



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00008-2012-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 12 de diciembre de 2012

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el Congreso de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N.° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad.

Magistrados firmantes:

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

SUMARIO

I. ASUNTO

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

III. ANTECEDENTES

- §1. Argumentos de la demanda
- §2. Argumentos de la contestación de la demanda
- §3. Argumentos del *amicus curiae* Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNPFA) y Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)
- §4. Informe de la Defensoría del Pueblo (Informe de Adjuntía N.º 020-2012-ANA/DP)
- §5. Escrito presentado por Women's Link Worldwide

IV. FUNDAMENTOS

- §1. Delimitación del petitorio
- §2. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal en cuanto protege la *indemnidad sexual* de los menores de 14 años y menos de 18 y hace irrelevante su consentimiento
 - Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental
 - Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental
 - Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada
 - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?
 - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?
 - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?
- §3. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal que cambia el contenido normativo establecido por el legislador penal y límites de la jurisdicción en la interpretación de la ley penal
 - 3.1. Discrecionalidad judicial limitada por la Constitución y en especial por el principio de legalidad penal
 - 3.2. Opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de edad entre 14 años a menos de 18. ¿Decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva?



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

3.3. La opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18 ¿Es conforme con la Constitución?

§4. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto de los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad

- Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental
- Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental

§5. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto del derecho a la igualdad

§6. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

V. FALLO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de diciembre de 2012, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se agregan

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1º de la Ley N.º 28704 que modifica el artículo 173º, inciso 3º, del Código Penal, publicado con fecha 5 de abril de 2006 en el diario oficial *El Peruano*.

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

El artículo 1º de la Ley N.º 28704 establece lo siguiente:

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

(...)

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

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

(...)

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

(...)

III. ANTECEDENTES

§1. Argumentos de la demanda

Con fecha 3 de abril de 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la ley 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, de acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como la interdicción de la arbitrariedad en materia penal (*última ratio* en la aplicación del derecho penal) y la protección preferente del interés superior de los niños y los adolescentes.

En general, solicitan que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la citada disposición y que por consiguiente, deje sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18 años, pues dicha penalización atenta contra:

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

ii) El derecho de *no ser privado de información* que permita el ejercicio responsable y saludable de la sexualidad y reproducción de los adolescentes (maternidad y paternidad responsable).

iii) El *derecho a la salud* (sexual y reproductiva), así como los derechos de *intimidad y vida privada* de los adolescentes, pues al penalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a establecimientos de salud para solicitar información sobre enfermedades de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como la atención oportuna en caso de gestación temprana y de infecciones por contagio sexual, lo que, según refieren, no sólo genera la inconstitucionalidad en abstracto, sino sobre la "norma inconstitucional viva" (sic), y además, la inconstitucionalidad normativa se ve confirmada con el análisis objetivo de su aplicación, lo que podría implicar incluso que se establezca un "estado de cosas inconstitucional".

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

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

vi) Finalmente, alegan que se contraviene el principio de lesividad, de proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del derecho penal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

§2. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 12 de junio de 2012 don Jorge Campana Ríos, debidamente apersonado como apoderado del Congreso de la República, contesta la demanda solicitando que se la declare INFUNDADA sosteniendo que no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, tampoco directa o indirectamente.

Asimismo, solicita que se tenga en consideración que la parte demandante admite que existe al menos una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme con la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio* e *indubio pro legislatore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional.

Señala además que la solicitud de expulsión del ordenamiento de la disposición penal impugnada no es congruente con lo señalado en uno de los extremos de la demanda. En efecto la parte demandante señala, expresamente, que “*es constitucionalmente legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, más aún si se tratan de adolescentes*” (p.9), lo cual significa que existe una especial preocupación para que se sancione con más severidad las violaciones sexuales contra adolescentes, y que si se expulsa la disposición penal impugnada del ordenamiento, lo que va a ocurrir es que para tales casos se tendrá que aplicar los tipos penales establecidos para la violación sexual de mayores, los cuales contemplan sanciones menos severas.

§3. Argumentos de los *amicus curiae* Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNPFA) y Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)

En su escrito de fecha 4 de julio de 2012, dichas instituciones apoyan la inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N.º 28704, en el extremo que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal pues estiman que vulnera los derechos a la libertad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, igualdad y los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes (sic).

Refieren además que la norma cuestionada tipifica como delito de violación las relaciones sexuales libres y voluntarias (sin coacción o engaño) en las que participe una persona mayor de 14 y menor de 18 años. De este modo –sostienen– se estableció el límite de la indemnidad sexual en los 18 años, es decir, “la norma considera a los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

adolescentes entre los 14 y 18 años como incapaces de comprender el acto sexual y disponer de su realización, por lo que su consentimiento carece de valor.”

Asimismo, mencionan que una de las consecuencias de la norma impugnada es que, “por ejemplo, cuando una menor de edad sale embarazada acude a una posta médica, hospital o clínica para atenderse de cualquier problema, el médico debe denunciar el hecho a las autoridades, motivando que la pareja de la menor – independientemente de su edad o su relación afectiva con ella– sea denunciado y detenido. De esta manera, la norma cuestionada tiene como efecto inhibir a los y las adolescentes de acudir a los establecimientos de salud para solicitar información, prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual, métodos anticonceptivos y planificación familiar”.

§4. Argumentos de la Defensoría del Pueblo (Informe de Adjuntía N.º 020-2012-ANA/DP)

En el informe presentado con fecha 11 de julio de 2012, la Defensoría del Pueblo opina que el inciso 3) del artículo 173º del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, es inconstitucional por las siguientes razones: *a)* desconoce a los y las adolescentes como sujetos de derecho, contraviniendo la Constitución y la Convención sobre los derechos del niño; *b)* vulnera el derecho a la salud sexual y reproductiva, porque constituye una barrera para que los y las adolescentes puedan acceder a tratamientos destinados a evitar el embarazo adolescente y prevenir infecciones de transmisión sexual (ITS); *c)* vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues impide que los y las adolescentes puedan ejercer su sexualidad ignorando que ésta es un componente integral de la salud de todo ser humano; y, *d)* vulnera el derecho a la intimidad de los y las adolescentes porque implica una intromisión en el ámbito de su privacidad.

