

LA DELGADA LÍNEA ENTRE LA INDEMNIDAD Y LIBERTAD SEXUAL

Abg. Angel Daniel Ortiz Ayosa*

El artículo 173 de la norma penal sustantiva tipifica, como ya es conocido, el delito de violación sexual de menor de edad, mediante el cual se sanciona a cadena perpetua a aquel sujeto que tuvo acceso carnal –consentido o no- u otro acto análogo con un(a) menor de catorce años. Dicho de otro modo, el tipo penal recoge el supuesto de condenar “de por vida”, a una determinada persona, dentro del centro penitenciario.

Pero ¿qué pasaría si la/el menor supera los trece años de edad y prestó su consentimiento? ¿Se estaría afectando su indemnidad sexual o estaríamos en la esfera de la libertad sexual? ¿Estaría en la capacidad de decidir?

Es más, ¿sería la indemnidad sexual el bien jurídico protegido en realidad?

En opinión de mi maestro LAVIANA GONZÁLEZ, tal bien jurídico protegido estaría errado, pues la indemnidad sexual solamente es el ropaje que blindo a un menor de edad ante la toma de una decisión equivocada por inmadurez; pero el verdadero bien jurídico a proteger sería, de manera resumida, el despertar a la madurez sexual sin interferencias de terceros de los menores; es decir, cuando el menor, en razón a su edad mental y no física, esté preparado para decidir en este aspecto interno de su vida.

Es importante aclarar que, dogmáticamente ha quedado prescrito que solo las personas de catorce años gozan de libertad sexual, es decir, de capacidad de consentir una relación sexual o acto análogo. A contrario sensu, un menor de catorce años no cuenta con capacidad suficiente para decidir sobre su autorrealización sexual, en consecuencia, su consentimiento para la consumación de una relación sexual resultaba irrelevante. Gozan de indemnidad sexual... hasta ahora.

Al respecto, en un caso individual, la CORTE SUPREMA inobservó el principio *lex stricta* resolviendo en contraposición a lo tipificado en la norma penal *ut supra*. Es así que mediante el Recurso de Nulidad 2217-2019-Junín manifestó que:

Noveno. Se aprecia que el acusado sostuvo relaciones sexuales con la agraviada cuando esta tenía trece años, diez meses y veinte días, dentro una convivencia formada en forma libre dentro de su comunidad.

Decimo. Por tal razón, en un primer análisis de lo actuado, carecería de relevancia el presunto consentimiento brindado por la agraviada al mantener relaciones sexuales con el acusado.

*Abogado del área penal de Alagon Piura Abogados. Maestrante con mención en Derecho penal y procesal penal en la Universidad Nacional de Piura. Ponente en eventos jurídicos nacionales. Escritor de diversos artículos jurídicos. Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de Chimote.

Undécimo. No obstante lo antes referido, si bien es cierto que con el delito materia de juzgamiento se busca proteger la intangibilidad sexual de la víctima y no su libertad sexual (pues el Estado y nuestra normatividad considera que la agraviada aún no cuenta con el suficiente discernimiento para autodeterminarse sexualmente), tampoco resultaría apropiado dejar de lado las declaraciones explicativas efectuadas por la propia menor y su entorno (siempre que no se adviertan que estas fueron hechas bajo presión del acusado), asociado al hecho de haber formado una convivencia con el acusado con la autorización de sus padres y, en ese contexto, haber mantenido relaciones.

Decimocuarto. Por lo tanto, se debe tomar en cuenta la situación real en su contexto integral, conforme a lo señalado por la menor agraviada.

Asimismo, resulta un hecho inobjetable reconocido por las partes que desde el inicio de los sucesos hasta la actualidad ambos conformaron un hogar convivencial, habiendo procreado a una hija, llegando a formar una familia, situación que se debe analizar por los efectos de una sanción penal a imponerse, sin tener en cuenta el interés superior del niño que prevalece su formación y garantiza su subsistencia y desarrollo, frente al criterio de sancionar e imponer una pena privativa de libertad, que no solo afectaría al acusado, sino además la convivencia formada de manera libre dentro de los cánones de su comunidad, la que afectaría las posibilidades de subsistencia de la agraviada y de su criatura, aunado a que el encausado es el único soporte económico de subsistencia de la familia constituida.

