Siendo el Estado el ente protector, se sugiere la creación de centros especializados gratuitos, en brindar apoyo, ayuda y orientación al adolescente en cuanto a su orientación psicológica sexual. De forma que esto conllevaría a que haya menos porcentajes de índices de violaciones dentro del Territorio Peruano, el cual debe ser pagado mediante los impuestos.

Los Padres de Familia, instituciones y centros educativos, deben impulsar una educación sexual, así como también la protección a los abusos sexuales, mostrando los riesgos, a los que podrían estar expuestos los jóvenes.

Finalmente, que el Estado, transmita mediante programas televisivos, cursos de Educación sexual, la cual debe ser asequible para toda la nación, así como fundamentar el respeto hacia los adolescentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

• LIBROS

1. APARCANA ISLA, Orlando. *Psicología del desarrollo*, Universidad Privada San Juan Bautista, 2010.
2. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto Y GARCIA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de derecho. Parte Especial*, 3a ed., Editorial SM, Lima- Perú, Tercera Edición, 1997.
3. BREGLIA ARIAS, Omar Y R.GAUNA, Omar. *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. I Artículos del 1 al 149 Ter*, 3e ed., Buenos aires, Astrea, 2003.
4. Biblioteca Práctica para padres y educadores. *Pedagogía y psicología infantil. Pubertad y Adolescencia*, Thema, Barcelona, 1987
5. BUSTOS RAMIREZ, MANUEL. *Manual de derecho penal Parte Especial*, Barcelona-España, Editorial Ariel, 1986.
6. CASTILLO ALVA, José Luis. *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2002.
7. CHAFFER, David R. *Humanidades*, Quinta Edición, Editorial, Colombia, Thompsom, 1999.
8. CARO CORIA, Dino Carlos. *Imputación Objetiva, delitos sexuales y reforma penal*, UNAM, 2002.
9. CEREZO CALDERON, A Y CHOCLÁN MONTALVO, J.A. *Derecho Penal, Tomo II. Parte Especial. Adaptado de pruebas selectivas para el ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 2a Ed., España, 2011.
10. *CODIGO CIVIL COMENTADO. POR LOS 100 MEJORES ESPECILISTAS. Derecho de las personas Tomo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2002

11. CONDE, Cándido Y OTROS. *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Editorial Trivium, 1999.
12. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *El Derecho Penal ante el Sexo*, Barcelona, Bosh, 1981.
13. DÍEZ RÍPOLLES, José Luis. *Estudios Penales y de Política Criminal*, Idemsa, Lima-Perú, 2007.
- 14.. E. PAPALIA, DIANE Y OTROS. *Psicología del Desarrollo*. Octava Edición, Colombia, MC GRAW HILL, 2001.
15. ESTUDIOS PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LA MUJER. *Violencia doméstica y derechos domésticos y derechos humanos. Experiencias propuestas y debate*, Lima, DEMUS, 1999.
16. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Análisis Artículo por Artículo del Código Civil Peruano de 1984. Presentación a la Primera Edición de José León Barandiarán*. 12° Edición, Editorial Motivensa, 2011. Pág. 256
17. FERNANDEZ, SESSAREGO Carlos. *El Derecho de las Personas. En el umbral del siglo XXI*, Lima- Perú, Ediciones Jurídica, 1999
18. GALVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino Y OTROS. *Derecho Penal. Especial Tomo II*, Lima, Jurista Editores, 2012.
19. GARCIA DEL RIO, Flavio. *Derecho Penal. (Parte General y Especial)*, Trujillo, Ediciones Legales, 2004.
20. GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo Y OTROS. *Lecciones de derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Editorial Praxis S.A, 1996.

