

Informe sobre la inconstitucionalidad del inciso 3 del artículo 173 del Código Penal Peruano

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI

PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos

 **Manuela Ramos**
Una apuesta por la equidad

© Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX)
Av. José Pardo 601, Oficina 604, Miraflores, Lima 18, Perú.
Teléfono: (511) 447-8668 / Fax: (511) 243-0460
www.promsex.org

© Movimiento Manuela Ramos.
Av. Juan Pablo Fernandini 1550, Pueblo Libre.
Teléfono: (511) 423-8840 / Fax: (511) 431-4412
www.manuela.org.pe

Autor:
Samuel B. Abad Yupanqui

Coordinación:
Soledad Arriagada

Corrección de estilo:
Soledad Cevallos

Diseño y diagramación:
Julissa Soriano

Impresión:
Lettera Gráfica S.A.C.
Jr. Emilio Althaus 460, Lince.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-16128
ISBN: 978-612-4106-10-1

Primera edición, Diciembre 2011
Lima - Perú

Impreso en Perú

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y Fundación Anesvad.

Las opiniones expresadas en este documento son de estricta responsabilidad de sus autores y no de las instituciones que han apoyado con recursos económicos.

4	Presentación
6	I. Antecedentes y alcances de la norma. La intervención del poder judicial
16	II. Análisis
16	II.1 Derechos humanos e “indemnidad sexual”
24	II.2 La norma afecta el derecho a la libertad de los y las adolescentes
29	II.3 La norma afecta el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los y las adolescentes
35	II.4 La norma afecta el derecho a la intimidad de los y las adolescentes
37	II.5 La norma conlleva la afectación de los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes
38	A. Derecho a la salud sexual y a la salud reproductiva
45	B. Derecho a la autodeterminación reproductiva
48	C. Derecho a la información sexual y reproductiva
51	II.6 La norma conlleva la afectación de los derechos a la salud y a la vida de los y las adolescentes
56	II.7 La norma vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad
57	A. Análisis de la norma cuestionada a la luz del subprincipio de adecuación
60	B. Análisis de la norma cuestionada a la luz del subprincipio de necesidad
61	C. Análisis de la norma cuestionada a la luz del subprincipio de proporcionalidad strictu sensu
63	II.8 La norma vulnera el principio de igualdad



Presentación

El presente Informe, elaborado por el Dr. Samuel B. Abad Yupanqui¹, analiza los problemas de constitucionalidad que presenta el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, con fecha 05 de abril de 2006.

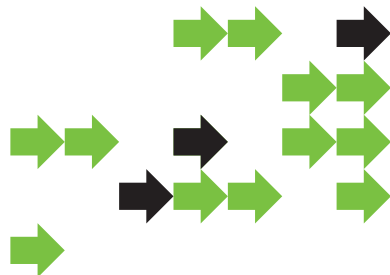
La referida norma amplió el límite de la indemnidad sexual a los dieciocho años de edad y dispone que las relaciones sexuales libres y voluntarias con una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho años de edad constituyen delito. De esta manera, la referida norma establece que el consentimiento de dichos adolescentes carece de valor. Además, impone una sanción severa de pena privativa de la libertad no menor de veinticinco años ni mayor de treinta años; y establece que no procede el indulto, conmutación de la pena ni el derecho de gracia (artículo 2°) y tampoco los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, la semilibertad y liberación condicional (artículo 3°).

¹ **Samuel B. Abad Yupanqui** es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor principal de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en la Universidad del Pacífico; ha sido Adjunto en Asuntos Constitucionales y Primer Adjunto de la Defensoría del Pueblo.

El análisis de la referida norma concluye que ella vulnera los derechos fundamentales de los y las adolescentes, como el derecho a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la igualdad. Asimismo, conlleva la afectación de sus derechos sexuales y reproductivos, así como su derecho a la vida y a su salud; vulnerando, además, el principio de proporcionalidad. Por ello, se recomienda que el Congreso de la República modifique la citada disposición legal o que, en su momento, el Tribunal Constitucional la declare inconstitucional.

El Movimiento Manuela Ramos y el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos, organizaciones feministas peruanas que buscan contribuir al pleno reconocimiento y garantía de los derechos humanos en el campo de la sexualidad y reproducción, ponen a disposición esta publicación con la firme convicción de la necesidad urgente de la reforma legal que permita restituir los derechos vulnerados a las y los adolescentes de nuestro país.

Lima, noviembre de 2011.





I. Antecedentes y alcances de la norma. La intervención del poder judicial

1. La Ley N° 28704, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, con fecha 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173° del Código Penal, e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de catorce y menores de dieciocho años de edad. Dicha ley elevó el límite hasta la mayoría de edad, equiparando el inicio de la responsabilidad penal con el inicio del libre ejercicio de la sexualidad. Ella dispone que:

“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.

- 2.** Por ello, se ha afirmado con razón que en virtud de esta nueva norma:

“Se ha roto y quebrado de un tajo la tradicional e histórica regulación del abuso sexual de menores que desde antaño –véase a título de ejemplo el CP de 1924– mantenía como límite máximo los catorce (14) años, edad que se estimaba suficiente para permitir el inicio de la sexualidad de las personas ya sea varones o mujeres. (...).

A partir del 6 de abril de 2006 toda relación sexual que se desarrolle teniendo uno de los intervinientes (varón o mujer) menos de 18 años, pero más de 14 es considerado como delito, aun cuando se preste el consentimiento expreso y no se haya empleado coacción (violencia o grave amenaza) o engaño. Lo mismo ocurre cuando las relaciones sexuales se realizan entre adolescentes o jóvenes de edad semejante (entren los 14 y 18 años), por ejemplo, dentro de una relación afectiva-emocional. Aquí estaremos ante menores infractores y, pese a que no se abrirá proceso penal, los adolescentes serán sometidos a las reglas del Código de los Niños y Adolescentes”.²

- 3.** A manera de antecedente, podemos indicar que se presentaron diversos proyectos de ley para modificar el Código Penal e incrementar las penas cuando se trate de los delitos de violación. Precisamente, el Dictamen en mayoría de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley Nos. 4535-2002-CR, 12494, 13247 y 13390-2004-CR y 13475, 13483,

² CASTILLO ALVA José Luis, “La muerte de la sexualidad en los adolescentes. La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador”, en *Actualidad Jurídica*, Lima: Gaceta Jurídica, N° 149, abril de 2006, p.14.

13508, 13602, 13694, 13543, 13570, 13642, 13655, 13679 y 13681/2005-CR, de 26 de octubre de 2005, fue la base que permitió esta modificación. El referido Dictamen fue aprobado por el Pleno del Congreso el 9 de marzo de 2006 y promulgado el 3 de abril de 2006. Sin embargo, como precisa César San Martín Castro:

“Los autores de la enmienda legal (...) no han expuesto ninguna razón valedera, ni psicológica ni biológica, ni alguna modificación fundamental de los conocimientos sobre psicología evolutiva que justifiquen este cambio”.³

4. Este cambio trascendental ha afectado principios y derechos fundamentales generando, además, situaciones que indebidamente terminan en el sistema penal. Esto ocurre, por ejemplo, cuando una menor de edad embarazada acude a una posta médica, hospital o clínica para atenderse. Si luego de ser evaluada, el médico se percata del embarazo, por mandato legal, deberá denunciar el hecho a las autoridades competentes, motivando que la pareja de la menor -enamorado, novio o conviviente- sea detenido y procesado por el sistema penal. Por ello, el Ministerio Público y el Poder Judicial han tenido que enfrentar este tipo de situaciones surgidas con motivo de la vigencia de la ley cuestionada. Este último, incluso, ha hecho uso del control difuso por reputar la norma como inconstitucional y, además, evaluado el tema en dos “Acuerdos Plenarios”.
5. En efecto, la aplicación del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal ha conducido a que algunos magistrados decidan inaplicar dicho dispositivo ante su manifiesta inconstitucionalidad, haciendo uso del control difuso. Así lo hizo la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Arequipa en los casos Tome Guillén (sentencia de 28

³ SAN MARTÍN CASTRO César, “Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales)”, en DERECHO PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, N° 60, 2007, p. 213.

de mayo de 2007, Exp. N° 2006-2156)⁴, Paraguay Quispe (auto de 10 de agosto de 2007) y Jihuallanca Arapa (sentencia de 31 de enero de 2008)⁵. En el último de los casos antes mencionados, la Sala resolvió:

“Declararon INAPLICABLE por colisión con los artículos 2° inciso 1, 2° inciso 24 apartado a) y d) de la Constitución Política del Estado, el artículo 173° inciso 3 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704; con lo demás que contiene, en el proceso penal por el delito de violación de la libertad sexual, seguido contra Leonidas Vicente Jihuallanca Arapa, en agravio de la menor de iniciales M.A.G.B.”.

Los citados dispositivos de la Constitución están referidos a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad penal, respectivamente. Al respecto se ha sostenido que:

“La resolución de la Sala Penal de la Corte Superior de Arequipa constituye un hito importante en la judicatura sobre la cuestionada violación sexual presunta de la redacción actual del artículo 173.3 del CP, con la premisa del pleno reconocimiento de la libertad sexual de los adolescentes de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad y la exclusión de todo reproche penal cuando media consentimiento”.⁶

⁴ Esta sentencia ha sido publicada en la Revista Jus Jurisprudencia, Lima: Editora Jurídica Grijley, agosto de 2007, pp. 203-216.

⁵ Las resoluciones de la Corte Superior de Arequipa y de la Corte Suprema pueden consultarse en SALAS ARENAS Jorge Luis, “Constitucionalidad y aplicación judicial en el nuevo proceso penal. Antiguo y nuevo régimen. Experiencias jurisdiccionales del control constitucional difuso”, Lima: Ediciones Jurídicas San Bernardo, 2011, pp. 262-321.

⁶ TABOADA PILCO Giammpol, “Las relaciones sexuales consentidas de los adolescentes. ¿Violación sexual?, en “Diálogo con la Jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, N° 116, mayo de 2008, p. 244.

En aplicación del procedimiento de consulta previsto por el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema aprobó la citada sentencia (Consulta N° 637-2008 de 30 de abril de 2008). En tal oportunidad sostuvo que:

“(...) la determinación del inicio de la actividad sexual de una persona no puede estar impuesta por una ley positiva, en atención a criterios subjetivos preestablecidos o meramente cronológicos, ni la legislación penal puede reprimir la actividad sexual consentida de una persona que tiene el desarrollo necesario y la aptitud suficiente para decidir sobre su sexualidad, antes bien corresponde a la persona humana dicha decisión, (...)”

Un criterio similar ya había sido expuesto por la Corte Suprema en el caso Paraguay Quispe (Consulta N° 2224-2007-Arequipa).

6. Posteriormente, el 16 de noviembre de 2007, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobaron el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 referido al alcance interpretativo del inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704 para la determinación judicial de la pena.⁷ El referido acuerdo tomó como referencia la aplicación del citado inciso del artículo 173° del Código Penal a los imputados mayores de 18 años y menores de 21 años de edad, a quienes se les impuso penas privativas de libertad no menores de 25 años.

⁷ Diálogo con la Jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, N° 114, marzo 2008, pp. 368-370.

“9. Alaluzdelosantecedentesnormativosyjurisprudencia evaluados se ha demostrado que el tratamiento penal que establece el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal – incluso si se tiene en cuenta delitos de una indudable mayor contenido de injusto, tales como los delitos contra la vida- es abiertamente desproporcionado en su escala punitiva abstracta. Por consiguiente, deben explorarse y desarrollarse propuestas jurisprudenciales que permitan alcanzar desde la determinación judicial de la pena una proporcionalidad concreta, adecuada y equitativa, en base a las circunstancias particulares del caso y a las condiciones especiales de los sujetos del delito.

(...)

12. Desde esta perspectiva, deberá atenuarse la pena, en los casos del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179° A del Código acotado que tratan de conductas semejantes, en las que incluso –como se ha indicado– median el engaño y la prestación económica como determinantes de la práctica sexual antijurídica. Por otro lado, si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución del consentimiento– puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene

libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse. Pero si la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre catorce y dieciséis años de edad, como se ha dejado sentado y conforme a las pautas ya señaladas, se aplicará una pena acorde con lo previsto en los artículos 175° y 179° A del Código Penal (...).”