Decimoquinto. En estas circunstancias, desde un aspecto social y familiar que protege y garantiza la familia como célula de toda comunidad, tiene que realizarse una apreciación contemplativa de las pruebas frente a la aplicación del ius puniendi del Estado, esto, no puede ser contraria a la realidad social, tampoco de aplicación automática sin tomar en cuenta las características propias de cada caso, así como en el caso de autos, debido a la inmediata cercanía de edad de la agraviada al cumplir los catorce años de edad, mas en autos no se ha evidenciado una real afectación al bien jurídico tutelado que exige la norma por el delito materia de juzgamiento, no podemos concluir la real vulneración del principio de lesividad, por lo que resultó adecuado lo resuelto por la Sala de mérito de eximir al imputado de las consecuencias penales.

Asimismo, en otro caso conocido por la CORTE SUPREMA, ésta literalmente manifestó que existe una línea sumamente delgada entre la indemnidad y la libertad sexual cuando la edad real de la supuesta víctima es aproximada a los catorce años. Es así que mediante el Recurso de Nulidad 1474-2019-Áncash indicó que:

3.16. Finalmente, se advierte que la menor nació el primero de agosto de mil novecientos noventa y siete a las 2:30 horas. Según los términos de la

imputación fiscal, el acto sexual acaeció un día antes después de las 18:00 horas, es decir, la menor mantuvo relaciones sexuales ocho horas antes de cumplir los catorce años.

3.17. Esta diferencia horaria supone un caso límite que el impugnante reconoce al señalar –folio 435– que “[...] existe una línea sumamente delgada entre la indemnidad sexual y la libertad sexual; y siendo que la proximidad a la edad de catorce años de la víctima es menor a doce horas, no se estaría hablando de indemnidad sexual [...] sino de su libertad sexual”.

3.18. De ello se advierte que fue el impugnante quien reconoció que el bien jurídico vulnerado fue el de la libertad sexual –lo que supuso que el consentimiento de la menor es relevante a efectos de emitir una sentencia absolutoria–. Por ello, al haberse desestimado la violencia en la conducta del absuelto y, a su vez, acreditarse la inverosimilitud en el relato de la menor, la sentencia impugnada debe confirmarse.

En consecuencia, ¿resultaría excesivo que un sujeto que mantuvo relaciones con una persona de 13 años sea condenado a cadena perpetua?

Personalmente, creo que sí. Puesto que, entre los trece y catorce años de edad existe una delgadísima línea que divide la indemnidad sexual de la libertad sexual. En consecuencia, una persona menor de edad de trece años tiene la capacidad de decisión y ello va en razón a su madurez sexual, misma que debería determinarse con una pericial. Y de concurrir consentimiento, no se arribaría a la verificación de la existencia de un real daño ocasionado a la menor.

Nuevamente, el maestro LAVIANA GONZÁLEZ tuvo razón en su apreciación. La CORTE SUPREMA va cambiando el contenido del bien jurídico protegido de la menor en razón al principio de lesividad, pero lesividad en el aspecto físico o psicológico del menor (trastorno) y no en el aspecto abstracto (indemnidad o intangibilidad sexual). En breve, está claro que veremos la modificación jurisprudencial en este aspecto, sin duda.

Y es lógico, pues la mente no avanza en las personas de una manera idéntica, sino que cada caso debe valorarse de manera individualizada.

En conclusión, ¿Qué pasaría si la o el menor tiene trece para catorce años y dio su consentimiento? Nada, puesto que el consentimiento si sería relevante al momento de consumar la relación sexual o análoga.

¿Se estaría afectando su indemnidad sexual o estaríamos en la esfera de la libertad sexual? No, puesto que, por ser una edad aproximada a los catorce años, la menor ya contaría con capacidad de discernimiento para decidir con quién y cuándo podría tener una relación sexual o acto análogo. Obviamente, con capacidad para discernir, tendría capacidad para decidir.