§5. Escrito presentado por Women's Link Worldwide

Con fecha 9 de agosto de 2012, la organización no gubernamental sin ánimo de lucro Women's Link Worldwide presenta un escrito en el que apoya la demanda de inconstitucionalidad de autos y expone argumentos que, según refiere, desde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado, coadyuvarán en el análisis del caso.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare inconstitucional el artículo 1º de la Ley N.º 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, en la medida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

en que modifica los delitos de violación sexual de menor, estableciendo lo siguiente *“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. Los demandantes alegan que dicha disposición penal vulnera los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a no ser privado de información, a la salud (sexual y reproductiva), a la igualdad y a no ser discriminado, y el principio de interés superior del niño y el adolescente, en la medida en que se sanciona a los adolescentes de 14 a 18 años que tienen relaciones sexuales pese al consentimiento de estos. Finalmente, alegan que la aludida disposición también contraviene el principio de lesividad, proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del derecho penal.
3. Atendiendo a la materia controvertida en el presente caso, es necesario precisar que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido que en todo precepto legal se puede distinguir entre *disposición* y *norma*. La *disposición* es “el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal”, mientras que la *norma* es “el contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella” [Cfr. Expediente N.º 00010-2002-AI/TC FJ 34].
4. Tomando en consideración los argumentos expresados por las partes, se desprende que son dos los sentidos interpretativos que se le puede atribuir a una misma disposición como es el citado artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704: el primero, que refleja la voluntad del legislador penal y al que se refieren los demandantes, que denominaremos *sentido interpretativo 1* (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), considera que dicha disposición penal es incompatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la *indemnidad sexual* de los menores de edad entre 14 años a menos de 18, asume que no están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que por ello su consentimiento es irrelevante.

El segundo sentido interpretativo, propuesto por el demandado, recogiendo acuerdos plenarios de la jurisdicción penal, que denominaremos *sentido interpretativo 2* (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*), considera que dicha disposición es compatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la *libertad sexual* de los menores de 14 a 18 años de edad, asume que están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, el consentimiento de dichos menores es relevante, siendo de aplicación el artículo 20º, inciso 10), del Código Penal, que exime de responsabilidad penal a quien actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

5. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que su labor de control en el presente caso debe realizarse mediante el siguiente *iter*: i) verificar si el sentido interpretativo 1 de la disposición penal impugnada es compatible o no con la Norma Fundamental. De considerarse compatible, la demanda deberá ser desestimada; ii) si se considera incompatible el sentido interpretativo 1, antes de declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición y expulsarla del ordenamiento jurídico, deberá analizarse el sentido interpretativo 2 de la misma disposición penal, tal como lo exige la Segunda Disposición Final de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, a efectos de verificar si éste resulta conforme con la Constitución y la salva de su declaratoria de inconstitucional; y, iii) si el mencionado sentido interpretativo 2 no resulta conforme con la Norma Fundamental, entonces deberá declararse la inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

§2. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal en cuanto protege la *indemnidad sexual* de los menores de 14 años y menos de 18, y hace irrelevante su consentimiento

6. Corresponde examinar el *sentido interpretativo 1*, el que, como se ha mencionado, refleja la intención del legislador penal. Conforme a dicha interpretación (*si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, es inconstitucional por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que al buscar proteger la *indemnidad sexual* de los menores de 14 a 18 años de edad, asume que estos, en ningún caso, están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, su consentimiento es irrelevante.

El análisis de la disposición penal cuestionada en el sentido interpretativo antes expuesto se hará conforme al examen escalonado de control de restricciones a los derechos fundamentales.

Argumentos de los demandantes

7. Alegan que cuando el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, establece, en el caso de los delitos de violación sexual de menores, que si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años, está vulnerando el derecho de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad.
8. Asimismo, refieren que los derechos sexuales, en tanto manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, implican el derecho de las personas a decidir de manera libre sobre su sexualidad independientemente de la edad (sic), condición



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

social, raza y religión, y además, que “la regulación penal como está configurada ahora sólo refleja el desfase del legislador, que no entiende al adolescente como sujeto de derechos, obviando que ellos se relacionan también en el ámbito sexual, lo cual no tiene un solo aspecto físico, sino también psicológico cuando se trata de relaciones amorosas”.

9. Finalmente, manifiestan que la cuestionada disposición penal no supera el principio de proporcionalidad, lo que termina por acreditar la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto a la idoneidad, refieren que “la finalidad de penalizar las relaciones sexuales con adolescentes es salvaguardar su indemnidad sexual, es decir, garantizar que su libertad sexual no sea violentada y padezcan agresiones sexuales, lo cual puede ser especialmente grave y sensible con respecto a niños y adolescentes”. Así, “si bien se trata de proteger un bien de relevancia constitucional, la sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello”.

En cuanto a la necesidad, pese a afirmar que no sería necesario continuar con este examen, refieren que una forma correcta de proteger la indemnidad sexual sería penalizar las relaciones no consentidas, incluso con penas gravísimas, pero que en ningún caso debe incidirse innecesariamente en el ejercicio libre de la sexualidad.

En cuanto a la proporcionalidad en estricto, la disposición impugnada es una medida excesiva si se tiene en cuenta que la afectación del derecho a la libertad sexual es gravísima y que la optimización de la indemnidad sexual es nula dado que se trata de relaciones sexuales consentidas.

Argumentos del demandado

10. Afirma que un sujeto sólo podría ser sancionado por la comisión del delito previsto en el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal si se superan tres exámenes: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Respecto de la tipicidad objetiva en la que se verifica los requisitos como sujetos, conducta y objeto material, refiere que en la disposición impugnada el sujeto activo debe ser una persona mayor de edad, lo que excluye a los menores entre 14 y 18 años de edad.
11. Sostiene además que “la disposición penal impugnada no resulta aplicable a los adolescentes, por lo que no se puede sostener que se atenta contra su *facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones*”. Por tanto, no es posible sostener que la disposición penal impugnada vulnera el derecho al libre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

desarrollo de la personalidad de los menores de edad que tienen entre 14 y 18 años de edad, en lo que se refiere al ámbito de las relaciones sexuales.