El referido Acuerdo Plenario, si bien constituyó un avance para unificar criterios, generó fundadas críticas pues mantenía como delitos *“las relaciones sexuales consentidas de los adolescentes de 14 y 15 años de edad”*⁸ y, además, no tomó en cuenta el criterio de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema que aprobó la consulta y declaró inaplicable el referido dispositivo. Por ello, algunos autores se preguntaron *“¿Cuál prima? ¿No ha sido un error histórico de la Corte Suprema haber dado con once días de diferencia dos pronunciamientos contradictorios?”*⁹ Y es que las Salas Penales adoptaban un acuerdo parcialmente distinto al de la Sala Constitucional.

7. Al año siguiente, el 18 de julio de 2008, se realizó el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema donde se aprobó el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 referido a la aplicación del inciso 3 del artículo 173° del Código Penal¹⁰. En tal ocasión, los magistrados participantes acordaron:

⁸ TABOADA PILCO Giammpol, Ob. Cit., p. 245.

⁹ CHINCHAY CASTILLO Alcides Mario, “El delito de violación sexual de menor. Especial referencia a la pertinencia del artículo 173.3 del Código Penal”, en Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, N° 173, abril de 2008, p. 96.

¹⁰ Diálogo con la jurisprudencia, Lima: Gaceta Jurídica, N° 122, noviembre de 2008, pp. 369-372.

“9. (...), en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.
(...)

12. (...) al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuentan con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el delito de seducción-. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto. Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad – entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos

de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes (...).”

8. Cabe, finalmente, agregar las limitaciones del control difuso a cargo del Poder Judicial, pues sus decisiones se circunscriben al caso concreto, así como de los Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema. En efecto, como las propias Salas Penales lo han reconocido, ellas carecen de competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma objeto de la presente demanda. Más aún, es evidente que los Acuerdos Plenarios solo pueden uniformizar criterios jurisprudenciales pues carecen de rango legal¹¹ y, por tanto, no pueden dejar sin efecto un dispositivo del Código Penal, lo cual solo le corresponde al Tribunal Constitucional. Tal como se ha señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116:

“11. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional

¹¹ PANTA CUEVA David Fernando, “¿Es posible derogar o modificar tipos penales a través de Acuerdos Plenarios?. Breves consideraciones en torno a los Acuerdos Plenarios N° 7-2007/CJ-116 y N° 4-2008/CJ-116”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, N° 126, marzo 2009, p. 219.

y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal. El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema (...).”

Por lo tanto, es necesario que el Congreso de la República modifique lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal ante su manifiesta inconstitucionalidad, tomando en cuenta los argumentos que se desarrollan a continuación. O, en todo caso, de presentarse y ser admitida una demanda de inconstitucionalidad contra el referido dispositivo, que el Tribunal Constitucional lo expulse del ordenamiento jurídico¹².

¹² El 22 de noviembre del 2011 se publicó en la página web del Tribunal Constitucional la RTC N° 018-2011-PI/TC que declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio Médico del Perú contra el artículo 1° de la Ley N.° 28704, que, entre otros, modificó el numeral 3 del artículo 173° del Código Penal. Según el Tribunal la norma cuestionada *“es ajena a la especialidad del Colegio Médico del Perú, al establecer aquella disposición impugnada que en los casos de violación sexual de menor de edad, la pena no será no menor de 25 ni mayor de 30 años, si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, por lo que en aplicación del inciso 7) del artículo 203°, de la Constitución debe declararse improcedente la demanda.”* Se trata de una lamentable resolución que no toma en cuenta que según los propios Estatutos del Colegio Médico uno de sus fines es contribuir a la defensa de la vida y la salud (Artículo 6.4). Precisamente, como se desarrollará en el presente informe, la norma cuestionada afecta estos derechos fundamentales. Por ello carece de justificación alguna la declaración de improcedencia efectuada por el Tribunal.

Cabe indicar que esta decisión, no impide que otro sujeto legitimado pueda presentar nuevamente una demanda de inconstitucionalidad contra la referida norma, dentro del plazo de seis años de publicada en el diario oficial, pues lo único que dice el Tribunal es que no puede hacerlo el Colegio Médico del Perú.



II. Análisis

II.1 DERECHOS HUMANOS E “INDEMNIDAD SEXUAL”

1. A lo largo del tiempo, se ha considerado que los niños y las niñas, por su falta de madurez tanto física como mental, requieren de una especial protección y cuidado que les permita un desarrollo adecuado. Por ello, la niñez se encuentra protegida por diversos instrumentos internacionales, como por ejemplo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre;¹³ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;¹⁴ el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;¹⁵ la Convención Americana sobre Derechos Humanos;¹⁶ su Protocolo Adicional

¹³ “Artículo VII.- Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

¹⁴ “Artículo 24 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado (...)”.

¹⁵ “Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: [...] 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición (...)”.

¹⁶ “Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷ y, específicamente, por la Declaración Universal de los Derechos del Niño,¹⁸ la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales. Este ámbito de protección no solo ha sido ratificado por nuestro ordenamiento jurídico, sino también ha sido consagrado en el artículo 4° de nuestra Constitución Política de 1993¹⁹ y en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.²⁰

2. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que *“el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar”*.²¹
3. De esta manera, se reconoce que los niños y niñas deben ser protegidos de manera especial contra cualquier intrusión que pueda afectar su desarrollo. En este contexto, se les considera como incapaces de comprender el sentido y las consecuencias del acto sexual, por lo que, con la finalidad de protegerlos frente a cualquier tipo de intrusión no comprendida, se ha determinado su *“indemnidad sexual”*. Es decir, se protege su incapacidad valorativa

¹⁷ *“Artículo 16. Derechos de la Niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

¹⁸ *“Artículo 2.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

¹⁹ *“Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (...)”*.

²⁰ Ver, por ejemplo, la STC N° 06165-2005-HC/TC, del 20 de junio de 2006.

²¹ STC N° 3330-2004-AA/TC, del 11 de julio de 2005.

para comprender la trascendencia del acto sexual, y se protegen *“las condiciones de orden físico-psíquico normal y sin perturbaciones que permiten el futuro ejercicio sexual en libertad”*.²² En razón de ello, nuestro ordenamiento ha establecido –en términos generales– un delito contra la indemnidad sexual, que trata de proteger a las personas que *“por su incapacidad mental para comprender el sentido y consecuencias de una práctica sexual, no pueden disponer jurídicamente su realización, concibiéndose la tutela en términos de intangibilidad”*.²³

4. Sin embargo, cabe preguntarse ¿a partir de qué momento el niño o la niña se encuentran en capacidad de decidir sobre sus propios actos, y específicamente sobre su sexualidad?

Para responder esta pregunta, hay que tomar en cuenta que si bien la Convención sobre los Derechos del Niño define como *niño* a todo ser humano menor de 18 años (a menos que haya adquirido la mayoría de edad de manera anticipada, en virtud a una norma legal),²⁴ ello no implica que todo este grupo se encuentre en el mismo estadio mental o requiera de igual protección. En efecto, esta conceptualización no excluye la posibilidad de reconocer a algunas personas de dicho grupo cierta autonomía. Así por ejemplo, el Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos de los Niños, sostiene que:

“En realidad el significado de este artículo es que debe protegerse al niño hasta la edad de 18 años como mínimo,

²² REYNA ALFARO Luis Miguel, *“Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual”*, Lima: Jurista editores, 2005, p. 133.

²³ CARO CORIA Dino Carlos y César SAN MARTÍN CASTRO, *“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”*, Lima: Grijley, 2000, p. 107.

²⁴ *“Artículo 1.- 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”*.

pero que como el niño es también un sujeto de derecho debe beneficiarse de cierta autonomía antes de los 18 años. Por esta razón, el artículo 1º de la Convención queda relativamente abierto”.²⁵

5. Si bien la Convención sobre Derechos del Niño no distingue expresamente etapas en las edades de la niñez, sí hace un reconocimiento tácito del proceso de maduración, de la evolución de sus facultades, y consecuentemente, les reconoce autonomía. En efecto, la Convención introduce términos como *edad* y *madurez* para el ejercicio de determinados derechos, como por ejemplo, del derecho a la libertad de expresión y pensamiento.²⁶ Más aún, la misma Convención reconoce cierta capacidad del niño para el trabajo, siempre que no se afecte su desarrollo, para lo cual impone al Estado la obligación de fijar una edad mínima.²⁷ De igual manera, si bien se reconoce la labor de los padres en la dirección y orientación, se establece que esta debe realizarse considerando la evolución de las facultades del niño, de su *edad* y de su *madurez*.

²⁵ HODKIN R, Newel P., “Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos de los Niños”, Ginebra: UNICEF. 2001, p. 82.

²⁶ “Artículo 12.- 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. De igual modo: “Artículo 14 1. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

²⁷ “Artículo 32.- 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; (...).”

6. Es así que, aun cuando la adolescencia no es definida de manera expresa, se reconoce una evolución de las facultades; es decir, un mayor grado de madurez, que debe ir acompañado de una mayor autonomía. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"la consideración del niño y el adolescente como sujetos de derecho y no como meros objetos de protección. Estos derechos incluyen todos los consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Perú."*²⁸
7. Al respecto, la Organización Mundial de la Salud, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y el Fondo de Población de las Naciones Unidas han considerado como adolescentes a las personas que se encuentran entre las edades de 10 y 19 años; precisando que entre los 10 y 14 años todavía se consideran como *"adolescentes tempranos"* y entre los 15 y 19 como *"adolescentes tardíos"*.²⁹
8. La adolescencia es una etapa de cambio o de transición de la niñez a la adultez; siendo en esta etapa donde se producen los mayores cambios, tanto físicos como psicológicos. Dentro de estos, es en la adolescencia donde comienza precisamente la maduración sexual (generalmente ocurrida entre los 13 y 19 años). Así, *"en este periodo, los y las adolescentes, experimentan una serie de cambios físicos que se expresan en su cuerpo, pero que también dan inicio a nuevas funciones biológicas, como las sexuales y reproductivas"*.³⁰ Más aún, esta se encuentra identificada con una etapa de cambio psicológico, donde se produce la maduración de la persona y el encuentro con uno mismo. Veamos:

²⁸ STC N° 032-2008-PHC/TC, del 14 de agosto de 2008.

²⁹ En: CHÁVEZ ALVARADO, Susana, "Concepciones y percepciones sobre los derechos sexuales y reproductivos en la adolescencia", Lima, 2007, p. 13.

³⁰ En: CHÁVEZ ALVARADO, Susana, Ob. Cit., p. 15.

“Desde el punto de visto psicológico, la adolescencia es un periodo del ciclo vital humano caracterizado por la aparición de características sexuales secundarias, la evolución de los procesos psicológicos que implican cambios y crecimiento emocional, psicológico, social y mental, en el que las personas buscan y definen su propia identidad y se autoafirman como individuos, se apropian de valores y amplían su mundo de referencia social, más allá de su familia”.

En esta misma línea, el Comité de Derechos del Niño ha definido a la adolescencia como:

“(…) un período caracterizado por rápidos cambios físicos, cognoscitivos y sociales, incluida la madurez sexual y reproductiva, la adquisición gradual de asumir comportamientos y funciones de adultos, que implican nuevas obligaciones y exigen nuevos conocimientos teóricos y prácticos”.³¹

9. Todo ello implica que en la etapa de la adolescencia, el ser humano deja de ser un niño, definido como una persona carente de madurez física y mental; y se va convirtiendo en un ser humano autónomo que define su propia personalidad y sus propias emociones, valores, su identidad en conjunto; y, consecuentemente, se encuentra en capacidad de disfrutar de mayores espacios de autonomía, siendo capaz de tomar decisiones propias y conscientes.
10. Así también lo considera nuestro ordenamiento jurídico al reconocer la autonomía y madurez de los adolescentes en distintos aspectos

³¹ Comité de Derechos del Niño, “Observación General N° 14, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño CRC/C/GC/2003/4”, 21 de julio de 2003.

de la vida. En este sentido, el Código Civil establece la posibilidad de contraer matrimonio a los adolescentes mayores de 16 años (inciso 1 del artículo 241°); y se reconoce a los adolescentes mayores de 14 años la facultad de reconocer a sus hijos, reclamar alimentos y filiación entre ellos. Más aún, se les otorga capacidad a partir del matrimonio o como consecuencia de la obtención de un título profesional aunque no hayan cumplido la mayoría de edad.