21. HURTADO POZO, José. *Derecho Penal y discriminación de la mujer. Anuario de derecho penal 1999-2000. Doctrina. Legislación. Jurisprudencial. Bibliografía*, Lima, PUCP-UNIFR, 2001.
22. JORDAN, Sarah. *Adolescentes. Manual de Usuario. Instrucciones de uso, solución de averías, consejo y mantenimiento*, Lima- Perú, Océano, 2005.
23. JHON SANCTRAC. *Psicología del Desarrollo. El ciclo Vital. 10° Edición*, Colombia, 1999.
24. MINISTERIO DE JUSTICIA. MINISTERIO FISCAL, España, MJE, 2009.
25. MONGE FERNANDEZ, Antonia. *De los abusos y agresiones a menores de 13 años. Análisis del Artículo 183, 183 bis, CP, conforme a la LO 5/2010, España*, BOSH PENAL, 2011.
26. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 16a ed., Tirant le Blanch, 2005.
27. NOGUERA RAMOS, Ivan. *Violación de la libertad sexual en el nuevo código penal*, Lima, Fecat, 1999.
28. PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial*, 3a ed., Lima-Perú, Ediciones Legales, 2014.
29. PEÑA CABRERA, Raúl A. *Estudios de derecho penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad e integridad sexual. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Lima-Perú, ediciones Guerrero 2002.
30. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Los Delitos Sexuales Análisis Dogmático, jurisprudencial y criminológico*, Lima- Perú, Editorial Ideas Solución, 2014.
31. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo I*, 3a ed., Lima-Perú, ediciones legales, 2014.

32. PEREZ PEREZ, N, Y Navarro Soria, I. *Psicología del Desarrollo. Del Nacimiento a la vejez*, Editorial Club Universitario, 2011
33. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo Y OTROS. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 7ª ed., Thomson Aranzadi, Madrid-España, 2005.
34. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho. Parte Especial*, 3a ed., Lima- Perú, Ediciones legales, 2014.
35. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra el Patrimonio y otros*, Lima-Perú, Instituciones Pacifico, 2015.
36. REYNA ALFARO, Luis Y OTROS. *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Enfoque dogmático y jurisprudencial*, Lima-Perú, Jurista Editores, 2005.
37. SALAS ARENAS, Jorge Luis. *Indemnidad sexual. Tratamiento jurídico de las relaciones sexuales con menores de edad de 14 años a 18 años de edad*, Lima-Perú, 2013.
38. SALINAS SICCHA, Ramiro. *DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL*, Segunda Edición, Lima-Perú, Grijley, 2007.
39. SILVA SANCHEZ, Jesús-María Y OTROS. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 3a ed, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2011.
40. TORREZ VAZQUES, Aníbal. *Acto Jurídico*. 2da Edición, Lima- Perú, Idemsa, 2001.
41. TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Código civil. Comentarios y jurisprudencia, concordancias, antecedentes, sumillas, legislación complementaria e índice analítico*. Lima, Idemsa, 2002.
42. UNPFA.ORG. Tribunal Constitucional. *Fundamentos y alcances de una sentencia que reconoce el derecho de la libertad sexual de las y los adolescentes*. Lima, UNPFA, . [S.F].

43. VALLE MUÑOZ, José Manuel Y OTROS. *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi S.A, 1996.
44. VICENTE NUÑEZ PEREZ, Fernando. *La problemática de los delitos sexuales en el derecho penal Una visión integral desde el Derecho Penal, Procesal Penal y Ejecución Penal*, Grijley, Iustitia, 2015.
45. VIDAL RAMIREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*, 4ta Edición. Lima- Perú, Gaceta Jurídica, 1999.
46. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Parte Especial 1-B. Delitos contra el honor y la libertad. Concordado con el Decreto Legislativo N° 896*, Lima- Perú, Editorial San Marcos, 1998.
47. VIVES ANTÓN Y OTROS. *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

- REVISTAS

48. ARBULÚ MARTINEZ, Victor Jimmy. “*La libertad sexual de los adolescentes en los acuerdos plenarios vinculantes de las salas penales de la corte suprema*”. Jus Jurisprudencia. Comentarios Jurisprudenciales y praxis jurídicas, 2008.
49. Gaceta Jurídica. “*Si una persona obliga a otra a lamerle el pene*” ¿Incurrir en delito de violación sexual?, Consulta, Tomo 283, febrero 2013, Actualidad Jurídica Digital, 2015.
50. GAVILÁN RUBIO, María. “*Delitos relativos a la prostitución y a la trata de los seres humanos con fines de explotación sexual. Algunas dificultades en la fase de la instrucción*”, Madrid- España, Anuario Jurídico Escorialense, 2015.
51. MAÑALICH, R. Juan Pablo. *La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno Una reconstrucción desde la teoría de las normas. Rape as offence against sexual indemnity under Chilean criminal law A normative reconstruction*, Chile, Revista Ius et Praxis. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014.