12. En cuanto a la afectación del principio de proporcionalidad, manifiesta específicamente en cuanto a la idoneidad de la medida, que la parte demandante parece confundir la indemnidad o intangibilidad sexual con la libertad sexual como fin constitucionalmente legítimo. Asimismo, refiere que “si el fin constitucionalmente legítimo es proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, no se puede afirmar, tal como lo hace la parte demandante, que la “sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello”. Así pues, menciona: “la medida cuestionada es idónea para proteger tal fin al establecer como tipo penal el tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad que tiene entre 14 años y menos de 18”, por lo que la medida analizada supera el subprincipio de idoneidad.
13. Respecto del examen de necesidad de la disposición penal cuestionada, menciona que en la demanda no se plantea una medida alternativa que, a la vez, sea: 1) idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y, 2) más benigna con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad. Por tanto, la medida cuestionada supera el subprincipio de necesidad.
14. Respecto del principio de proporcionalidad en estricto, refiere que si se compara el grado de realización de la protección de la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y el grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad en el ámbito de su sexualidad, se puede concluir que la medida impugnada resulta proporcional en sentido estricto y que, por ende, supera el test de proporcionalidad.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

15. El Tribunal debe juzgar si la disposición penal cuestionada constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Tal control de constitucionalidad presupone un análisis del caso a partir de un examen escalonado compuesto de tres fases [Exp. N.º 00665-2007-PA/TC FJ 5]. Estas fases son las siguientes: i) determinar el ámbito normativo del derecho fundamental; ii) identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental; y iii) verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

➤ *Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental*

16. Se trata, en esta primera fase, de que el Tribunal indague sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el derecho. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho, quién es el sujeto activo o titular del derecho; y quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados.
17. En el presente caso, en cuanto a las *posiciones iusfundamentales* protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe mencionar que tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional [Exp. N.º 02868-2004-AA/TC FJ 14], dicho derecho, reconocido en el artículo 2º, inciso 1), de la Constitución, “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (...) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”.
18. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.
19. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.
20. Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional “las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad [Exp. N.º 03901-2007-PA/TC, FJ 13 y Exp. N.º 01575-2007-PHC/TC FJ 13].
21. En general, la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad. Tiene como contenido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

constitucional, una *dimensión negativa* vinculada con la exigencia dirigida hacia al Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, así como una *dimensión positiva* conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, de decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar acto sexual.

22. En cuanto a la *titularidad del derecho* a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, queda claro que son titulares todos los mayores de 18 años de edad. En lo que al caso importa, el Tribunal Constitucional estima que, conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, *prima facie*, los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares de dicho derecho. Las razones que justifican tal consideración son las siguientes:

- i) La Convención sobre los Derechos del niño, aprobada mediante Resolución Legislativa N.º 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, establece lo siguiente: “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”, y artículo 6º: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, y “2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El artículo 5º de dicha convención prevé que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” [resaltado agregado], lo que, en términos de la Defensoría del Pueblo, en el informe adjuntado en autos, se encuentra vinculado fundamentalmente al *principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, el mismo que “ocupa un lugar central en la búsqueda del equilibrio entre el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como protagonistas activos de su propia vida, y la necesidad de recibir protección en correspondencia con su situación de vulnerabilidad, en la medida que las personas menores de edad, especialmente los y las adolescentes, siguen siendo vulnerables frente a diversas situaciones perjudiciales, entre ellos el abuso sexual”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos" [Caso Atala Rizzo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 199].

- ii) Los artículos I y II del Título Preliminar del Código de los niños y adolescentes prevén, respectivamente, que "se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad" y "el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica (...)".
- iii) La capacidad de los adolescentes entre 14 años y menos de 18 para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra acreditada, en general, por determinadas disposiciones legales en materia civil y penal, tal como lo resalta de manera acertada la jurisdicción penal en el Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116:

7. (...) corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44º [Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad]; 46º [La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos. 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos]; y 241º [No pueden contraer matrimonio: 1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse]; que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal (...).

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, (...). Así, el artículo 175º del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor (...).

El análisis sistemático de estas dos últimas normas [175° y 176-A del Código Penal] permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos (...).

- iv) En el “Estudio Diagnóstico en Adolescentes en el Perú”, elaborado por la Universidad Peruana Cayetano Heredia (2005), con una población de 2181 adolescentes de 15 a 19 años, de Lima Metropolitana, Huancayo e Iquitos, ciudades que, según se refiere, son “representativas de los tres ámbitos socio cultural y ecológico de nuestro país”, se sostuvo lo siguiente: “La edad de inicio de relaciones sexuales reportada en el grupo de 15 a 19 años varía por ciudades, encontrándose las edades más tempranas en Iquitos. En este grupo etario alrededor del 20% de las mujeres y 40% de los varones reportan ya haber tenido relaciones sexuales” (p.30) [resaltado agregado].
- v) En la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) 2011, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se estableció, en cuanto a las *características de la población*, y específicamente a las “*Mujeres en edad fértil*”, que “Las mujeres en edad fértil, de 15 a 49 años de edad, representaron el 25,3 por ciento de la población total del país y el 49,7 por ciento de la población femenina del país” [resaltado agregado].
- vi) En el “Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021”, elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-2012-MIMP, se establece en el punto 2.4, denominado “la adolescencia de 12 a 17 años de edad”, que “de acuerdo a los resultados de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar –ENDES 2010, el 13,5% de las adolescentes de 15 a 19 años de edad tenían al menos una hija o hijo o estaban embarazadas de su primera hija o primer hijo” [resaltado agregado].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

De lo expuesto, si bien se puede concluir que *prima facie*, los menores de edad entre 14 años y menos de 18, en tanto titulares del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (en el ámbito de la libertad sexual) pueden ejercerlo, también se debe concluir a su vez dos asuntos de la mayor importancia: i) que conforme al *principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, debe reconocerse que tales adolescentes irán desarrollando, *progresivamente*, el nivel psicofísico óptimo de ejercicio del mencionado derecho fundamental, para lo cual es indispensable la educación que sobre el particular puedan brindar los padres, el Estado y la sociedad en general; y, ii) que poseer dicha libertad sexual implica también conocer las consecuencias que puede originar su ejercicio, tal como se destaca en el mencionado “Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021”, según el cual “existe consenso en que el embarazo en edad temprana es un evento que afecta la salud física, mental y social de la futura madre, así como del recién nacido. Para las adolescentes madres o embarazadas pobres, la maternidad viene acompañada de una serie de situaciones adversas que empeoran su condición. Estas madres a menudo sufren carencias y tensiones; además, su ambiente familiar se caracteriza frecuentemente por graves problemas económicos y sociales, pobreza, desempleo, subempleo, informalidad, alcoholismo, prostitución, bajos niveles de escolaridad o carencia de ella, violencia, entre otros”.