- 11.** A nivel mundial, más de la mitad de los adolescentes se han iniciado sexualmente antes de los 16 años.³² En el Perú, las cifras varían de acuerdo a la condición económica y social de los adolescentes. La primera relación sexual, ocurrió, en promedio, 3,9 años antes en las mujeres sin educación (17,4 años) comparadas con las que tenían educación superior (21,3 años) y 3,1 años antes en las mujeres más pobres (17,5 años) en relación con las del último quintil de riqueza (20,6 años)³³. Por su parte, la Encuesta Demográfica y de salud familiar, ENDES (2010) ha evidenciado que el 7.4% de las adolescentes inician su vida sexual antes de los 15 años, siendo la edad promedio nacional de inicio 18.8 años. Esta cifra varía de acuerdo a la zona de procedencia de las adolescentes, en las zonas rurales la edad promedio de inicio de las relaciones sexuales es de 17.7, comparado con los 19.1 años en promedio de la zona urbana. Las adolescentes de la selva inician sus relaciones sexuales a los 16.9 años en promedio, siendo la edad más baja del país, lo que contrasta con la edad de inicio en Lima, que corresponde a 19.4 años. Asimismo, se indica que el 13.5% de las adolescentes están embarazadas o ya son madres³⁴ Los estudios realizados

³² IPAS. Notas Informativas, Chapel Hill: IPAS, 2001:3, Citado por: TÁVARA OROZCO, Luis, "Contribución de las Adolescentes a la Muerte Materna en el Perú", Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología ISSN, versión electrónica 1609-246.

³³ Fuente: Encuesta Demográfica y de salud familiar ENDES 2010, p:137-138. Disponible en: <http://proyectos.inei.gob.pe/endes/endes2010/resultados/index.html>

³⁴ Fuente: Encuesta Demográfica y de salud familiar ENDES 2010, p:137-138. Disponible en: <http://proyectos.inei.gob.pe/endes/endes2010/resultados/index.html>

demuestran que, en su gran mayoría, las relaciones sexuales entre adolescentes han sido consentidas. En efecto, de un estudio realizado por el “Movimiento Manuela Ramos” en 4 regiones del Perú (Lima, Ayacucho, Ucayali y Huancavelica) se concluye que el 79% de los adolescentes mayores de 14 años han tenido relaciones sexuales voluntarias o consensuales; indicando, además, curiosidad y deseo como las razones de la iniciación.³⁵ De igual modo, la fiscal Florencia Ambrosio señaló, en una entrevista brindada al diario El Comercio, que de cada diez casos de embarazos precoces que le reportan de los hospitales públicos, nueve de ellos fueron resultado de relaciones sexuales consentidas.³⁶

12. Esta realidad ha llevado al Estado a poner en marcha políticas de protección de los adolescentes con respecto a su salud sexual y reproductiva. Así, por ejemplo, el Estado, a través del Ministerio de Salud, emitió la Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por Resolución Ministerial N° 465-00-SA/DM, la que reconoce que los adolescentes están aptos para recibir información sobre medios anticonceptivos, así como para recibir los mismos.
13. En este contexto, la Ley N° 28704 modificó el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal tipificando como delito de violación las relaciones sexuales con adolescentes entre los 14 y 18 años, aun cuando estas hayan sido consentidas. Como puede apreciarse, **la norma objeto de análisis no sólo contraría la realidad física, psicológica y social del adolescente, sino que le niega todo tipo de libertad, impidiéndole tomar decisiones en el plano sexual**, tal como veremos a continuación.

³⁵ En: <http://www.promsex.org/contents.php?id=120>

³⁶ TORRES Fabiola, “Madres adolescentes temen ir a revisiones por miedo a que detengan a sus parejas”, Nota periodística publicada el día domingo 19 de julio de 2009, El Comercio, p. A18.

II.2 LA NORMA AFECTA EL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOS Y LAS ADOLESCENTES

1. El derecho a la libertad se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos,³⁷ la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre,³⁸ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,³⁹ la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁴⁰ entre otros.
2. De igual modo, el derecho a la libertad ha sido reconocido expresamente por nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose consagrado en el artículo 2° de nuestra Constitución de la siguiente manera:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

24.- A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:
a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

3. En este contexto, la libertad es entendida como *“la facultad de hacer o dejar de hacer aquello que el orden jurídico permita; es decir, es la prerrogativa que tiene la persona de realizar, sin obstáculos, sus actividades en el mundo de las relaciones”*.⁴¹ Se trata del derecho

³⁷ “Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

³⁸ “Artículo I.- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

³⁹ “Artículo 9.1.- Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales (...)”.

⁴⁰ “Artículo 7.- Derecho a la libertad personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

⁴¹ VARSÍ ROSPIGLISI Enrique, “Libertad Personal”, En: La Constitución Comentada, Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 226-227.

de cada persona de actuar de la manera que desee, teniendo como límite únicamente lo establecido en el ordenamiento jurídico.

4. En esta dirección, Norberto Bobbio señala que esta libertad tiene dos manifestaciones: la primera de ellas referida a la libertad de querer o positiva; y la segunda, a la libertad de obrar o negativa. La primera se encuentra referida a la autodeterminación que tiene cada persona para actuar de acuerdo con lo que desee; y la segunda, a la posibilidad de omitir un comportamiento sin que un tercero interfiera en este.⁴²

5. La libertad sexual es una manifestación de la libertad personal cuyo fundamento radica en la vinculación de esa esfera vital en la que se desenvuelve, referida a los comportamientos sexuales, al ejercicio de la propia sexualidad y la disposición del propio cuerpo. No obstante, esta libertad no solo se relaciona con el cuerpo y su disposición, sino que tiene una esfera evidentemente valorativa y psicológica, integrando uno de los contenidos más relevantes de la dignidad de la persona humana, del libre desarrollo de la personalidad y de la autorrealización personal.⁴³ Al respecto, el Relator del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud ha señalado que *"la sexualidad es una característica que comparten todos los seres humanos. Es un aspecto fundamental de la dignidad del individuo y ayuda a definir a la persona"*.⁴⁴

⁴² DEFENSORÍA DEL PUEBLO, "Informe Defensorial N° 126: La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes", noviembre de 2007.

⁴³ CASTILLO ALVA José Luis, "Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 21.

⁴⁴ HUNT Paul, "Informe del Relator Especial. Los derechos económicos sociales y culturales. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 60 período de sesiones, febrero de 2004.

6. Teniendo en cuenta ello, la Defensoría del Pueblo ha definido el derecho a la libertad sexual en sus dos aspectos, precisando que:

“(…) el derecho a la libertad radica en la libre disposición de las capacidades y potencialidades sexuales en el comportamiento particular y el comportamiento social de la persona –libertad sexual positiva- o en la facultad que tiene toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual –libertad sexual negativa-”.⁴⁵

7. Así pues, en su dimensión positiva, el derecho a la libertad sexual implica la capacidad de disposición sin más límite que la libertad ajena e implica la decisión de tener o no una relación sexual, elegir el destinatario y el tipo de relación sexual que se desea sin más restricciones que la libertad del otro. Asimismo, el profesor Castillo Alva ha indicado que:

“la libertad en cuanto noción dinámico-positiva permite la autodeterminación y la conducción de la persona conforme a sus motivaciones y decisiones ya sea como expresión de poder optar por determinada forma de vida o por elegir en una concreta situación lo que le parezca más conveniente, sin que existan interferencias e intromisiones perturbadoras en el proceso de formación de voluntad por terceros”.⁴⁶

8. Por su parte, su aspecto negativo (o estático-pasivo) implica la posibilidad de rechazar proposiciones no deseadas, sean provenientes de un tercero, o inclusive cuando estas provengan

⁴⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Informe Defensorial N° 126: La aplicación de la justicia penal ante casos de violencia sexual perpetrados contra niñas, niños y adolescentes”, noviembre de 2007.

⁴⁶ CASTILLO ALVA José Luis, Ob. Cit., p. 25.

de la pareja, así como la posibilidad de rechazar la realización de determinados actos sexuales. Es decir, el derecho a la libertad sexual, en su dimensión negativa, comprende la facultad de rechazar cualquier comportamiento sexual que no cuente con su consentimiento o que cuente con un consentimiento inválido o viciado. En ese sentido, comprende la posibilidad de rechazar cualquier tipo de agresión ilegítima contra la libertad sexual.

9. Sobre estas concepciones también se ha pronunciado el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, realizado el 18 de julio de 2008, antes mencionado, al señalar que la libertad sexual es *"la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces"*.
10. Así pues, la libertad sexual dependerá únicamente de la capacidad física y psicológica de la persona, pues *"Cada individuo tiene la capacidad de obrar del modo que uno crea conveniente, y poder disponer de algunos derechos que le han sido conferidos, entre ellos, la sexualidad, cuando se encuentre en la capacidad física y psicológica para hacerlo, como acontece con un adolescente mayor de catorce años"*.⁴⁷
11. **Concebida como un derecho, la libertad sexual es, por regla, libre, y únicamente podrán establecerse limitaciones de manera excepcional cuando estas se encuentran fundadas bajo la premisa de la inexistencia o incapacidad de dar un consentimiento válido.** Al respecto, Castillo Alva ha sostenido que:

⁴⁷ TABOADA PILCO Giammpol, "Las relaciones sexuales consentidas de los adolescentes", En: *Diálogo con la Jurisprudencia* 116, 2008, p. 232.

“El ejercicio de la sexualidad es por regla libre y solo encuentra limitaciones excepcionales, las cuales se basan fundamentalmente en una especial protección que repara en una determinada etapa del desarrollo personal (la edad), en ciertas condiciones síquicas o físicas (grava alteración de la conciencia o anomalía síquica) o en una determinada situación de dependencia, autoridad o vigilancia de la víctima”.⁴⁸

- 12.** Por ello, el Derecho no debe inmiscuirse en el ámbito de la libertad sexual positiva cuando media la capacidad de decisión de la persona. El Estado no debe intervenir en las decisiones o en la forma de vida por la que opten las personas cuando ya han adquirido conciencia y discernimiento con respecto al ejercicio de su sexualidad, optando por desarrollar uno de los ámbitos más importantes de su personalidad y de su vida en relación.⁴⁹ En cambio, el Estado sí debe proteger la libertad sexual, cuando se trate de un comportamiento sexual no deseado o que no haya sido consentido válidamente. Veamos:

“(…) en el Derecho penal sexual se protege la libertad sexual en la medida en que se pretenda involucrar a una persona en un comportamiento sexual no deseado [libertad sexual negativa] y en ningún caso se busca proteger al sujeto pasivo frente a una conducta que le impide llevar a cabo un comportamiento sexual con otra persona o en solitario [libertad sexual positiva]”.⁵⁰

⁴⁸ CASTILLO ALVA José Luis, “La muerte de la sexualidad en los adolescentes, La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador”, En: Actualidad Jurídica 149, abril de 2006, p. 15.

⁴⁹ CASTILLO ALVA José Luis, Ob. Cit., p. 15.

⁵⁰ CASTILLO ALVA José Luis, “Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 27.

- 13.** Como hemos visto, la libertad sexual le corresponde a toda persona que tiene la capacidad de decisión consciente de sus actos. Sin embargo, la norma cuestionada ha elevado la edad de la indemnidad sexual, negando la posibilidad de los y las adolescentes a tomar decisiones con respecto a su propia sexualidad. Es decir, que convierte el consentimiento y las decisiones de los adolescentes como jurídicamente inválidos, sin tener en cuenta la capacidad de discernimiento y decisión que estos ostentan.
- 14.** En consecuencia, el efecto de esta norma es negarle al grupo de personas que se encuentra entre los 14 años y que son menores de 18 años, su libertad de tomar decisiones respecto a su vida sexual, anulando la validez de su consentimiento y reprimiendo penalmente el ejercicio libre de su sexualidad.

II.3 LA NORMA AFECTA EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD DE LOS Y LAS ADOLESCENTES

- 1.** El derecho al libre desarrollo de la personalidad deriva de lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2° de nuestra Constitución cuando señala que toda persona tiene derecho "*a su libre desarrollo*". Al respecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que:

“En definitiva, en el reconocimiento del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2°, inciso 1, de la Constitución), subyace, a su vez, el reconocimiento constitucional de una cláusula general de libertad, por vía de la cual, la libertad natural del ser humano —en torno a cuya protección se instituye aquél ente artificial denominado Estado— se juridifica, impidiendo a los poderes públicos limitar la autonomía moral de acción y de elección de la persona humana,

incluso en los aspectos de la vida cotidiana que la mayoría de la sociedad pudiera considerar banales, a menos que exista un valor constitucional que fundamente dicho límite, y cuya protección se persiga a través de medios constitucionalmente razonables y proporcionales”.⁵¹

De esta manera, este derecho comprende la libertad de actuación de la persona, entendida en su sentido más amplio.