52. MAVILA LEON, Rosa. “*Consideraciones Actuales en Materias de Delitos Sexuales*”, Revista Cathedra Espiritu del derecho, Lima- Perú, 1998
53. PAZ PANDURO, Moisés N. “*La problemática actual de los delitos contra la libertad sexual. Violación sexual de menor de edad y supuestos de fragancia delictiva*”. Actualidad Jurídica. Información especializada para abogados y jueces, Tomo 218. Enero 2012.
54. SEGURA ALANIA, Joel Y OTROS. “*La valoración probatoria en los delitos contra la libertad sexual. Precisiones del acuerdo plenario N° 1 -2011-CJ-116*”. Actualidad Jurídica: Información Especializada para jueces y abogados, Tomo 223, Junio 2012, pág. 234.
55. ZIMMERMAN, Max. Sexualidad. Programa Educativo. Embarazo y Parto. Infancia y Adolescencia, Argentina, 2006.

- LINKOGRAFIA

56. Ayuntamiento de Murcia. *Cambios en la pubertad y Adolescencia* [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2017] Obtenido en http://www.informajoven.org/info/salud/k_7_7.asp
57. Cáceres, Javier. Crecimiento y desarrollo: Adolescencia tardía de 16 a 18 años) [S.F] [Ubicado el 7.VI. 2016] Obtenido en <http://espanol.onetoughjob.org/crecimiento-y-desarrollo/16-a-18/crecimiento-y-desarrollo-adolescencia-tardia-16-a-18>
58. CASTILLO FREYRE, Mario. Las Personas naturales y el anteproyecto. [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2017] Obtenido en http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/las_personas_naturales_y_el_anteproyecto.pdf

59. CARO CORIA, Dino Carlos. *Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, [ubicado el 12. XI. 2015] Obtenido en <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/Del-sex-DDPP.pdf>
60. CESTAU LIZ, Daniel. *Adolescentes 14, 15 y 16 años*. [S.F] [Ubicado el 7.VII. 2016] Obtenido en http://www.inteligencia-emocional.org/familia/adolescentes_14_15_y_16_anos.htm
61. COLLAZOS, Marisol. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, 2009 [Ubicado el 14. VI.2015]. Obtenido en <http://www.marisolcollazos.es/penal-II/Penal-II-09.html>
62. DIÉZ RIPOILLÉS, José Luis. *EL OBJETO DE PROTECCIÓN DEL NUEVO DERECHO PENAL SEXUAL*, [ubicado el 22. X 2015] Obtenido en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1999_06.pdf
63. FERNANDEZ, Olga Lucia Y LEGUIZAMON, Marcela Pilar. *Caracterización del delito sexual de Acceso Carnal violento*, [ubicado el 11. XI.S.F 2015] Obtenido en http://www.uelbosque.edu.co/sites/default/files/publicaciones/revistas/cuadernos_hispanoamericanos_psicologia/volumen7_numero1/articulo_3.pdf
64. GROUPE FIGARO CCM BENCHMARK. *Cambios psicológicos durante la adolescencia* [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2017] Obtenido en <http://salud.ccm.net/faq/2676-cambios-psicologicos-durante-la-adolescencia>
65. LUIS CABRERA, Ligan. *El delito de violación sexual entre cónyuges* [S.F], [Ubicado el XX. VI. 2015] Obtenido en <http://www.derechocambiosocial.com/RCJ/REVISTA1/LINGAN.htm>
66. LOPEZ LARA, Jesús Manuel. *De la libertad e indemnidad Sexual*, [ubicado el 29. X.S.F 2015] Obtenido en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122014000200002&script=sci_arttext
67. NOGUERA, Mariela. *Delitos contra la Integridad Sexual* [ubicado el 24. X 2015] Obtenido en <https://absoluciondeposiciones.wordpress.com/2011/01/17/delitos-contra-la-integridad-sexual/>