23. En cuanto a quiénes son los sujetos pasivos u obligados por el derecho a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, uno de los principales obligados es definitivamente el Estado, que tiene el deber de no intervenir desproporcionadamente en este derecho.

➤ *Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental*

24. Consiste en verificar si los actos que se representan como lesivos suponen una intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental. De una intervención en el ámbito normativo de un derecho fundamental se habla cuando el acto reclamado supone una injerencia en las potestades *prima facie* garantizadas por el derecho. La relevancia de esta fase del análisis radica en lo siguiente: (i) si el Tribunal constata que el acto (o los actos) cuestionado(s) no constituye(n) una injerencia en el ámbito del derecho *prima facie* protegido, el análisis concluye que no se trata de una controversia que atañe al contenido constitucionalmente protegido del derecho en cuestión; y, (ii) si el Tribunal constata que se ha producido una intervención en el ámbito normativo *prima facie* garantizado por el derecho, se pasa a la tercera fase.

25. En el presente caso, el cuestionado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, sanciona a todo aquel que tenga relaciones sexuales con menores de 14 años de edad a menos de 18, independientemente de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

que se manifieste consentimiento en dichas relaciones. Teniendo en cuenta el mencionado contenido prohibitivo, respecto de dichos menores de edad, es evidente que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por su libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues al hacer irrelevante el consentimiento de los menores que tengan entre 14 años y menos de 18, interviene y limita la libertad de autodeterminación de estos en el ámbito de su sexualidad. Si esta intervención, restricción o limitación es legítima o justificada es un asunto que se verificará en la siguiente fase.

➤ *Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada*

26. Consiste en determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material. Dado que los derechos fundamentales, por regla general, no tienen la condición de derechos absolutos, una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho no puede considerarse como sinónimo de violación del mismo.

Tal situación jurídico-constitucional sólo se producirá si, en relación con el específico derecho fundamental de que se trate, el Tribunal observa que no se han respetado las diversas exigencias que la Constitución establece como criterios de justificación para su intervención (v.g. principio de legalidad o reserva de ley; reserva de jurisdicción; irretroactividad de la ley; principio de proporcionalidad, etc.).

En cuanto a dichos criterios de justificación en el ámbito penal, Palazzo sostiene que “en cierto sentido, la política criminal se ve afectada por un proceso de constitucionalización, especialmente evidente cuando se va más allá de la definición de los principios constitucionales en materia penal y la aclaración minuciosa de los posibles contenidos en ellos implícitos (legalidad, determinación de la ley penal, culpabilidad, reeducación), hasta arribar a la formulación de verdaderos y propios criterios constitucionales de ejercicio de la discrecionalidad legislativa (criterio de proporcionalidad y ponderación de los intereses penalmente en juego, criterio de *última ratio* de la tutela penal, etc.)” [PALAZZO, Francesco, “Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)”. En: *Rivista de Diritto Costituzionale*, 1999, Giappichelli Editore, pp. 167-181].

27. En el presente caso, en cuanto a la verificación sobre si la restricción identificada cumple con la reserva de ley, cabe mencionar que dicho requisito es cumplido en la medida en que la restricción se encuentra contenida en la Ley N.º 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

28. Seguidamente corresponde examinar si la prohibición establecida por la disposición penal impugnada puede considerarse como una intervención válida o justificada constitucionalmente. Para tal efecto se utilizará el principio de proporcionalidad penal, el mismo que, siguiendo a Hassemer, se constituye en un principio central en un Derecho de la intervención como es el derecho penal, exigiendo que las intervenciones en este ámbito deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso [Hassemer, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, N° 1, 1997, p.39].

29. Si la intervención o limitación que contiene la disposición penal impugnada supera este examen dicha intervención será válida constitucionalmente o, en caso contrario, inválida.

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

30. Este examen exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin.

31. En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación será uno de los ámbitos en los que se manifestará el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad. En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico justifican que este bien sea merecedor de protección por parte de Estado.

En este punto es importante distinguir entre el *objetivo* y la *finalidad* que persigue la disposición penal impugnada. El *objetivo* tiene que ver con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través de una disposición penal. La *finalidad* comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de una disposición penal.

Cabe destacar que en materia constitucional penal el *objetivo* y la *finalidad* de una disposición penal se relaciona directamente con los denominados fines de la pena (Expediente N.º 00012-2010-PI/TC FFJJ 17 a 19), en el siguiente sentido:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

- 1) La actuación del legislador tiene por finalidad, entre otras, la de optimizar el fin *preventivo general de las penas en su vertiente negativa*, es decir, optimizar el efecto desmotivador que la amenaza de la imposición y ejecución de una pena severa genera en la sociedad, protegiendo preventivamente el bien tutelado por el derecho penal.
- 2) Asimismo, la medida tiene por finalidad que la imposición de la pena cumpla de manera efectiva con el fin de *prevención general en su vertiente positiva*. Claus Roxin describe este fin como el “‘ejercicio de la confianza en el derecho’ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.” (cfr. “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en: Julio B. J. MAIER (compilador), *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28).
- 3) La medida tiene también por propósito asegurar otro fin de la pena, cual es la denominada *prevención especial de efecto inmediato*, es decir, permitir al delincuente dar un firme paso en la internalización del daño social ocasionado por su conducta. Tal como ha señalado este Tribunal, “la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato)” (STC 0019-2005-PI/TC, FJ 40).
32. De otro lado, la adecuación consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.
33. En el presente caso, en cuanto al examen de *idoneidad*, es indispensable revisar la actuación parlamentaria previa al dictado de la ley cuestionada a efectos de determinar el *objetivo* y *finalidad* de relevancia constitucional asumidos por el legislador.
34. En el Proyecto de Ley N.º 13390/2004-CR presentado el 18 de julio de 2005, que posteriormente fue aprobado y dio lugar a la cuestionada Ley N.º 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, se sostiene lo siguiente: “(...) bajo ciertas circunstancias especialmente graves, la violación sexual es un crimen de lesa humanidad, el cual deber ser castigado con todo el peso de la ley, y no con penas que al final terminan siendo un premio para el agresor en vez de una pena (...) esta nueva



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

tipificación se ha producido después de constatar que las principales víctimas de violencia sexual son las mujeres y los niños y niñas (...). Asimismo, en cuanto al análisis costo-beneficio de la futura norma legal, se sostiene que "(...) Los beneficios para la sociedad serán incommensurables debido a que la población adulta percibirá que las autoridades se preocupan por su seguridad así como la de sus hijos (...) y los niños percibirán que al elevar los niveles de drástica sus autoridades tienden un manto de protección penal muy duro a fin de que sirva como elemento disuasivo a quienes no ponen freno a sus instintos delincuenciales (...) La aprobación de la presente norma va en beneficio de la sociedad que se encuentra inerme frente a los embates de quienes no respetan la vida humana, mucho menos a la niñez (...)".