2. En la experiencia comparada, la Corte Constitucional de Colombia ha realizado un análisis bastante detallado de este derecho, señalando que garantiza la libertad general de actuar, de hacer o no hacer, en tanto que la persona lo considere conveniente. Así, ha afirmado que:

“Se quiere garantizar con él la libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente. Por tanto, se inscribe en el amplio ámbito de la libertad y en todas aquellas manifestaciones en que el ser humano se proponga autónomamente realizar las más diversas metas”.⁵²

3. Este derecho, concebido como la más amplia libertad de actuación de la persona, únicamente puede encontrar su límite en el ordenamiento jurídico respetuoso de los principios y derechos fundamentales y en la libertad de otras personas. Así también lo ha delimitado la Corte Colombiana en la sentencia N° T-124/98:

“La potestad de cada quien para fijar esas opciones de vida de conformidad con las propias elecciones y anhelos, sin desconocer con ello los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico existente, es lo que llamamos el derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

⁵¹ STC N° 00032-2010-PI/TC, de 19 de julio de 2011, F.J. 23

⁵² Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia N° T-222/92.

Pues bien, por su naturaleza, este derecho exige que la protección del ordenamiento alcance a las relaciones de las personas en todos los campos ya sean sociales, políticos, económicos, afectivos, entre otros. **En consecuencia, el Estado no puede interferir en el desarrollo autónomo del ser humano, sino procurar las condiciones aptas para su realización como persona.**⁵³

En ese sentido, las violaciones al libre desenvolvimiento de la personalidad se configurarían cuando se le impide al ser humano alcanzar sus aspiraciones legítimas mediante medidas irrazonables. Como lo ha señalado la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia N° T-532, una limitación al derecho al libre desarrollo de la personalidad es legítima cuando no es arbitraria, es decir, cuando tal limitación en sí misma goza de un fundamento jurídico constitucional.

4. En efecto, como señala Carlos Bernal Pulido, la persona “(...) no sólo es libre de hacer lo razonable o necesario, sino libre de hacer o dejar de hacer lo que quiera, sin intervenciones externas provenientes del Estado o de otros individuos”⁵⁴. Agrega que:

“(...) el derecho al libre desarrollo de la personalidad no debe interpretarse en un sentido perfeccionista, sino como la garantía de un ámbito reservado al individuo, de un espacio para la toma de sus decisiones vitales (...), correlativo a un ámbito en donde el poder está ausente”⁵⁵.

Así por ejemplo, lo ha entendido la Corte Constitucional de Colombia (C-309 de 1997) al señalar que:

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ BERNAL PULIDO Carlos, “El Derecho de los derechos”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 249.

⁵⁵ BERNAL PULIDO Carlos, *Ob. Cit.*, p. 249.

“La Constitución opta por un orden jurídico que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales (CP art.1º y 16), por lo cual, en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad sino a las propias personas decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal. En eso consiste el derecho al libre desarrollo de la personalidad, frente al cual, como se desprende de la amplia jurisprudencia de esta Corporación al respecto, debe hacerse énfasis en la palabra “libre”, más que en la expresión “desarrollo de la personalidad”. En efecto, este derecho del artículo 16 constitucional no significa que existen determinados modelos de personalidad que son admisibles y otros que se encuentran excluidos por el ordenamiento, sino que esa norma implica que corresponde a la propia persona optar por su plan de vida y desarrollar su personalidad conforme a sus intereses, deseos y convicciones, siempre y cuando no afecte derechos de terceros, ni vulnere el orden constitucional”.

Por ello, se afirma que sólo merecen tener validez en sentido material las normas jurídicas que sean respetuosas de la libertad constitucional.

5. En consecuencia, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho fundamental que *“comprende toda posición jurídica de libertad, no incluida dentro de los márgenes semánticos de las libertades constitucionales específicas, de hacer u omitir todo aquello que se quiera y que no esté prohibido u ordenado por la Constitución o por otras normas jurídicas de inferior jerarquía que sean a la vez razonables y proporcionales”*⁵⁶. Este derecho rechaza

⁵⁶ BERNAL PULIDO Carlos, Ob. Cit., p. 253.

toda medida calificada como “perfeccionista”, es decir, rechaza aquella concepción según la cual “es misión del Estado imponer ideales de virtud personal”⁵⁷ como podría ser, por ejemplo, tener relaciones sexuales sólo a partir de los 18 años.

6. En efecto, este derecho cuestiona medidas paternalistas por parte del Estado que limiten la decisión libre de las personas. En este sentido, señala Carlos Santiago Nino que:

“(...) una conducta está exenta de toda interferencia estatal cuando ella es susceptible de ser valorada por el agente como relevante a su plan de vida libremente elegido y no implica un riesgo apreciable de generar causalmente perjuicios relativamente serios a intereses legítimos de terceros, no incluyéndose entre esos intereses las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debería adoptar”⁵⁸.

7. **Precisamente, una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad es la libertad sexual en la medida que comprende un ámbito íntimo de actuación que se relaciona únicamente con la decisión del ser humano.** Sobre este punto, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en la sentencia N° 01575-2007-PHC/TC, en la cual ha considerado a la sexualidad como una de las facetas del libre desarrollo de la personalidad. Veamos:

“Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral

⁵⁷ NINO Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 166.

⁵⁸ NINO Carlos Santiago, “Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación”, Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 441.

teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. De este modo, la relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. De ahí que pueda considerarse que uno de los aspectos que conforman el desarrollo de una vida en condiciones dignas sea la posibilidad de tener relaciones sexuales”.

8. Como hemos visto, el Estado sólo podría intervenir imponiendo restricciones a la libertad de las personas, cuando éstas tengan sustento en el respeto de los derechos de terceros, y se trate de restricciones razonables y proporcionales. Ello se justifica pues el ser humano nunca debe *“ser reducido a mero objeto de la acción estatal, aquel está legitimado a configurar su libre albedrío su existencia; es decir, a exigir su derecho de autodeterminación”*⁵⁹.
9. En consecuencia, el inciso 3) del artículo 173 del Código Penal al penalizar las relaciones sexuales voluntarias de los adolescentes impone una conducta paternalista que estima “positiva” – sólo tener relaciones sexuales a partir de los 18 años- negando la decisión libre y voluntaria de adoptar una conducta distinta a pesar de estar en capacidad de tomar decisiones sobre el ejercicio de su sexualidad. De esta manera el Estado adopta una decisión que solo corresponde a las personas, en tanto seres humanos con capacidad de razonar y autodeterminar libremente su conducta. Se trata de una norma arbitraria e inconstitucional que restringe el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

⁵⁹ BENDA Ernesto y otros, “Manual de Derecho Constitucional”, 2º ed., Madrid: Marcial Pons, 2001, p.141

II.4 LA NORMA AFECTA EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS Y LAS ADOLESCENTES

1. El derecho a la intimidad personal se encuentra consagrado en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución, según el cual:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

7. (...) a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”.

2. Este derecho está referido a la vida privada como bien jurídico en sí mismo, relacionado con el derecho al desarrollo de la libre personalidad y el principio de dignidad, siendo considerado como *“aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella”*.⁶⁰
3. Al respecto, el Tribunal Constitucional define este derecho en su aspecto positivo sobre la base del *right to be alone* (derecho a estar solo), señalando lo siguiente:

“Así, sobre la base del *right to be alone* (derecho a estar en soledad), se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que esta está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño”.

⁶⁰ STC N° 06712-2005-HC/TC, de 20 de enero de 2006.

4. Este derecho goza de una especial relevancia, pues *“únicamente a través del reconocimiento de la vida privada la persona podrá crear una identidad propia, a fin de volcarse a la sociedad, toda vez que aquel dato y espacio espiritual del cual goza podrá permitírsele”*.⁶¹ En ese sentido, implica la posibilidad de excluir a los demás de aquel ámbito considerado estrictamente personal.

5. De esta manera, al **tener como objeto de protección la vida íntima, este ámbito de reserva implica también la reserva y privacidad del ejercicio de la libertad sexual así como las relaciones sexuales practicadas voluntariamente por los adolescentes**; el que, además, ha sido considerado como merecedor de protección *superlativa*, al considerarse como el ámbito más íntimo. Sobre el particular se ha señalado que:

“En la vida privada sexual, los adolescentes pueden realizar los actos que crean convenientes, sin más limitaciones que el respeto del derecho ajeno, por ser una zona totalmente ajena a los demás, en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento que tiene el hombre al margen y antes de lo social”.⁶²

6. En consecuencia, al prohibirse legalmente la posibilidad de mantener relaciones sexuales, se está afectando a los y las adolescentes en el ejercicio de su sexualidad, vulnerando de manera arbitraria su derecho a la intimidad.

⁶¹ STC N° 06712-2005-HC/TC, de 20 de enero de 2006.

⁶² TABOADA PILCO Giampol, Ob. Cit., p. 232.

II.5 LA NORMA CONLLEVA LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LOS Y LAS ADOLESCENTES

1. Además de las afectaciones que produce la norma objeto de análisis en relación a los derechos a la libertad sexual, el libre desenvolvimiento de la personalidad y la intimidad, su vigencia y aplicación conduce a la afectación de otros derechos fundamentales, como los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes.
2. A efectos de evidenciar la vulneración de los citados derechos, debe tomarse en cuenta lo dispuesto por la Ley General de la Salud (Ley N° 26842), que obliga a los médicos a poner en conocimiento de las autoridades cualquier indicio de la comisión de un delito perseguible de oficio.

“Artículo 30.- (...) el médico que brinda atención médica a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente”.

En la medida que la violación es un delito perseguible de oficio, el médico debe poner en conocimiento del Ministerio Público cualquier caso que conozca de adolescentes entre los 14 y 18 del cual se desprenda que han tenido relaciones sexuales. Ello implica, a su vez, que el Ministerio Público deberá realizar las investigaciones respectivas con respecto al delito de violación y formular la denuncia ante el juez, el cual iniciará el respectivo proceso penal, donde la posible sanción penal será, como hemos mencionado, no menor de 25 ni mayor de 30 años, de ser el caso.

3. Así pues, ante cualquier indicio sobre la realización del acto sexual en las consultas médicas, el médico deberá denunciar lo sucedido al Ministerio Público para la correspondiente investigación sobre la comisión del delito de violación.
4. Precisamente, el temor a las consecuencias penales que acarrea esta norma ha implicado que muchos adolescentes se abstengan de recurrir a los servicios médicos en temas relacionados a sus derechos sexuales y reproductivos, ocasionando serios problemas de salud en lo referido a su sexualidad, como por ejemplo con respecto a la autodeterminación reproductiva, al uso de anticonceptivos, el tratamiento de enfermedades de transmisión sexual, la atención pre y post natal y la asistencia en el parto. Todo esto implica, a su vez, una posible vulneración del derecho a la vida y a la integridad de quien no puede acudir al servicio médico por el temor de que se le aplique una sanción penal así esta sea arbitraria.

A. *Derecho a la salud sexual y a la salud reproductiva*

5. Si bien se considera que el derecho a la salud sexual y reproductiva es un derecho humano autónomo, este encuentra su fundamento en el derecho a la salud y, en ese sentido, está implícitamente comprendido en el derecho a la salud reconocido por nuestra Constitución. Así, también podría considerarse como un derecho innominado, derivado del artículo 3 de la Constitución, que por su especial vinculación con los derechos a una vida y a la salud se considera como fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de ello, el artículo 6 de la Constitución reconoce determinados aspectos de este derecho, al señalar que el Estado "(...) reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afectan la vida o la salud (...)".

6. Este derecho fue reconocido en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), celebrada en El Cairo en 1994, en la cual se consideró que la salud sexual y reproductiva es fundamental para las personas, parejas, familias, así como para el desarrollo social y económico de las comunidades y naciones. Dicho planteamiento fue posteriormente confirmado en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing. Al respecto también se ha pronunciado la Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2003/28, reconociendo que *"la salud sexual y la salud reproductiva son elementos esenciales del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de la salud física y mental"*.
7. De esta manera, en el proceso de evolución del derecho a la salud sexual y reproductiva, ha ido quedando establecido que ya no sólo comprende una faceta negativa, sino que, adicionalmente, tiene la finalidad de garantizar la libertad de contar con una vida sexual satisfactoria y segura, la capacidad de reproducción y de decidir cuándo y con qué frecuencia.
8. En este sentido, este derecho fue definido en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de la siguiente manera:

"La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear; y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y acceso a métodos

seguros, eficaces, asequibles y aceptables de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”.⁶³

Posteriormente, esta definición fue complementada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en la Plataforma de Acción de Beijing, señalando:

“Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto a esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia”.