68. MACHICADO, Jorge. ¿Cuáles son los elementos del delito?, [ubicado el 10.XI. 2015] Obtenido en <http://jorgemachicado.blogspot.pe/2009/03/elementos-del-delito.html>
69. MADRAZO, Alejandro. *El derecho a decidir o derecho a la procreación*. [S.F] [Ubicado el 20.VI. S.F] Obtenido en http://www.law.vale.edu/documents/pdf/madrazo_SpConferenceversion.pdf
70. MARK TREVOR, Carl. (Adolescente 15 1 17 años) [S.F] [Ubicado el 7.VII. 2016] Obtenido en <https://www.cdc.gov/ncbddd/spanish/childdevelopment/positiveparenting/adolescence2.html>
71. MAVILA LEON, Rosa. Consideraciones actuales en materia de los delitos sexuales, 1998 [Ubicado el 21.VI.1998] Obtenido en http://sisbib-unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/cons_act_mat_del.htm
72. PROFAMILIA. *¿Qué ES LA ADOLESCENCIA?*. [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2016] Obtenido en <https://profamilia.org.co/preguntas-y-respuestas/el-cuerpo/que-es-la-adolescencia/>
73. TORRES, A. *Las tres etapas de la Adolescencia*. [S.F] [Ubicado el 7.VI. S.F. 2017] Obtenido en <https://psicologiaymente.net/desarrollo/etapas-adolescencia#>
74. UNPFA. “Conociendo más”, [ubicado el 22. X. 2015] Obtenido en <http://www.unpfa.org.pe/WebEspeciales/2013/Abr2013/TC/Glosario.html>
75. PUMA R, Miller. Sujeto Pasivo en la violación sexual forense. [ubicado el 12. XI. 2015] Obtenido en <http://millerpumarios.blogspot.pe/2014/12/sujeto-pasivo-y-activo-en-la-violacion.html>
76. REYES GOENAH, Olaízola. *Delitos contra la libertad*. 2000 [Ubicado el 11. VL.2000]. Obtenido en <http://www.ehu.es/documents/1736829/2174305/05-delitos-contra-libertad-sexual.pdf>

77. TAFUR GUPIOC, Esperanza. *DESPENALIZACION DE LAS RELACIONES SEXUALES EN MENORES DE EDAD*. [S.F], [Ubicado el XX. VI. 2015] Obtenido en [http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/sumario/edicion_2/articulos/Despenalizacion en las relaciones sexuales de menores de edad.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/sumario/edicion_2/articulos/Despenalizacion_en_las_relaciones_sexuales_de_menores_de_edad.pdf)
78. VASQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shakira. *El delito de violación sexual en el código Penal Peruano. Algunos apuntes acerca del acto sexual, el acto análogo, la violencia y la amenaza* S.F [Ubicado el 21.VI.SF] Obtenido en <http://www.derechocambiosocial.com/RJC7REVISTA/violación.htm>.
79. VILLAFANA, J. *Análisis crítico del artículo 170° Código Penal Peruano. Delitos contra la libertad sexual* [Ubicado el 15.VI.2010] Obtenido en <http://ivillafana.blogspot.com/2010/11/analisis-critico-al-art-170-c-penal.htm>
80. ZARATE ANGARIA, Estefanía. *El derecho a la libertad sexual* 2000 [Ubicado el 11. VI.2014]. Obtenido en <http://www.elespectador.com/noticias/salud/el-derecho-sexual-articulo-501399>
81. Tesis
82. TAFUR PIEDRA, José Alberto. *Límites de la Libertad en las relaciones sexuales*, Tesis para optar por el título de Abogado, Usat, 2010
83. NORMATIVA
84. Código Civil, 2a ed., Lima, Grijley, 2015.
85. Código Penal, 2a ed., Lima, Grijley, 2015¹¹ Código Penal, 2a ed., Lima-Perú, Grijley, 2015.
86. RN N° 63-04- La libertad, SPIJ. Consultado el 12 de noviembre del 2015

ANEXOS

El Peruano, Lima, Jueves, 24 de Enero del 2013.