35. De la revisión de los motivos que justificaban el mencionado proyecto de ley se observa que más allá de la voluntad política general de endurecer las penas para los autores de violación sexual y de buscar mecanismos de protección a las mujeres y a los niños, en tanto víctimas de violación sexual, se desprende que, entre otros contenidos, el bien jurídico a proteger sería la *indemnidad sexual* de los "niños" en la medida en que se busca garantizar la preservación de la sexualidad de estos cuando *no se está en las condiciones de decidir sobre su actividad sexual*, de modo que resulta irrelevante que dichos menores otorguen o no otorguen su consentimiento.

Con la *indemnidad sexual* "se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento" [DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual", en: *Anuario de Derecho Penal*, N.º 1999-2000, p.14].

36. En este punto es importante destacar que la diferencia entre *indemnidad sexual* y *libertad sexual* consiste, conforme lo ha afirmado el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), *amicus curiae* en el presente proceso constitucional, en lo siguiente: "La libertad sexual está referida a la libertad de disponer de la sexualidad propia. Ésta comprende una faceta positiva, referida a la capacidad de disposición, sin más límite que la libertad ajena; y una faceta negativa, referida a la capacidad de rechazar proposiciones o actos no deseados. Por el contrario, la indemnidad sexual implica la ausencia de la libertad sexual. En efecto, la indemnidad sexual está referida a la incapacidad de disponer y ejercer la libertad sexual, por considerar que la persona no se encuentra en capacidad de comprender el acto sexual".

37. Asimismo, en cuanto al bien jurídico protegido por la disposición penal cuestionada, cabe mencionar que el apoderado del Congreso de la República ha sostenido en su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

escrito de contestación de la demanda que el fin constitucionalmente legítimo de dicha disposición penal es la protección de la *indemnidad o intangibilidad sexual*.

38. En suma, de la interpretación del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, se desprende que esta disposición tiene como **objetivos** los siguientes: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de 14 años de edad a menos de 18; b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que los derechos de los menores de 14 años de edad a menos de 18 son protegidos; y c) generar un primer efecto reeducador en el sujeto activo de la conducta reprochable. Tales objetivos tienen como **finalidad** o se justifican en el *deber de protección* del poder público, en este caso del Poder Legislativo con respecto al bien jurídico *indemnidad sexual* de los menores de 14 años de edad a menos de 18 en los casos de violación sexual. En síntesis, siendo el fin de la restricción la protección de este bien jurídico, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción y *merece* protección por parte del Estado.

39. En cuanto a la adecuación, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 173º, inciso 3, del Código Penal, en cuanto sanciona a quien cometa el delito de violación sexual de menores de edad entre 14 años y menos de 18) es adecuada para lograr los objetivos antes mencionados y, a su vez, estos resultan adecuados para conseguir el fin de relevancia constitucional que se pretende como es la protección del bien jurídico *indemnidad sexual* de dichos menores de edad.

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

40. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental" [Expediente N.º 00050-2004-AI/TC FJ 38].

41. En materia penal, el examen de necesidad, el cual exige que el legislador estime, ineludiblemente, aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida [Expediente N.º 00012-2006-PI/TC FJ 32].

42. En efecto, el derecho penal debe ser utilizado para reprimir las violaciones más graves. Como sostiene Hurtado Pozo,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

(...) el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sea alcanzable mediante otras previsiones (...) Para que el derecho penal no sufra una hipertrofia engendrando las situaciones que busca evitar, para que el remedio no sea peor que el mal combatido, la represión penal debe intervenir sólo en la medida en que sea necesaria y si es conforme al objetivo perseguido [Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General* I. 3ª Edición, Grijley, Lima, 2005, p. 47].

43. De este modo, en el Estado constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad individual, entre otros derechos, sólo debe ser utilizado cuando ya no funcionen otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, etc.). Antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

44. En el presente caso, se trata, entonces, de examinar si frente a la medida adoptada por la emplazada —sancionar penalmente— a las personas adultas que tienen relaciones sexuales con menores de 14 años de edad y menos de 18, independientemente del consentimiento de estos—, existían medidas alternativas que, de un lado, hubiesen sido aptas para alcanzar los *objetivos* propuestos por el legislador penal (desincentivar la comisión del delito de violación sexual de menores de edad entre 14 años a menos de 18, entre otros); y, de otro, hubiesen sido más benignas con el derecho intervenido (a la libertad sexual como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de dichos menores de edad).

La respuesta es **positiva**. Si se pretenden los objetivos propuestos, un medio alternativo hipotético igualmente idóneo pero definitivamente más benigno para la libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, hubiese sido, entre otros, que el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

En ese sentido, no habiendo superado el examen de necesidad, la medida penal impugnada resulta incompatible con la Constitución.

45. Pese a que la disposición penal impugnada no ha superado el examen de necesidad, el Tribunal Constitucional estima pertinente verificar, además, si la medida legislativa cuestionada es proporcional en sentido estricto.

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

46. La denominada ley de ponderación material supone que “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (cfr. SSTC 0045-2004-PI/TC, FJ 40; 0023-2005-PI/TC, FJ 75 c); 0033-2007-PI/TC, FJ 81; 0001-2008-PI/TC, FJ 19; 0017-2008-PI/TC, FJ 36; 0016-2009-PI/TC, FJ 12, entre otras). Esta ley implica que las *ventajas* que se obtengan mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios o *desventajas* que ésta acarrea para los titulares de dicho derecho y para la sociedad en general.