9. En consecuencia, este derecho incluye la capacidad de disfrutar de relaciones sexuales satisfactorias y sin riesgo, la autodeterminación para decidir procrear o no y con qué frecuencia. Por lo demás, todo ello implica el derecho de acceso a métodos de planificación familiar, métodos anticonceptivos y la protección contra las posibles enfermedades de transmisión sexual. Asimismo, implica el derecho de recibir una atención adecuada pre y post natal, así como el derecho de asistencia en el parto, entre otros aspectos.
10. Como ya se ha mencionado, los y las adolescentes son sujetos de este derecho. Más aún, al ser sujetos que recién se inician sexualmente, estos deber ser especialmente protegidos en sus

⁶³ NACIONES UNIDAS, Departamento de Información Pública, Plataforma de Acción y Declaración de Beijing, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, China, septiembre 4-15, 1995, Nueva York: UN 1995.

derechos sexuales y reproductivos. Al respecto se ha pronunciado el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos en su Informe sobre el derecho de toda persona del disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

“Los adolescentes y los jóvenes de menos de 25 años son especialmente vulnerables en lo tocante a la salud sexual y reproductiva. La adolescencia es un periodo caracterizado por la maduración sexual y reproductiva; sin embargo, en muchos países los adolescentes carecen de acceso a la información y a los servicios esenciales y pertinentes en relación con la salud sexual y reproductiva. Hay una gran necesidad de estos servicios. Se calcula que un 16% de las nuevas infecciones de VIH se producen en personas de menos de 15 años de edad, y un 42% en personas de 15 a 24 años de edad. Cada año se comunican 100 millones de casos nuevos de infecciones sexualmente transmitidas entre adolescentes, que en gran parte pueden curarse”.⁶⁴

- 11.** De igual modo, en la Observación General N° 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “El disfrute del más alto nivel posible de salud” se ha señalado que:

“El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva”.

⁶⁴ HUNT Paul, “Informe del Relator Especial. Los derechos económicos sociales y culturales. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 60 período de sesiones, febrero de 2004.

Asimismo, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, precisamente en una misión al Perú, ha destacado que la política de salud sexual debe desarrollarse teniendo en cuenta la participación de los adolescentes.

“24. De igual manera, una política amplia e intersectorial de salud sexual y reproductiva debe desarrollarse para – y con la participación de– adolescentes y debe ser de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”.⁶⁵

- 12.** Teniendo en cuenta todo ello, al volver ilegales las relaciones sexuales entre los adolescentes, se está corriendo el riesgo de vulnerar, en la práctica, los derechos a la salud sexual y reproductiva. En efecto, como se ha destacado:

“Al colocarse la actividad sexual de los y las adolescentes menores de 18 años al margen de la ley, también se produce el resultado adverso de volver ilegales las atenciones de salud sexual y reproductiva que no están orientadas a la abstinencia sexual, ampliando con ello las brechas de exclusión bastante reconocidas, pues se sabe que la mayor proporción de contagio de VIH se estaría produciendo en este grupo de edad, y son los y las adolescentes, según datos de distintas ENDES, los que menor uso de anticonceptivos hacen, por lo tanto, es el grupo que en mayor proporción se enfrenta al embarazo no

⁶⁵ Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Misión al Perú. 7– 15 junio de 2004, Resumen de recomendaciones provisionales.

deseado y aborto inseguro, y con ello a la mortalidad materna”.⁶⁶

- 13.** Lo antes mencionado tiene una incidencia directa respecto a las enfermedades de transmisión sexual. En efecto, la aplicación de la norma impide, en la práctica, que los adolescentes puedan acceder a métodos de prevención de enfermedades de transmisión sexual y de información al respecto. Cabe indicar que el derecho a la salud sexual y reproductiva implica la obligación de asegurar medios de prevención, exámenes y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual.

“27. Los derechos a la salud sexual y reproductiva incluyen la obligación de asegurar el acceso a exámenes médicos, asesoría y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual incluyendo el SIDA, así como también el cáncer de seno y cáncer del sistema reproductivo”.⁶⁷

- 14.** Según la ENDES 2010 el 3.3% de las adolescentes usa profilácticos o condones masculinos.⁶⁸ Ello se condice con algunos estudios que señalan que aproximadamente el 20% de adultos jóvenes y adolescentes sexualmente activos contraen por lo menos una enfermedad de transmisión sexual por año.⁶⁹ De igual manera, en

⁶⁶ NAGLE Jennifer y Susana CHÁVEZ, “De la protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y derechos reproductivos de las y los adolescentes”, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos “PROMSEX”, 2007.

⁶⁷ Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Misión al Perú, 7–15 de junio de 2004. Resumen de recomendaciones provisionales.

⁶⁸ Fuente: INEI: Encuesta demográfica y de salud nacional 2010, P: 104, disponible en: <http://proyectos.inei.gob.pe/endes/endes2010/resultados/index.html>

⁶⁹ NAGLE Jennifer y Susana Chávez, “De la protección a la amenaza: Consecuencias de una ley que ignora los derechos sexuales y derechos reproductivos de las y los adolescentes”. Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos “PROMSEX”, 2007.

el Informe del Estado Mundial de la Infancia 2010 se ha hecho énfasis en la tendencia mundial del aumento del VIH/SIDA en la población joven e incluso en edades más tempranas. En efecto, según el informe, 2 millones de jóvenes menores de 14 años viven con el VIH en todo el mundo⁷⁰, esta situación ya se advertía en el año 2005, como lo señala Informe del Estado Mundial de la Infancia de ese año:

“[t]odos los días, aproximadamente 1.700 niños y niñas contraen VIH. En la actualidad se estima que existen en el mundo aproximadamente 2,1 millones de menores de 15 años que viven con VIH. En 2003, cerca de 630.000 niños y niñas contrajeron el virus. Agrega que la vía principal de contagio entre adolescentes son las relaciones sexuales sin protección”.⁷¹

- 44
- 15.** En consecuencia, el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal constituye una barrera para los y las adolescentes en la protección efectiva de sus derechos a la salud en tanto que su aplicación viene generando que no se les permita el acceso a métodos de prevención de enfermedades de transmisión sexual, estando más expuestos a contraer enfermedades de transmisión sexual. El Estado, lejos de imponer un sistema de valores con respecto a cómo se debe desenvolver el o la adolescente en su vida sexual, tiene el deber de garantizar su salud, proporcionándole todas las herramientas necesarias para que este se encuentre informado y tenga la posibilidad de acceder a estos medios. Esta norma evidencia una posición “paternalista” inaceptable.

⁷⁰ Estado Mundial de la Infancia 2010, Conmemoración de los 20 años de la Convención de los Derechos del Niño. Disponible en: <http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/index.php>

⁷¹ Bellamy C. Informe del Estado Mundial de la Infancia 2005. La Infancia Amenazada. Nueva York: 2004: UNICEF, En: http://www.unicef.cl/centrodoc/pdf/estados/sowc05_sp.pdf

B. Derecho a la autodeterminación reproductiva

- 16.** Este derecho se encuentra estrechamente ligado al derecho de autodeterminación reproductiva y a la libre opción de la maternidad, que implica la posibilidad de decidir el número y el espaciamiento de los hijos, relacionado con la vida privada, familiar, la capacidad de casarse y a fundar una familia.
- 17.** En este sentido, el ámbito de injerencia del Estado para imponer restricciones o barreras de cualquier tipo que se encuentren relacionadas a las decisiones reproductivas se reduce sustancialmente. De lo contrario, se estaría afectando el derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, la norma cuestionada importa una injerencia directa en la vida privada de los y las adolescentes pues les impide decidir libremente sobre su situación familiar.
- 18.** La autodeterminación reproductiva implica a su vez la posibilidad de contar con métodos anticonceptivos que permitan regular la frecuencia de los embarazos y estar protegidos frente a enfermedades de transmisión sexual. Al respecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física mental ha sostenido que:

“26. La satisfacción de los derechos a la salud reproductiva y sexual requiere asegurar el acceso a la información y servicios de alta calidad, incluyendo el acceso a una amplia gama de métodos anticonceptivos seguros, efectivos, económicamente accesibles y aceptables (...).⁷²

⁷² Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Misión al Perú, 7–15 junio de 2004, Resumen de recomendaciones provisionales.

- 19.** La realidad evidencia que los y las adolescentes no dejarán de tener relaciones sexuales por la vigencia de la norma cuestionada. Por el contrario, esta favorece posibles comportamientos irresponsables y riesgosos en su vida sexual, debido a la falta de información y la falta de posibilidad de conocer los distintos métodos anticonceptivos, al negarles la posibilidad de acudir a los centros de salud con la finalidad que se les informe y proporcione para su uso. Todo ello conlleva a una situación donde la mayoría de los embarazos son no deseados, lo que no solo afecta la autodeterminación reproductiva y libre opción a la maternidad, sino que muchas veces favorece que los y las adolescentes se vean obligados a abandonar la escuela y, consecuentemente, vean afectado su proyecto de vida. Según datos de la ENDES 2010 solo el 63.6% de las mujeres unidas entre 15 y 19 años usan algún método anticonceptivo, a diferencia del promedio entre las mujeres unidas de 25 a 44 años que sobrepasa el 78%. En cuanto a los métodos modernos, es usado por el 44.6% de las adolescentes unidas, lo que significa que menos de la mitad de mujeres entre los 15 y 19 que actualmente tienen pareja se encuentran adecuadamente protegidas del embarazo no deseado⁷³.
- 20.** Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁷⁴ ha expresado su preocupación por la tasa elevada de embarazos en adolescentes, lo que constituye un obstáculo importante para las oportunidades de educación de las niñas y su empoderamiento económico así como la escasa disponibilidad de anticonceptivos de emergencia, en particular en zonas rurales. Por ello, insta al Estado a que intensifique las actividades y los servicios de información sobre planificación de la familia destinados a mujeres y niñas, incluido el suministro de anticonceptivos de emergencia,

⁷³ Fuente: INEI: Encuesta demográfica y de salud nacional 2010, P: 90-125, disponible en: <http://proyectos.inei.gob.pe/endes/endes2010/resultados/index.html>

⁷⁴ Párrafo 24. Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al Estado Peruano. 37º período de sesiones, 15 de enero a 2 de febrero de 2007.

y a que promueva con amplitud la educación sexual, prestando particular atención a la prevención de embarazos en adolescentes.⁷⁵

21. De igual modo, la Convención sobre Derechos del Niño (1989) establece en su artículo 24.1 que *"Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios"*.
22. El artículo 24.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño menciona que *"los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; (...) f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia"*.
23. El Comité de los Derechos del Niño en sus Observaciones Finales al Estado peruano⁷⁶ ha expresado su preocupación frente a la *"elevada tasa de embarazos precoces y por el número de adolescentes que fallecen por someterse a un aborto"*. Por ello, el Comité recomienda al Estado Parte que garantice el acceso a los servicios de salud reproductiva a todos los adolescentes y lleve a cabo campañas de sensibilización para informar plenamente a los adolescentes sobre sus derechos en materia de salud reproductiva y, en particular, sobre la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos precoces.

⁷⁵ Párrafo 25. op.cit.

⁷⁶ Observaciones Finales del Comité sobre los derechos del Niño al Estado Peruano. 41º período de sesiones, 14 de marzo de 2006. 41º período de sesiones.

24. Cabe indicar que la afectación producida del derecho a la salud sexual perjudica especialmente a las mujeres pues serán ellas las que verán afectado en mayor proporción su proyecto de vida.