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO

VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por las siguientes consideraciones:

Demanda de Inconstitucionalidad

1. Con fecha 3 de abril de 2012 diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, argumentando que tal norma es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, al acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como la interdicción de la arbitrariedad en materia penal (*ultima ratio* en la aplicación del Derecho Penal) y la protección preferente del interés superior de los niños y adolescentes.

Se advierte que los demandantes persiguen que se declare la inconstitucionalidad de la citada disposición, debiéndose como consecuencia de ello dejar sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18 años, pues dicha penalización atenta contra:

i) El libre desarrollo de la personalidad, específicamente el despliegue, la exploración y el ejercicio de la propia sexualidad (derechos sexuales), que integra su contenido protegido, pues dicha regulación no supera el test de proporcionalidad al derogar los derechos sexuales de los adolescentes estableciendo penas irrazonables.

ii) No ser privado de información que permita el ejercicio responsable y saludable de la sexualidad y reproducción de los adolescentes (maternidad y paternidad responsable);
iii) El derecho a la salud (sexual y reproductiva), así como los de *intimidad y vida privada* de los adolescentes, puesto que, al penalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a establecimientos de salud para solicitar información respecto de infecciones de transmisión sexual.

iv) El derecho a la igualdad y a no ser discriminado, pues la norma cuestionada establece una regulación de razonabilidad cuando diferencia entre adolescentes mayores de dieciocho años y adultos en general que deciden ejercer su sexualidad con libertad, no superando así el test de igualdad, pues existen medidas que sin penalizar la sexualidad ejercida libremente promueve su exploración saludable así como su ejercicio responsable e informado.

v) El principio de interés superior del niño y el adolescente que genera diversos mandatos para el Estado y que éste viene incumpliendo sistemáticamente.

vi) El principio de lesividad, de proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del Derecho Penal.

Contestación de la demanda

2. El Procurador del Congreso de la República contesta la demanda considerando que ésta debe ser declarada infundada, argumentando que no contraviene la Constitución del Estado ni por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, tampoco directa o indirectamente.

3. Señala también que existe una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme a la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Acuerdo Plenario y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio* y de *indubio pro legisladore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional.

4. Asimismo expresa que la solicitud de expulsión del ordenamiento de la disposición penal impugnada no es congruente con lo señalado en uno de los extremos de la demanda, puesto que si bien expresa que es legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, mas aun si se trata de adolescentes, también señala que se debe expulsar la disposición penal impugnada del ordenamiento, trayendo esto como consecuencia que para tales casos se va a tener que aplicar los tipos penales establecidos para la violación sexual de mayores, los cuales contemplan sanciones menos severas.

Delimitación del Petitorio

5. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3) del Código Penal. Este artículo establece lo siguiente:

"Modificanse los artículos (...) 173 (...) del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente: (...)

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: (...)

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."*

6. Le corresponde entonces a este Colegiado evaluar la constitucionalidad de la disposición cuestionada, siendo necesario analizar si existe una intervención injustificada en el ámbito constitucional de los derechos invocados por los demandantes. Es así que considero necesario establecer el objeto de la norma y los derechos fundamentales cuya protección persigue.

Posición del Estado frente a los derechos de los menores

7. La Constitución Política del Perú señala en su artículo 4° que *"La comunidad y el Estado protegen **especialmente** al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono."* (subrayado y resaltado agregado)

8. Asimismo el artículo 43° del Código Civil señala que:

Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

El artículo 44° establece que:

Son relativamente incapaces:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

9. El Código de los niños y Adolescentes establece en los artículos I y II del Título Preliminar que:

"Artículo I: Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario."