47. La estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene los siguientes pasos [Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003, pp.759 y ss.]:

- 1) Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir: *i)* la importancia o peso de la intervención o limitación del derecho fundamental (grado de desventajas); y, *ii)* la importancia de la satisfacción del fin perseguido por la intervención legislativa (grado de ventajas).

En la determinación de dichos pesos, se pueden tomar en consideración elementos tales como la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración, entre otros, ya sea en la intervención del derecho fundamental o en la satisfacción del fin legislativo.

- 2) Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

- 3) Construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo.

48. En este caso, en cuanto al paso 1), cabe mencionar que el grado de intervención en la libertad sexual como componente del derecho fundamental al libre desarrollo de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 *es de intensidad grave*, en la medida en que: i) en cuanto al *alcance*, desde su entrada en vigor, la disposición penal impide, dificulta por completo y anula el ejercicio de la libertad de autodeterminación de tales menores en el ámbito de su sexualidad, al hacer irrelevante su consentimiento ("la intervención legislativa en el derecho fundamental deberá ser considerada como una intervención más intensa, cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho, que cuando elimina sólo algunas de ellas" *Cfr.* Bernal, *op.cit.*p.766); y ii) en cuanto a la *probabilidad*, existe la mayor posibilidad verosímil y fundada de que la intervención legislativa cuestionada impida el ejercicio de dicha libertad de autodeterminación.

Por su parte, los bienes constitucionales que procuran ser optimizados por el Poder Legislativo, sancionando penalmente a las personas adultas que tengan relaciones sexuales con dichos menores de edad, son: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de 14 años de edad a menos de 18; b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que los derechos de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 son protegidos; y c) generar un primer efecto reeducador en el sujeto activo de la conducta reprochable. El grado de satisfacción de dichos bienes *no es de intensidad elevada*, en la medida en que: i) en cuanto a su *alcance*, no se evidencia en qué medida todos los fines inmediatos del legislador penal pueden ser alcanzados apenas producida la intervención legislativa; y, ii) en cuanto a la *probabilidad*, no existe la mayor probabilidad de que la intervención legislativa penal optimice los mencionados bienes constitucionales (desmotivar la comisión del delito, etc.), al tratarse de una *amenaza de restricción* que es una intervención menos intensa que las restricciones directas.

Asimismo, es importante tener en consideración una segunda variable: *el peso abstracto de los principios relevantes* (cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación). Al respecto, si bien, en abstracto, la política criminal a cargo del Poder Legislativo (argumentación *in dubio pro legislatore*) podría considerarse con un peso mayor respecto de determinados derechos fundamentales como la libertad de tránsito o la libertad personal (argumentación *in dubio pro libertate*), no sucede lo mismo cuando se interviene o limite gravemente los derechos fundamentales de los menores de edad, pues atendiendo al principio constitucional de interés superior del niño y del adolescente (artículo 4º de la Constitución), según el cual los derechos fundamentales del niño y el adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas (Expediente N.º 02132-2008-PA/TC FJ 10), en estos casos, tienen un peso mayor respecto de aquella actuación del Poder Legislativo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

En efecto, conforme lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”. [Caso Gonzales y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 408].

49. En cuanto al paso 2), conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede afirmar que la importancia de la realización de los fines perseguidos por el legislador mediante la disposición penal cuestionada no es mayor que la importancia de la intervención en el derecho de los adolescentes entre 14 años y menos de 18 a su libertad sexual como parte de su libre desarrollo de la personalidad.
50. En cuanto al paso 3), se puede determinar que en el presente caso la relación de precedencia condicionada otorga preferencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, respecto de los fines perseguidos por el legislador penal mediante la medida penal impugnada.
51. Por tanto, no habiendo superado el examen de necesidad, ni el examen de proporcionalidad en estricto, se acredita que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, en el *sentido interpretativo 1* (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años), ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución.

Previamente a declarar su inconstitucionalidad y consecuente expulsión del ordenamiento jurídico, debe analizarse si existe otro sentido interpretativo que siendo compatible con la Norma Fundamental evite tal declaratoria de inconstitucionalidad.

§3. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal que cambia el contenido normativo establecido por el legislador penal y límites de la jurisdicción en la interpretación de la ley penal

52. El apoderado del Congreso de la República sostiene en la respectiva contestación de la demanda que existe otra interpretación que puede evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición penal cuestionada. En dicha interpretación, sin modificar el texto legislativo, se cambia el bien jurídico tutelado por dicha norma penal (*libertad sexual* en lugar de *indemnidad sexual*) y se establece que en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

estos casos sí puede operar el consentimiento de la agraviada como eximente de responsabilidad.

Según el aludido *sentido interpretativo* 2 del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, propuesto por el demandado, se puede asumir que *si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*. En ese sentido, corresponde analizar si el Tribunal Constitucional pueda identificar dicha interpretación conforme con la Constitución a efectos de que se pueda evitar la declaración de inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

Argumentos de los demandantes

53. Alegan que la jurisdicción penal, interpretando el artículo 173º inciso 3) del Código Penal, estableció, según refieren, que “sólo podría penalizarse la trasgresión a la indemnidad sexual de los adolescentes (...) cuando se vicia el consentimiento en la relación carnal con personas entre 14 y 18 años de edad (esto es violaciones de la libertad sexual), y no en caso de relaciones perfectamente consentidas (o sea, relaciones sexuales consentidas). Así visto, es constitucionalmente legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, más aún si se trata de adolescentes y niños, pero de ninguna forma ello equivale a penalizar toda forma de relación sexual sostenida por adolescentes cuando no está en riesgo su indemnidad sexual y, por el contrario, se trata del ejercicio libre de su sexualidad, que indudablemente es un derecho fundamental”.

Argumentos del demandado

54. El apoderado del Congreso de la República sostiene que el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, no contraviene la Constitución y que debe tomarse en consideración que “la parte demandante admite que existe al menos una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme con la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como última *ratio* y de *indubio pro legislatore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

55. En general, la actividad de la jurisdicción penal o jurisdicción constitucional al interpretar la ley penal en un sentido compatible con la Constitución, pero distinto a aquella interpretación del legislador, parte de reconocer que conforme al principio de supremacía constitucional, la jurisdicción, al controlar la actuación legislativa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

penal, también tiene límites establecidos en la Constitución y vinculados con el respeto al principio de legalidad penal, entre otros bienes constitucionales.