C. Derecho a la información sexual y reproductiva

25. Como hemos mencionado, los y las adolescentes se enfrentan a graves problemas al momento de ejercer su sexualidad. Ello se debe, principalmente, a que como recién inician su vida sexual, carecen de información para hacerlo de modo responsable; por lo que muchas veces ven afectados sus derechos a la salud sexual y reproductiva, ocasionando embarazos no deseados, e inclusive colocándolos en un mayor riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual, así como elevando el riesgo de mortandad, tanto suya como de sus hijos. Por ello, resulta evidente que “[e]l derecho de los adolescentes a acceder a información y servicios de salud reproductiva se basa en las garantías a la vida y a la salud”.⁷⁷

26. Así, todos los aspectos referidos a la sexualidad no deberían ser estigmatizados para los adolescentes. Por lo contrario, debería brindárseles la información adecuada a fin de evitar un impacto negativo en el desarrollo de su vida y la grave afectación a sus derechos a la vida y a la salud. Debe tenerse en cuenta que los adolescentes sexualmente activos o que piensan iniciar su vida sexual están actuando responsablemente al solicitar información, pues:

“cuentan con la capacidad requerida para disfrutar de su derecho a la autodeterminación reproductiva, en

⁷⁷ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, “Los derechos reproductivos a la vanguardia. Una herramienta para la reforma legal”, Nueva York: Center for reproductive Rights, 2008. p. 107.

concordancia con la protección internacional de sus derechos a la integridad física y a la intimidad, así como con su derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos”.⁷⁸

- 27.** Entonces, resulta evidente que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos exige una acción positiva por parte del Estado, el cual debe brindar información a los adolescentes sobre la salud sexual y reproductiva.

“Los Estados deben brindar a los adolescentes acceso a servicios de salud reproductiva integrales y económicamente asequibles. Los Estados deben implementar normas que prohíban que actores públicos o privados impidan el acceso de los adolescentes a estos servicios”.⁷⁹

- 28.** Es importante mencionar también que el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo, realizada en El Cairo,⁸⁰ estableció una serie de recomendaciones para los países, que aun cuando no son jurídicamente vinculantes, constituyen acuerdos con gran valor político y ético, pues forman parte de una agenda internacional construida y consensuada al interior de las Naciones Unidas.⁸¹ Se estableció que “*los países*

⁷⁸ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, Ob. Cit., p. 107.

⁷⁹ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, Ob. Cit. p. 108.

⁸⁰ La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD o El Cairo) se celebró bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en El Cairo, Egipto, del 5 al 13 de septiembre de 1994. Convocó a representantes de 179 gobiernos y de 1.254 organizaciones no gubernamentales. http://www.unfpa.org/spanish/icpd/icpd_poa.htm#ch7e, visitado el 23 de marzo de 2008.

⁸¹ María Jennie Dador Tozzini. “La salud sexual y salud reproductiva y la igualdad de género en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos”. Lima: Promsex, 2007, p.49.

deberían eliminar, cuando correspondiera, los obstáculos jurídicos, normativos y sociales que impiden el suministro de información y servicios de salud reproductiva a los adolescentes".⁸²

- 29.** Es preciso notar que estas recomendaciones fueron nuevamente recalçadas en la Conferencia Cairo + 5 (1999) donde se insta a los países a asegurar que los programas y las actitudes de los proveedores de servicios de salud no restrinjan el acceso de los adolescentes a servicios adecuados y a la información que necesiten, inclusive para la prevención y el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual, el VIH/SIDA, la violencia y el abuso sexual. Los países, en este contexto, deben eliminar, cuando procediera, las barreras jurídicas, normativas y sociales a la información sobre salud genésica y la atención de la salud genésica para los adolescentes.⁸³
- 30.** Cabe indicar que dicha información deberá ser precisa y clara sin tratar de promover una determinada valoración. Al respecto, el Centro de de Derechos Reproductivos ha destacado que: *"La información sobre salud sexual y reproductiva debe ser transmitida en un contexto de respeto y libre de amenazas, en que se guarde la confidencialidad y la autonomía del adolescente que busca información".⁸⁴* Sin embargo, el acceso a esta información se ve limitado por la aplicación de la norma cuestionada.
- 31.** Resaltamos que la penalización de las relaciones sexuales consentidas de los y las adolescentes tiene un impacto diferenciado

⁸² Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. En: <http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm>. Párrafo 7.45.

⁸³ N.U. Asamblea General. Informe del Comité Especial Plenario del vigésimo primer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General: examen y evolución generales de la ejecución de Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Protección y el Desarrollo. A/S-21/5/Add. 1 Nueva Cork: UN, 1999) Cairo +5. Párrafo. 73(f).

⁸⁴ CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, Ob. Cit., p. 107.

en las adolescentes, pues al limitar su acceso a servicios de salud sexual y salud reproductiva, las prepara con frecuencia para el escenario del embarazo adolescente, los abortos inseguros y la mortalidad materna adolescente.⁸⁵ La discriminación de las mujeres jóvenes, pero intelectualmente maduras frente a la discriminación por razones de género y sexo se profundiza cuando se establece barreras para acceder a servicios de salud sexual y salud reproductiva, que ellas necesitan.⁸⁶

II.6 LA NORMA CONLLEVA LA AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA DE LOS Y LAS ADOLESCENTES

- 32.** Como puede apreciarse, la falta de atención de los derechos sexuales y reproductivos produce graves consecuencias que pueden terminar afectando los derechos a la salud y a la vida de los y las adolescentes.
- 33.** El derecho a la vida se encuentra reconocido por los instrumentos internacionales y por nuestra Constitución (inciso 1) del artículo 2º). Se trata de un derecho fundamental y fundante por excelencia, toda vez que de este depende la posibilidad de realización de todos los otros derechos, es decir, constituye un presupuesto de todos los demás derechos de las personas. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *"el derecho a la vida juega un papel fundamental en la Convención Americana por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos. Al no ser respetado el derecho a la vida, todos los derechos carecen de sentido"*.⁸⁷

⁸⁵ Cook Rebecca y DICKENS Bernard. Dinámicas de los derechos humanos en la reforma de las leyes del aborto. p.36. En: <http://www.gire.org.mx/contenido.php?informacion=151>, visitada el 14 de noviembre de 2008.

⁸⁶ Ibid. p.37.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras.

- 34.** Este derecho posee dos aspectos. Por un lado, uno negativo, el cual presupone que ninguna persona pueda ser privada arbitrariamente de la vida y; por otro, uno positivo, que implica un deber del Estado de adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizarlo. En ese sentido, la protección al derecho a la vida, no solo involucra una abstención del Estado, o una sujeción a la Ley, sino que también lo obliga a legislar de manera acorde con los derechos fundamentales. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

“(...) el Estado es responsable de la observancia del derecho a la vida de toda persona bajo su custodia en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención Americana” (Caso Humberto Sánchez vs. Honduras).⁸⁸

- 35.** Si bien la protección y efectividad del resto de derechos depende de la efectividad y respeto al derecho a la vida, consideramos pertinente referirnos al contenido del derecho a la salud, pues aquel también podría verse afectado. El derecho a la salud ha sido reconocido por la Constitución de la siguiente manera:

“Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras.

36. El derecho a la vida implica que ninguna mujer puede ser puesta en riesgo de muerte por razones del embarazo o parto. El derecho a la vida se afecta ante la falta de acceso a controles pre natales que impiden detectar embarazos riesgosos para la vida. La protección de este derecho implica que las personas no pueden ser expuestas a riesgo de muerte en casos de enfermedades de transmisión sexual, VIH/SIDA así como a la violencia sexual.

37. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que:

“(...). En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.⁸⁹

Cuando los Estados omiten tomar medidas para combatir los supuestos antes señalados, están incumpliendo su obligación de asegurar a las mujeres el acceso a condiciones de una vida digna.

38. Por su parte, si bien el derecho a la salud no se encuentra expresamente contenido en el capítulo relativo a los derechos fundamentales, es evidente que se configura como un derecho fundamental, debido a su estrecha relación con los derechos a la vida (artículo 2° de la Constitución), integridad (artículo 2° de

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Series C N° 63, párr. 144.

la Constitución) y dignidad (artículo 1° de la Constitución).⁹⁰ En efecto, la salud es una condición indispensable para el desarrollo y el bienestar humano, para el ejercicio del derecho a la vida y, en general, a una vida digna.

- 39.** Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre los alcances del derecho a la salud, definiéndolo *"como la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo"*.⁹¹ Este derecho comprende el acceso y goce a las prestaciones de salud. Al respecto, ha precisado que:

"(...) el acceso y el goce de las prestaciones de salud también están comprendidos en cuanto ámbitos de protección o contenidos del derecho a la salud. En consecuencia, una denegación arbitraria o ilegal del acceso a la prestación, una restricción arbitraria de la prestación, una perturbación en el goce de la misma o, finalmente, una exclusión o separación arbitraria o ilegal de la prestación, constituyen lesiones del derecho constitucional a la salud".⁹²

- 40.** Este derecho no solo se configura en un plano negativo de no interferencia, sino que tiene una dimensión positiva que implica la conservación de un estado de normalidad orgánico o funcional. Ello conlleva el deber de generar acciones positivas por parte de los poderes públicos para promover mediante políticas, planes y

⁹⁰ STC N° 01429-2002-HC/TC, de 11 de febrero de 2003.

⁹¹ STC N° 01429-2002-HC, de 11 de febrero de 2003.

⁹² STC N° 07231-2005-AA/TC, de 22 de setiembre de 2006. Dicho criterio ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias. Por ejemplo, en la STC N° 03488-2004-AA/TC, 13 de junio de 2006.

programas mecanismos que permitan garantizarlo. En consecuencia, el Estado no puede optar por decisiones que desconozcan de forma irracional la concretización del derecho a la salud. Al respecto:

“Este Tribunal, además de lo precedentemente señalado, puntualiza que si la salud es un derecho cuyas condiciones el Estado se encuentra obligado a promover mediante políticas, planes y programas, o a garantizar su correcto funcionamiento, en caso de que estos ya existan, el hecho de que el mismo Estado, o quienes a su nombre lo representan, opten por decisiones que desconozcan de forma unilateral o irrazonable la concretización o aplicación de los mismos, sobre todo para quienes ya gozan de prestaciones individualizadas, supone un evidente proceder inconstitucional que en modo alguno puede quedar justificado”.⁹³

- 41.** La vigencia del inciso 3 del artículo 173° del Código Penal, en la medida que desalienta a los y las adolescentes de acudir a los centros médicos por temor a las posibles consecuencias penales que se generarían, vulnera el deber de protección del Estado respecto a los derechos a la vida y a la salud. Tales derechos, en su dimensión positiva, obligan al Estado a adoptar medidas para asegurarlos. La norma cuestionada genera exactamente la consecuencia adversa, pues evita que los adolescentes sean atendidos de manera adecuada y a tiempo en sus problemas de salud sexual.

⁹³ STC N° 01956-2004-AA/TC, de 4 de agosto de 2005.

II.7 LA NORMA VULNERA LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

42. Como hemos indicado, la norma objeto de análisis afecta los derechos a la libertad, libre desarrollo de la personalidad y autonomía privada, por lo que puede, además, generar graves afectaciones a los derechos a la vida y salud de los y las adolescentes. Sin embargo, como se sabe, ningún derecho es absoluto, pues admite determinadas restricciones. En este sentido, al tratarse de una injerencia por parte del Estado en el ejercicio de derechos constitucionales, es conveniente aplicar el test de proporcionalidad y razonabilidad, a efectos de evaluar la constitucionalidad de la norma cuestionada.

43. La doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional señalan que el test de proporcionalidad consta de tres subprincipios, de acuerdo a los cuales se determinará la constitucionalidad de la norma restrictiva. Veamos:

- I. Subprincipio de adecuación:** Conforme al cual toda injerencia a los derechos fundamentales debe ser compatible con un fin constitucionalmente legítimo; en este sentido, este principio requiere que la medida utilizada sea adecuada para conseguir dicho fin.
- II. Subprincipio de necesidad:** De acuerdo con este subprincipio, cuando existan medidas alternativas disponibles, la medida restrictiva debe ser la menos lesiva de los derechos.
- III. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu:** De acuerdo con este subprincipio, para que la injerencia sea legítima, *“el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental”*.⁹⁴

⁹⁴ STC N° 0048-2004-AI /TC, del 1 de abril de 2005.