Artículo II: Sujeto de derechos.-

El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.

Asimismo, el artículo IV del mismo cuerpo legal establece que:

"Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo.

Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes."

El artículo IX de la referida norma señala que *"En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el*

Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos."

El artículo 4° del Código del Niño y de los Adolescentes señala que:

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

Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación."

10. Finalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada, mediante Resolución Legislativa N° 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, señala en su

Preámbulo que:

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, (...)

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, (...)

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (subrayado agregado)

Asimismo, en el artículo 1º y 3º de la misma Convención se expresa que:

Artículo 1º.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3º.-

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

11. Es claro entonces que el Estado, considerando la especial posición de los menores, ha buscado su protección a través de políticas estatales, normativas, etc, expresando un especial tratamiento que solo busca ser una garantía que blinde a los menores de cualquier atentado a sus derechos fundamentales.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad

12. La Constitución Política del Estado reconoce el derecho al libre desarrollo en el artículo 2, inciso 11. Sobre este derecho ha afirmado este Tribunal lo siguiente:

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

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

14. La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento "constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra." (Exp. 03901-2007-PA/TC)

15. Es bien cierto que, como sucede con otros derechos fundamentales, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un *orden constitucional*, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.

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

con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.

17. Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable.

En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24°, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad [fund. jur. 5].

18. La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio.

19. Ese es el caso en el que se encuentra el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por un lado, en la medida en que el mismo derecho no se encuentra sujeto a una reserva de ley y, por otro, que las facultades protegidas por este tampoco se encuentran reconocidas de manera especial en la Constitución [como sucede, por el contrario, con las libertades de tránsito, religión, expresión, etc.], el establecimiento de cualquier clase de límites sobre aquellas potestades que en su seno se encuentran garantizadas debe efectuarse con respeto del principio de legalidad.

20. Ciertamente, los niveles de protección que han revestido constitucionalmente los derechos fundamentales no se agotan con las "garantías normativas" [reserva de ley y legalidad]. Aunque la Constitución de 1993 no contenga una cláusula semejante a las existente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución

española de 1978, en virtud de la cual se establezca que en la limitación de los derechos el legislador deberá respetar su contenido esencial, lo cierto es que en nuestro ordenamiento tal limitación de los derechos se deriva de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario.

21. Como este Tribunal lo ha recordado en la STC 0014-2002-AI/TC, el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un "límite implícito [del Poder Legislativo] derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente". Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. "De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción" [Funds. jurs. 94 y 93, respectivamente].

22. En ese sentido, encontrándose el legislador de los derechos fundamentales obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.

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

correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (STC N° 2868-2004-AA/TC)

24. De lo expuesto se advierte que toda limitación impuesta legislativamente solo podrá considerarse constitucional no solo si respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho sino si cumple con el respeto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

25. En el caso de autos encontramos que la normativa cuestionada expresa que:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

(...)

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."

26. Los demandantes afirman que tal disposición normativa afecta sus derechos los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, al acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, entre otros derechos.

El ente emplazado expresa, entre otros argumentos, que la disposición impugnada no afecta el principio de proporcionalidad, específicamente en cuanto a la idoneidad de la medida, refiere que la mencionada norma busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los mayores de 14 y menores de 18 años de edad, considerando que la medida adoptada es idónea. Respecto al principio de necesidad señala que del contenido de la demanda se observa que la citada disposición no plantea una medida alternativa que a la vez sea idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, y que a la vez constituya una limitación y/o restricción más benigna al derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que la medida cuestionada no transgrede el principio de necesidad.

Finalmente, respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto señala el ente demandado que haciendo una comparación sobre el grado de protección al derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, con el grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de su sexualidad, es evidente que la medida cuestionada resulta proporcional superando por ello el test de proporcionalidad.