3.1. Discrecionalidad judicial limitada por la Constitución y en especial por el principio de legalidad penal

56. Asumir que el legislador penal sea el órgano competente para determinar discrecionalmente las conductas punibles y las respectivas sanciones no implica admitir que la discrecionalidad que tiene este órgano sea absoluta pues, como ya se ha mencionado, se encuentra limitado, al igual que todo poder constituido, mediante los principios constitucionales penales contenidos en la Norma Fundamental (principio de legalidad penal, principio de igualdad, principio de lesividad, principio de proporcionalidad penal, etc.), lo que convierte su discrecionalidad en una de carácter relativo.

57. El control jurisdiccional de la estricta observancia del respeto a dichos límites se encuentra a cargo del Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución), así como también del Poder Judicial (artículo 138º de la Constitución). En cuanto a los tipos de decisiones que pueden expedir tales órganos, en la actualidad se ha superado la clásica distinción entre decisiones estimatorias y desestimatorias, para dar lugar a una clasificación que, sin dejar de lado las ya mencionadas, ha identificado las denominadas decisiones "interpretativas" en general. Mediante tales sentencias "los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias (...), antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley" (Cfr. Exp. N.º 00010-2002-AI/TC).

Al respecto, Fiandaca refiere que "el mismo desarrollo de las teorías de la interpretación refleja un dato definitivamente adquirido: la actividad hermenéutica, lejos de poder ser reducida a una actividad meramente declarativa o explicativa de la voluntad del legislador, implica un inevitable momento creativo y esto es cierto en todos los sectores jurídicos, incluido el derecho penal, que se encuentra vinculado más que otros ámbitos al principio de reserva de ley" [FIANDACA, Giovanni e altro. *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*. Jovene Editore, p.92].

58. Esta actividad interpretativa de la jurisdicción respecto de la legislación penal no está exenta de peligros. El mayor de ellos es desnaturalizar o reemplazar en todo, vía interpretativa, el contenido normativo establecido por el legislador (supuesto de hecho general y sanción) al dictar una determinada disposición penal, pues ello no sólo afectaría el principio de legalidad penal, pues conforme al artículo 2º, inciso 24), apartado "d", de la Norma Fundamental, "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, el mismo que expresamente ha delegado al legislador, y no a los jueces, la labor de determinación de las conductas punibles y respectivas sanciones; sino que también afectaría el principio democrático representativo (artículo 93º de la Constitución), así como el principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución, pues conforme a dicho principio, al realizar su labor de interpretación, el juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales (*cf.* Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, FJ 12 c. y Exp. N.º 0032-2010-PI/TC, FJ 119).

59. No cabe duda de que la actividad hermenéutica realizada por los jueces al interpretar la ley penal puede contener ciertos elementos “de creación normativa”, si se presentan dudas o problemas al verificar *cuál es el límite* que tienen los jueces al realizar dicha actividad interpretativa, pues el exceso puede terminar materializando los peligros advertidos en el párrafo precedente.

La argumentación que utiliza el principio de interpretación *favorable al reo* como única justificación para que los jueces puedan crear cualquier contenido normativo no es una que *per se* y en todos los casos pueda resultar correcta, ni una que pueda ser considerada como único límite a la actividad interpretativa de los jueces. Así por ejemplo, respecto del principio *favor rei*, como criterio de legitimidad para justificar las decisiones “manipulativas” en materia penal, se ha sostenido que dicha argumentación es débil “ante todo porque el principio de reserva de ley en materia penal no puede reducirse, en la óptica del juicio constitucional, al sólo respeto, por parte de la Corte, del principio del *favor rei* (...) No es demostrable —y más bien se puede demostrar fácilmente lo contrario— que la reducción del supuesto de hecho penalizado o de la medida de una pena, no vulnere por sí misma, el artículo 25, 2º párrafo de la Constitución [italiana], [Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho], el que reserva sólo al legislador la elección sobre la punibilidad, así como sobre el *quantum* y sobre el *quomodo*, exigiendo también que el supuesto de hecho penalizado y la medida de la pena sean *taxativamente* determinadas (...) Reduciendo un supuesto de hecho penalizado, la Corte llega de todos modos a modificar el alcance, el significado original, así como, reduciendo la medida de una pena, la Corte reconstruye la norma (por lo menos en la parte relativa a la sanción). Todo ello, en mi opinión, no es conforme con el principio de legalidad en materia penal constitucionalmente consagrado, que es una garantía para el ciudadano contra la persecución penal, en general, precisamente porque reserva sólo al legislador cualquier elección sobre las normas penales, y no sólo sobre aquellas desfavorables”. [D’AMICO, Marilisa. *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*. Unione tipografica editrice torinese, Torino, 1990, pp. 41-42].

Ciertamente la argumentación que utiliza el principio de interpretación *favorable al reo* puede y debe ser utilizada en materia argumentativa penal, pero no por ello se legitima cualquier decisión interpretativa que adopte la jurisdicción. En general,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

antes de aplicar dicho principio de favorabilidad entre dos posiciones normativas es indispensable verificar que dichas posiciones sean compatibles con la Constitución. En ese sentido, conforme al artículo 139º inciso 11) de la Norma Fundamental, que establece “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”, antes de que el juez pueda hacer prevalecer dicha favorabilidad debe cumplir con un requisito previo como es la verificación de que el respectivo sentido interpretativo a favorecer sea constitucionalmente válido (Cfr. Expediente N.º 00019-2005-PI/TC).