A. *Análisis de la norma cuestionada a la luz del subprincipio de adecuación*

44. Al respecto, es preciso analizar si la versión actual del inciso 3) del artículo 173° del CP persigue un fin constitucionalmente legítimo y si la medida dispuesta resulta idónea para lograrlo. Como sabemos, la norma cuestionada eleva la edad de la indemnidad sexual y, consecuentemente, tipifica como delito de violación la relación sexual con adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad. A efectos del presente análisis de razonabilidad y proporcionalidad, se deberá tener especial consideración a la gravedad de la sanción penal que dicha norma impone: la pena privativa de la libertad entre 25 y 30 años.
45. En principio, la norma pretende proteger la indemnidad sexual de los menores, considerándola como el bien jurídico tutelado, lo que en principio constituiría un fin constitucionalmente legítimo. Sin embargo, más allá de lo dispuesto literalmente en la propia norma, corresponde evaluar si esta en realidad protege la indemnidad sexual como tal.
46. El delito que protege la indemnidad sexual pretende tutelar a las personas que *"por su incapacidad mental para comprender el sentido y consecuencias de una práctica sexual, no pueden disponer jurídicamente su realización, concibiéndose la tutela en términos de intangibilidad"*.⁹⁵ De esta manera, **la indemnidad como bien jurídico protegido no puede estar destinada a suplir la decisión consciente de una persona, sino a proteger su sexualidad siempre que ella no se encuentre apta para comprender el sentido y las consecuencias del acto sexual. Por ello, cuando una persona cuenta**

⁹⁵ CARO CORIA Dino Carlos y César SAN MARTÍN CASTRO, "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", Lima: Grijley, 2000. p. 107.

con suficiente capacidad para entender el significado de sus propios actos, consintiéndolos, ello no puede ser suplido por la tutela de una supuesta indemnidad sexual, presumida por ley. En tal caso, estamos en presencia de una restricción arbitraria a sus derechos. En efecto:

“la necesidad de proteger la indemnidad sexual o de preservar el desarrollo sexual de los menores evitando contactos o relaciones sexuales no tiene vigencia ilimitada o un alcance general. El legislador solo debe proteger penalmente los bienes jurídicos en la medida que el portador y titular del bien no se encuentre en la capacidad cognitiva o valorativa de protegerlos. En cambio, cuando el titular del bien jurídico ya goza de autodeterminación o de una mínima capacidad de disposición, el Derecho Penal no debe imponer sobre la voluntad individual la tutela de un bien jurídico, sin que con ello no se revele de manera palmaria un Derecho Penal autoritario”.⁹⁶

47. Así, cuando los adolescentes entre los 14 y menos de 18 años cuentan con una adecuada conciencia y voluntad para disponer sobre su sexualidad y desean relacionarse sexualmente como consecuencia de su libertad y autodeterminación, el derecho penal no puede criminalizar dicha conducta, menos aún imponiendo una pena tan gravosa como aquella en cuestión. Por lo demás, la norma no se basa en ningún sustento empírico que demuestre que las relaciones sexuales a dicha edad causen algún perjuicio. Más aún, la realidad social lo contradice.

48. En consecuencia, **la norma analizada no protege la indemnidad sexual, sino más bien restringe la posibilidad**

⁹⁶ CASTILLO ALVA José Luis, “La muerte de la sexualidad en los adolescentes. La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador”, En: Actualidad Jurídica 149, abril de 2006, p. 14.

de emitir un consentimiento válido a un grupo de personas que se encuentran en perfecta capacidad de comprender el significado de sus actos.

La citada norma introduce una restricción arbitraria a los derechos a libertad sexual, libre desenvolvimiento de la personalidad y autonomía de la vida privada de los y las adolescentes. En ese sentido, la norma no tendría un fin constitucionalmente legítimo.

49. No obstante, aun en el supuesto que se considere que la norma sí tiene un fin constitucionalmente legítimo destinado a proteger la indemnidad sexual del menor, consideramos que su vigencia no resulta en realidad adecuada para proteger a los adolescentes de la realización del acto sexual.
50. Ello se debe, en principio, a que la vigencia de la norma no cambia por sí misma la realidad social; en efecto, desde que entró en vigor en el año 2006, el índice de adolescentes que mantienen relaciones sexuales no ha disminuido. Por el contrario, las únicas consecuencias que genera son adversas; así por ejemplo, limita a las adolescentes a acceder a los servicios de salud, afectando sus derechos a la salud, a la vida, entre otros.
51. Es evidente que dicha norma no resulta adecuada pues las relaciones sexuales se desarrollan en un plano íntimo y privado, sin que sean de conocimiento –como es obvio– del Ministerio Público. Por ello, tampoco cumple la función de prevención o disuasión. El indicador más frecuente de la comisión de este “delito” se presenta cuando las adolescentes acuden a los servicios de salud. Es decir, cuando ya se ha realizado el acto sexual. En ese sentido, la norma no protege la indemnidad, sino más bien constituye una barrera para el acceso a los centros de salud, lo que genera serias afectaciones a los derechos de los adolescentes. Finalmente, la pena señalada tampoco respeta el principio de adecuación pues no tiene como finalidad o como resultado proteger la indemnidad sexual.

52. En consecuencia, **la norma no se ajusta al principio de adecuación**, por lo que la misma deviene en inconstitucional. Sin embargo, y sin perjuicio que dicho análisis bastaría para determinar la inconstitucionalidad de la norma, continuaremos con los siguientes subprincipios del test de razonabilidad y proporcionalidad a fin de brindar mayores argumentos a vuestro Tribunal.

B. Análisis de la norma cuestionada a la luz del subprincipio de necesidad

53. En todo caso, partiendo del supuesto negado que la norma persiga un fin constitucionalmente legítimo referido a la protección de la indemnidad sexual y que esta sea una medida adecuada para la consecución de dicho fin, deberá evaluarse que no existan medidas alternativas disponibles que vulneren de manera menos restrictiva los derechos.

54. Respecto al principio de necesidad en el ámbito penal se tiene establecido que *"(...) el principio de necesidad reclama que la incriminación de una conducta sea medio imprescindible de protección de bienes jurídicos y comporte la intervención mínima posible sobre los derechos de una persona para alcanzar tal fin".⁹⁷*

55. En este sentido, consideramos que una medida menos gravosa para proteger a los y las adolescentes debería consistir en garantizarles una adecuada información y educación sexual. Ello determinaría que se les deje de considerar como sujetos carentes de un consentimiento jurídicamente válido y otorgarles la posibilidad de ejercer sus propios derechos de conformidad con un conocimiento informado sobre su salud sexual y reproductiva.

⁹⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio y otros, "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", Barcelona: Editorial Praxis, 1996, p.33.

- 56.** La medida educativa antes propuesta podría ser complementada con medidas menos lesivas a sus derechos fundamentales. Para ello, hay que tomar en cuenta que el tipo penal de seducción (artículo 175° del Código Penal) protege a los adolescentes entre los 14 y 18 años de las relaciones sexuales cuando son producto del engaño. Asimismo, se protege al adolescente en caso se considere que este otorga su consentimiento a cambio de ventajas de tipo económicas o cualquier otro tipo, considerando que ello lo incapacita para tomar decisiones en el plano sexual; en efecto, dicha “*incapacidad relativa*” que pretendería protegerse se encuentra prevista por el artículo 179-A del CP.
- 57.** Las medidas antes mencionadas son compatibles con el principio de necesidad que caracteriza al Derecho penal, es decir, se trata de la intervención mínima posible para alcanzar la protección del adolescente contra la comisión de actos sexuales que afecten su desarrollo. Consecuentemente, la medida establecida por la norma cuestionada, que no reconoce valor al consentimiento, resulta excesivamente gravosa y **no supera el subprincipio de necesidad**.

C. *Análisis de la norma cuestionada a la luz del subprincipio de proporcionalidad strictu sensu*

- 58.** De igual manera, si bien la norma ya resulta inconstitucional en tanto que no se adecúa a los primeros subprincipios, analizaremos la norma de conformidad con el subprincipio de proporcionalidad *strictu sensu*, el mismo que evalúa la intensidad de la intervención con respecto de los fines que busca proteger.
- 59.** No resulta una medida proporcional pues, si bien busca proteger la decisión sexual del adolescente, no se condice con el desarrollo de su capacidad y la madurez que pueda tener para dar un consentimiento válido. Asimismo, pone en la misma situación a todas las personas hasta los 18 años, sin tomar en cuenta su proceso de maduración

y desarrollo. Por tanto, no resulta proporcional la restricción absoluta de los derechos de libertad, libre desenvolvimiento e intimidad.

- 60.** Ello se agrava si consideramos que la sanción penal se aplica a todos aquellos que tengan relaciones sexuales con menores de edad, sin interesar la relación que tengan con la supuesta víctima, es decir, sin tomar en cuenta el vínculo jurídico (concubinato o matrimonio) o el vínculo sentimental existente.
- 61.** Adicionalmente, la norma tampoco resulta proporcional, pues sus consecuencias pueden llevar a los adolescentes a sufrir graves vulneraciones a sus derechos sexuales y reproductivos, a sus derechos a la salud e inclusive a su propia vida.
- 62.** Por lo demás, si un adolescente de 14 y menor de 18 años, con capacidad suficiente para disponer de su sexualidad, desea tener relaciones en el marco de su libertad y autodeterminación, el derecho penal no debe inmiscuirse. Al hacerlo, se rompe con el principio de mínima intervención del Derecho penal. En efecto:

“(...) la misión del Derecho penal en la tutela de la libertad sexual debe estar presidida por el principio de intervención mínima en su vertiente de fragmentariedad, cumpliéndose con la exigencia de que el ordenamiento punitivo solo debe prohibir aquellas conductas que por su gravedad e intensidad lesionan o ponen en peligro el bien jurídico, excluyendo cualquier planetamiento que pretenda criminalizar toda conducta que afecte el objeto de protección, independiente de su gravedad y dañosidad social”.⁹⁸

⁹⁸ CASTILLO ALVA José Luis, “Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 21.

En definitiva, resulta evidente que el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal no supera el test de razonabilidad y proporcionalidad y, por ende, resulta inconstitucional.

II.8 LA NORMA VULNERA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

- 63.** El derecho a la igualdad se fundamenta en la dignidad del ser humano y constituye tanto un derecho fundamental como un principio básico de la sociedad. En cuanto principio, es un componente axiológico de un Estado de Derecho, vinculando a todos en general y proyectándose sobre el ordenamiento jurídico como un principio rector del Estado. Por otro lado, en cuanto derecho implica la titularidad de la persona sobre un bien constitucional de igualdad, oponible a un destinatario. Según el Tribunal Constitucional, *“se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente resultan relevantes”*.⁹⁹
- 64.** Este principio-derecho se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales, como por ejemplo en los artículos 2.1¹⁰⁰ y 7¹⁰¹ de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 26¹⁰² del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

⁹⁹ STC N° 00045-2004-AI/TC, de 31 de marzo de 2006.

¹⁰⁰ *“Artículo 2.1.- Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*.

¹⁰¹ *“Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.

¹⁰² *“Artículo 26.- Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

el artículo 24¹⁰³ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. En el ámbito nacional, ha sido reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución de 1993.¹⁰⁴

- 65.** La igualdad no garantiza un trato igual al universo de personas, sino que reconoce el derecho a un trato igualitario de quienes se encuentran en una situación idéntica. En ese sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC N° 048-2004-AI/TC cuando sostuvo que: *"Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentren en una idéntica situación"*.
- 66.** Así pues, lo que se proscribe es el trato discriminatorio, más no el tratamiento diferenciado. En efecto, el derecho a la igualdad no proscribe cualquier diferenciación a realizarse, sino únicamente la discriminación, en tanto que esta carece de razones que la justifiquen. En consecuencia, existe una distinción entre los conceptos de *"diferenciación"* y *"discriminación"*. La discriminación tiene una connotación negativa e implica la exclusión arbitraria de determinada persona. En cambio, la diferenciación sí es admitida constitucionalmente pues, si bien implica un trato desigual, se funda en causas objetivas y razonables. Solo cuando la desigualdad no se base en causas objetivas y razonables, nos encontraremos frente a una discriminación. Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al sostener que:

¹⁰³ *"Artículo 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"*.

¹⁰⁴ *"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"*.

“(…) no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”.¹⁰⁵

- 67.** El Tribunal Constitucional ha recurrido al test de razonabilidad y proporcionalidad como el mecanismo para determinar cuándo nos encontramos ante un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables, y cuándo nos encontramos frente a un trato arbitrario y, consecuentemente, discriminatorio.¹⁰⁶ Al respecto, se ha señalado que el uso del test de razonabilidad y proporcionalidad implica advertir si la distinción carece de justificación objetiva y razonable, de manera que esta justificación debe apreciarse en estricta relación con la finalidad y los efectos de la medida, debiendo darse una relación razonable de la proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.¹⁰⁷
- 68.** Aplicando estos criterios al presente caso, puede apreciarse que la norma penal cuestionada otorga un distinto valor al “*consentimiento*”, si se lo compara con el valor que le reconoce la legislación penal en otras figuras típicas que afectan el bien jurídico “libertad sexual” o que están referidos a relaciones sexuales voluntarias en las que media una

¹⁰⁵ STC N° 048-2004-AI/TC, de 1 de abril de 2005.