Análisis de la norma cuestionada

27. Se advierte de la lectura de la norma cuestionada que en puridad ha asumido una medida legislativa tendiente a proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, sancionando con mayor severidad a los que, atenten contra ellos. La pregunta sería ¿Con la adopción de dicha medida legislativa para proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual se interviene de manera injustificada y desproporcional el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito del derecho a la libertad sexual? Y tal interrogante surge principalmente porque se considera que la medida legislativa no ha tomado en cuenta el consentimiento de los menores entre 14 y 18 años, afectándose así su derecho a la libertad sexual. La respuesta a dicha interrogante es positiva, puesto que el legislador al emitir la disposición cuestionada en su afán de proteger el derecho a la indemnidad sexual ha intervenido el derecho a la libertad sexual de los menores, siendo necesario evaluar conforme lo ha hecho el proyecto puesto a mi vista si dicha medida legislativa supera el test de proporcionalidad, debiendo analizar los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?

28. Aquí evaluaremos si la medida legislativa adoptada es adecuada para lograr tal fin. Es así que tenemos que evaluar la relación de medio-fin, esto es si la medida legislativa adoptada cumple el fin propuesto por el legislador. En tal sentido si tenemos que el fin o propósito de la disposición cuestionada principalmente es la protección de derecho a la indemnidad sexual, constituyéndose éste en el bien jurídico tutelado por el derecho penal.

¿Qué es el derecho a la indemnidad sexual? Conforme lo expresa el proyecto en mayoría, Con la indemnidad sexual "se quiere reflejar el interés en que determinadas personas consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento" [DIEZ RIPOLLES. Jose Luis, "El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual" en: Anuario de Derecho Penal, Nº 1999-2000, p. 14].

29. Por ende con la medida legislativa adoptada evidentemente se protege el derecho a la indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, puesto que, considerando su especial posición, el legislador ha buscado que queden exentas de cualquier daño derivado de una experiencia sexual, más aun teniendo presente su estado de "formación" tanto psíquica como física. Por tanto, la medida adoptada efectivamente logra dicho objetivo, ya que con ello se expresa a la sociedad que cualquier contacto sexual con menores entre 14 y 18 años será pasible de una sanción, actuando ésta como un efecto desmotivador.

El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?

30. En esta etapa de análisis es necesario evaluar si existe otra medida alternativa que se constituya en una medida menos gravosa al derecho intervenido (derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad).

31. Es así que el legislador al asumir determinada posición que afecte o restrinja en mayor o menor grado un derecho fundamental debe siempre evaluar todas las alternativas posibles a efectos de que para sancionar determinada conducta criminalizada se intervenga un derecho fundamental de la manera menos aflictiva.

32. A mi juicio considero que la disposición cuestionada ha sido la alternativa menos gravosa asumida por el legislador, puesto que al considerar que los menores entre 14 y 18 años de edad tienen una especial posición frente al Estado corresponde a éste asumir la posición más garantista a sus derechos, por ende, al buscar proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores no encuentro una medida alternativa menos gravosa que garantice el derecho a la indemnidad sexual.

33. El proyecto en mayoría considera como una medida alternativa menos gravosa el "que se sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad."

Respecto a dicha alternativa tomada como medida menos gravosa al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, considero de suma importancia expresar lo siguiente en atención a que considero no solo errada dicha alternativa sino también peligrosa:

a) No solo la legislación nacional sino la legislación internacional ha considerado a los menores como sujeto de derecho y de especial protección, puesto que por su "*por*

su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento". Es así que no existe duda respecto a que los menores entre 14 y 18 años de edad, están en etapa de formación, por lo que su madurez tanto física y mental aún no se encuentran definidas, razón por la que el Estado asume el rol de protector y garante de sus derechos fundamentales.

b) Por ello mi pregunta sería ¿es válido el solo consentimiento del menor entre 14 y 18 años de edad, para que se exima de una sanción penal a una persona que tenga *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor?* ¿Podríamos afirmar que el consentimiento de un menor entre 14 y 18 años de edad no se encuentra viciado y no puede ser objeto de manipulación o inducción por parte de otra persona? Para mí las respuestas a estas interrogantes son capitales, ya que ello constituirá la razón por la que se puede considerar la medida adoptada como más gravosa al derecho al desarrollo de la personalidad.

Respecto a la primera interrogante considero que el solo consentimiento de un menor entre 14 y 18 años de edad no puede ser considerado como válido, ya que precisamente por encontrarse en etapa de formación (física y psíquica) merece protección del Estado, no pudiendo considerar que su consentimiento implica una decisión pensada y razonada de manera adecuada. En tal sentido el expresar que el consentimiento de un menor exime de sanción penal a otra persona adulta, es grave y en algunos casos puede resultar hasta perjudicial para estos menores. Por ello es que el Estado a través de la norma cuestionada persigue la protección de la indemnidad sexual que es muy diferente a la libertad sexual, ya que precisamente conscientes de la falta de madurez de los menores se busca apartarlos de cualquier manipulación que los lleve a decidir tener relaciones sexuales sin juzgar las posibles consecuencias y peor aun sin advertir las reales intenciones de quien los induce a ello.

Respecto a la segunda interrogante expreso que precisamente la falta de madurez por encontrarse en formación de los menores entre 14 y 18 años, los hace vulnerables a efectos de que sean inducidos o engañados con el objeto de tener relaciones sexuales, siendo presa fácil de personas inescrupulosas que buscan aprovecharse sexualmente de éstos. Por ende si bien la medida legislativa adoptada es limitativa de los derechos de los referidos menores, no encuentro una medida alternativa menos gravosa a su derecho, puesto que el considerar como medida alternativa el despenalizar las relaciones sexuales sin violencia por el solo consentimiento de estos menores implica la desprotección por parte del Estado de estos menores, quienes no tienen la suficiente madurez física ni psicológica, haciéndolos repito vulnerables a personas inescrupulosas que pueden obtener un consentimiento que en sí ha sido manipulado o inducido, y hasta muchas veces comprado.

c) Finalmente considero necesario señalar que existen casos en los cuales sin duda el consentimiento sea válido y real, en atención a que se acreditará la existencia de una relación sentimental en la cual no ha existido manipulación por parte de un tercero, supuestos que deberán ser evaluados y ponderados caso por caso por el juez penal que analice la causa, ya que no puede aplicarse de manera indiscriminada la norma penal, debiendo existir criterios válidos y constitucionales que ameritaran un ponderado estudio del juzgador.

34. En tal sentido la norma supera el sub principio de necesidad al no advertirse una medida menos gravosa al derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad.

El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?

35. Este subprincipio implica que "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro" (STC N° 0023-2005-PI/TC). En otras palabras, se busca un equilibrio entre el grado de satisfacción de un derecho y la afectación de otro derecho, de manera que la afectación no sea desproporcionada.

36. Considero que si bien la medida legislativa tiene una intervención en el derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, de intensidad grave, también el grado de satisfacción de los bienes jurídicos que se pretende proteger a través de la medida legislativa adoptada es de intensidad elevada, puesto que principalmente se busca proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, desmotivando con la sanción penal la comisión de dicho delito, transmitiendo a la sociedad la preocupación del Estado por la búsqueda del bien para estos menores que por encontrarse en estado de formación no tienen la capacidad para decidir de manera libre y razonada.

37. Por lo expuesto la medida adoptada supera este sub principio, por lo que considero que la norma cuestionada no es inconstitucional, razón por la que la demanda debe ser desestimada por infundada.

38. Finalmente considero que no es necesario evaluar el sentido interpretativo propuesto por el emplazado, esto es que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*, puesto que dicho sentido interpretativo no se infiere de manera alguna de la disposición cuestionada.

39. No obstante lo expuesto considero que tal disposición trae consigo gran responsabilidad para los jueces penales del país, ya que deben evaluar los casos de manera razonada y ponderada, a efectos de no cometer excesos ni arbitrariedades.

Por las razones expuestas mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 1º de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3) del Código Penal. S.

VERGARA GOTELL