¹⁰⁶ Vg. STC N° 00045-2004-PI/TC, de 31 de marzo de 2006, y STC N° 00004-2006-PI/TC, de 18 de abril de 2006.

¹⁰⁷ ALONSO GARCÍA Enrique, “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española”, En: Revista de Administración Pública 100-102, Madrid, 1983.

prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza y que forman parte del denominado *"Derecho penal sexual peruano, en el ámbito de atentados o abusos a niños y adolescentes"*.¹⁰⁸ Este tratamiento diferenciado, como veremos, carece de una justificación objetiva y razonable.

- 69.** En efecto, el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal no le reconoce valor jurídico alguno al consentimiento, pues presume que las relaciones sexuales con adolescentes de 14 años y menores de 18 constituyen delito así sean libres y voluntarias, imponiéndoles una pena no menor de veinticinco años. En otras palabras, le otorga una *"valoración negativa"* a este tipo de conductas consentidas. En cambio, el artículo 179-A del Código Penal otorga un *"valor relativo"* al consentimiento tratándose de relaciones sexuales voluntarias con personas de catorce y menores de dieciocho en las que media una prestación económica o ventaja de cualquier naturaleza, pues establece una pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. Asimismo, los artículos 176 y 176-A del Código Penal, al regular los delitos contra el pudor, reconocen que no constituyen delito los tocamientos indebidos en partes íntimas o actos libidinosos de los adolescentes de catorce años y menores de dieciocho si media consentimiento. Es decir, en este caso nuevamente el legislador penal otorga una valoración distinta –una *"valoración positiva"*– a conductas que tratan de garantizar el bien jurídico *"libertad sexual"*.
- 70.** En los casos citados, no existe una sustentación objetiva y razonable que justifique una distinta valoración del consentimiento. En efecto, no existe una finalidad legítima que justifique brindar un tratamiento diferenciado a las relaciones sexuales consentidas. Así, si se trata de

¹⁰⁸ SAN MARTÍN CASTRO César, *"Delitos sexuales en agravio de menores (aspectos materiales y procesales)"*, en DERECHO PUCP, Revista de la Facultad de Derecho, N° 60, 2007, p. 208. Este *"Derecho penal sexual"* se encuentra regulado en los capítulos IX (Violación de la libertad sexual), X (Proxenetismo) y XI (Ofensas al pudor público) del Título IV (Delitos contra la libertad) del Código Penal.

una pareja de enamorados o convivientes, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años; en cambio, si se trata de una relación fruto de una retribución económica la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años, es decir, sustancialmente menor. Por lo demás, si son actos contra el pudor, no existe sanción alguna. En consecuencia, no resulta legítimo que para enfrentar este tipo de conductas el Derecho Penal otorgue diferentes valoraciones al “*consentimiento*” de un menor. En rigor, este tipo de medidas introducen una distorsión valorativa irrespetuosa del principio de igualdad.

- 71.** Un aspecto adicional, que ratifica la afectación del principio de igualdad, se presenta cuando la norma cuestionada equipara el inicio de la actividad sexual voluntaria con el inicio de la imputabilidad penal, en ambos casos a los dieciocho años. Es decir, a supuestos distintos les aplica el mismo criterio. Como lo ha desarrollado constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional: “*El principio de igualdad proscrib[e] la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión*”.¹⁰⁹ El solo criterio de la edad –dieciocho años– no constituye un indicador válido que justifique este tratamiento igualitario a dos supuestos claramente distintos.
- 72.** En efecto, la minoría de edad constituye una “*causa de exclusión de la imputabilidad*” del autor o partícipe. Así lo establece el artículo 20.2 del CP al señalar que se encuentra exento de responsabilidad penal: “*el menor de dieciocho años*”. De esta manera, nuestro ordenamiento penal asume que tales personas no “*reúnen las condiciones para que se les –atribuya– el carácter de culpables*”.¹¹⁰ Es decir, alcanzar los dieciocho años marca el inicio para poder asumir la responsabilidad penal. Se trata de una “*presunción legal, jure et de*

¹⁰⁹ STC N° 0019-2005-AI/TC, 21 de julio de 2005, F.J. 25.

¹¹⁰ BERDUGO Ignacio y otros autores, Ob. Cit., p.216.

jure, según la cual los mayores de 18 años son, de manera normal, capaces de actuar culpablemente.”¹¹¹ Como señala la doctrina:

“La nueva fundamentación de la inimputabilidad y, en concreto, de la minoría de edad, ha llevado a considerar como más adecuado, político-criminalmente, establecer un límite fijo en lugar de acudir a criterios de valoración sobre la capacidad natural de discernir que poseía el autor, o partícipe, en el momento de cometer los hechos, por considerarse que lo relevante no es que el menor tuviera o no discernimiento sino que hasta una determinada edad no debe ser tratado como los mayores.”¹¹²

- 73.** En cambio, la edad de inicio de las relaciones sexuales de la “presunta víctima” no guarda ninguna relación con la edad para asumir responsabilidad penal en calidad de “autor o partícipe”. Como bien señala la doctrina:

“La exactitud con que se establece la minoría de edad penal del autor, o partícipe, en un delito, respecto a la posibilidad de exigir responsabilidad penal, contrasta con la indeterminación de la minoría de edad de una persona en cuanto víctima del delito, en los supuestos en los que la menor edad de la víctima, o del titular de los derechos afectados, condiciona la existencia del delito o la gravedad de éste”¹¹³.

¹¹¹ SAN MARTÍN César, Ob. Cit., p. 212.

¹¹² CORCOY BIDASOLO Mirentxu, “El menor en conflicto social. Ley 1/1995, de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor. LO 5/200, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, Materiales de enseñanza del Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales, edición anual 2006 - 2007. Universidad de Barcelona - Universidad Pompeu Fabra, 2.

¹¹³ CORCOY BIDASOLO Mirentxu, Ob. Cit., p. 2.

En efecto, tratándose de la presunta víctima a la que alude la norma cuestionada –el adolescente de 14 y menor de 18 años–, estamos ante el ejercicio libre de un derecho que guarda relación con la esencia y dignidad del ser humano, como es ejercer su sexualidad. Como bien lo sostiene César San Martín:

“Ahora bien, desde un punto de vista psicológico y social, antropológico incluso, no hay base empírica para sostener que un adolescente entre 14 y 18 años carece de capacidad física y psíquica suficiente para valorar adecuadamente una conducta sexual (...).¹¹⁴”

En consecuencia, carece de una justificación objetiva y razonable equiparar supuestos distintos, es decir, la edad en la que un adolescente de 14 y menor de 18 años –supuesta “víctima”– puede contar con capacidad para valorar su conducta sexual y la edad de 18 años a partir de la que el autor o partícipe en un delito asume plenamente su responsabilidad penal.

- 74.** Por lo demás, el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal es una excepción a la tendencia predominante en la experiencia comparada que distingue el inicio de la actividad sexual voluntaria de la imputabilidad penal. Así por ejemplo:

“En la legislación penal comparada de manera general y unánime se distingue el inicio del ejercicio de la libertad sexual del comienzo de la responsabilidad penal o lo que es lo mismo de la imputabilidad penal. En todos los casos se reconoce que la posibilidad de ejercer la libertad sexual siempre precede y es anterior al inicio de la imputabilidad penal. (...). Lamentablemente, esta situación ha cambiado luego de la expedición de la Ley N° 28704.

¹¹⁴ SAN MARTÍN César, Ob. Cit., p. 215.

(...) Así, por ejemplo, en la legislación penal española (artículo 181 inciso 2 del CP), venezolana (artículo 375 del CP), mejicana (artículo 261 del CP), chilena (artículo 361 y 363 del CP), costarricense (artículo 156 del CP), cubana (artículo 298 del CP), hondureña (artículo 140 del CP) el límite mínimo es los doce años.

En la legislación penal argentina (artículo 119 del CP) sólo se protege la libertad sexual de modo absoluto hasta los trece años.

El tope de catorce sólo es compartido por legislaciones como la alemana (artículo 176 del CP), la brasileña (artículo 217 del CP), colombiana (artículo 208 del CP), ecuatoriana (artículo 512 del CP) y portuguesa (artículo 172 del CP).

Ninguna legislación del Derecho Comparado estima un tope tan alto que va hasta los 18 años. Sólo el Perú es la solitaria excepción”¹¹⁵.

- 75.** Finalmente, el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal – reiteramos- no toma en cuenta la realidad social en la cual se aplica. En efecto, según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2010, *“la población del país es relativamente joven: 30.2 por ciento tiene menos de 15 años, el 61.8 por ciento se encuentra entre los 15 y 64 años y un 8 por ciento cuenta con 65 o más años de edad”*. Precisamente, en el grupo de edad comprendido entre los 15 y 19 años se encuentra el 9.8 por ciento de la población. Además, *el 45.2 por ciento de la población es menor de 15 años en el área rural en comparación con apenas el 28 por ciento en el área urbana*.¹¹⁶ En este contexto las estadísticas nos muestran que el

¹¹⁵ CASTILLO ALVA José Luis, “La muerte de la sexualidad en los adolescentes. La Ley N° 28704 y la irresponsabilidad del legislador”, en Actualidad Jurídica, Lima: Gaceta Jurídica, N° 149, abril de 2006, p.16.

¹¹⁶ PERÚ ENCUESTA DEMOGRÁFICA Y DE SALUD FAMILIAR – ENDES 2010, INFORME PRINCIPAL, Lima: Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, mayo de 2007, p. 37-53, en <http://proyectos.inei.gob.pe/endes/endes2010/resultados/index.html>

13.5% de las adolescentes son madres o están embarazadas.¹¹⁷ Del total de mujeres entre los 15 y 19 años, el 40.0% tuvo su primera relación sexual antes de los 18 años y el 7.4% antes de los 15.¹¹⁸ De esta manera, la norma objeto de análisis aplica un mismo parámetro –tener 18 años para ejercer la actividad sexual sin que intervenga el Derecho penal- sin tomar en cuenta lo que sucede en la realidad de nuestro país que demuestra que la vida sexual se inicia antes de los 18 años.

76. EN CONCLUSIÓN, por las razones antes expuestas, consideramos que el inciso 3) del artículo 173º del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, vulnera los derechos fundamentales de los y las adolescentes a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la igualdad. Asimismo, dicha norma conlleva la afectación de sus derechos sexuales y reproductivos, así como a la vida y a su salud, vulnerando, además, el principio de proporcionalidad. Por ello, reiteramos nuestra opinión en el sentido que sería recomendable que el Congreso de la República modifique la citada disposición o que, en su momento, el Tribunal Constitucional la declare inconstitucional¹¹⁹.

¹¹⁷ PERÚ ENCUESTA DEMOGRÁFICA Y DE SALUD FAMILIAR – ENDES 2010, INFORME PRINCIPAL, Ob. Cit., p. 90 – 125, en <http://proyectos.inei.gob.pe/endes/endes2010/resultados/index.html>

¹¹⁸ PERÚ ENCUESTA DEMOGRÁFICA Y DE SALUD FAMILIAR – ENDES 2010, INFORME PRINCIPAL, Ob. Cit., p. 90-125. En <http://proyectos.inei.gob.pe/endes/endes2010/resultados/index.html>

¹¹⁹ Como indicamos, es lamentable que el Tribunal Constitucional (RTC N° 018-2011-PI) haya declarado improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio Médico del Perú contra el artículo 1º de la Ley N° 28704, que modificó el numeral 3 del artículo 173º del Código Penal. Dicha resolución, reiteramos, no toma en cuenta que según los Estatutos del referido Colegio Profesional uno de sus fines es contribuir a la defensa de la vida y la salud (Artículo 6.4). Precisamente, la norma cuestionada afecta tales derechos fundamentales.

PROMSEX

Centro de Promoción y Defensa de los
Derechos Sexuales y Reproductivos

www.promsex.org

 **Manuela Ramos**
Una apuesta por la equidad

www.manuela.org.pe

 **Anesvad**



Fondo de Población
de las Naciones Unidas