60. Por tanto, la determinación del *límite* a la jurisdicción cuando interpreta la ley penal se establecerá de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso concreto y según el tipo de sentencia o decisión que se pretenda expedir en el caso, de modo que las cargas de argumentación que justifiquen una específica decisión jurisdiccional se constituirán en los mecanismos que otorguen legitimidad a las respectivas decisiones judiciales.
61. De otro lado, cabe precisar que tanto las denominadas «sentencias interpretativas», «sentencias aditivas» o «sentencias sustitutivas», entre otras, forman parte de una tipología de decisiones que no sólo pueden ser adoptadas por el Tribunal Constitucional, sino también por los jueces del Poder Judicial en la medida en que el artículo 138º de la Constitución establece que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera. Dicho examen de compatibilidad comprende la identificación de las opciones normativas que se desprendan de la respectiva disposición legal y permitan su conservación conforme al marco constitucional.
62. Es importante destacar que si bien los jueces del Poder Judicial pueden adoptar dichas decisiones, ello no excluye el seguimiento de los respectivos mecanismos procedimentales existentes dentro del Poder Judicial para la aplicación del control difuso (artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 3º del Código Procesal Constitucional, según sea el caso), así como la observancia de los criterios vinculantes que en materia de interpretación constitucional penal realice el Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución, artículo 1º y Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como el artículo VI del Título Preliminar del aludido Código).

3.2. *Opción «interpretativa» que exige de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18. ¿Decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva?*

63. En el presente caso, el apoderado del Congreso de la República aduce que al emitirse los Acuerdos Plenarios N.ºs 7-2007/CJ-116 y 4-2008/CJ-116, la jurisdicción penal ha identificado una interpretación del mencionado artículo 173º,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

inciso 3), del Código Penal, que es conforme con la Constitución, por lo que no puede considerarse que dicha disposición penal sea inconstitucional.

64. En ese sentido, es indispensable distinguir si la interpretación propuesta por el apoderado del Congreso en su contestación de la demanda, es una «decisión interpretativa», una «decisión aditiva» o una «decisión sustitutiva» —que son algunos de los tipos de decisiones que se podrían aproximar a lo resuelto por dicha jurisdicción—, para posteriormente verificar si dicha interpretación, aplicada al ámbito penal, es una que el Tribunal Constitucional pueda asumir como conforme con la Constitución y evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

65. Una «*decisión interpretativa*» es aquella en la que se materializa en cierta medida el criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución. Este criterio consiste en aquella actividad interpretativa que sobre las leyes realiza el órgano jurisdiccional, de modo que antes de optar por la eliminación de una disposición legal se procure mantenerla vigente pero con un contenido que se desprenda, sea consonante o guarde una relación de conformidad con la Constitución. Esta técnica interpretativa no implica en modo alguno afectar las competencias del legislador, sino antes bien materializar los principios de conservación de las normas y el *indubio pro legislatore* democrático, los mismos que demandan que el órgano jurisdiccional verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe al menos una que la salve de una declaración de invalidez. Y es que la declaración de inconstitucionalidad, en efecto, es la *ultima ratio* a la cual debe apelar este Tribunal cuando no sea posible extraer de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución (Exp. N.º 00002-2008-PI/TC, aclaración).

Las decisiones interpretativas “reductoras” son aquellas que señalan que el precepto es inconstitucional “en la parte que (...)” o “en cuanto (...)” prevé o incluye “algo” contrario a la Norma Fundamental”. “En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al texto pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional ‘por exceso’” [DÍAZ REVORIO, Javier. “Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español”. En: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. México, UNAM, 2008, pp.301-302].

66. La aludida consonancia o relación de conformidad de la ley con la Constitución “no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales, permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución. Así pues, en el marco de la interpretación conforme [a] las normas constitucionales no son solamente «normas-parámetro» sino también «normas de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

contenido» en la determinación del contenido de las leyes ordinarias” (Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. CEC, Madrid, 1983).

67. En materia penal, las decisiones interpretativas de la jurisdicción se enfrentan con uno de sus límites constitucionales más claros: el *principio de legalidad penal*. En efecto, conforme al artículo 2º, inciso 24, párrafo “f”, de la Norma Fundamental, “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, lo que implica que la Constitución ha establecido que el órgano competente para establecer las conductas punibles y las respectivas penas es el Poder Legislativo, lo que excluye claramente a la jurisdicción. En ese sentido, *prima facie*, la jurisdicción, en su actividad de control e interpretación de las leyes penales no puede: i) crear nuevos delitos vía interpretativa; ii) identificar sentidos interpretativos que cambien por completo o desnaturalicen el contenido normativo establecido por el legislador en la disposición penal o cambien el bien jurídico tutelado por el legislador penal; y iii) identificar sentidos interpretativos *in malam partem*, salvo que previamente se haya determinado que el único sentido interpretativo identificado, que impidió la declaratoria de inconstitucional de la disposición, sea conforme con la Constitución, pues la aplicación del principio *pro reo* (artículo 139º, inciso 11, Constitución) está supeditada a la verificación de la constitucionalidad del sentido interpretativo identificado, tal como se ha sostenido en el párrafo final del fundamento 59 *supra*.

68. De otro lado, mediante una «*decisión aditiva*» se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que (...)”) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión inconstitucional, cuya reparación no puede efectuarse a partir de una interpretación del aludido precepto, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido [Exp. N.º 00010-2002-AI/TC FJ 30], teniendo como base el respectivo ordenamiento jurídico y que sólo exista una alternativa normativa que cubra la omisión detectada, pues si existen varias alternativas posibles, le corresponderá al legislador la decisión de cuál de ellas adoptar [Exp. N.º 00030-2005-PI/TC].

69. En materia penal, en el caso de las decisiones aditivas, el principio de legalidad penal tiene un mayor peso axiológico frente a la actividad jurisdiccional de creación normativa complementaria propia de este tipo de decisiones. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, la jurisdicción no puede emitir decisiones aditivas cuando controle leyes penales pues ello afectaría el principio de legalidad penal, al relegar al legislador penal como órgano competente en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas.

70. Por su parte, una «*decisión sustitutiva*» es aquella en que el órgano jurisdiccional declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. La parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico y la actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada —y en concreto afectada de inconstitucional—, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial [Exp.N.º 00004-2004-CC/TC FJ 3.3.3].
71. En materia penal, sucede algo similar al tratamiento de las decisiones aditivas, por lo que son de aplicación las mismas consideraciones expresadas con relación a aquellas, quedando, *prima facie*, restringida la posibilidad de que la jurisdicción emita decisiones sustitutivas cuando controle leyes penales, toda vez que ello afectaría el principio constitucional de legalidad penal.
72. Seguidamente, veamos en qué consiste la interpretación alternativa propuesta por el demandado, respecto del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, para luego identificar si es una decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva, y posteriormente verificar si ésta puede constituirse en una interpretación de la ley conforme a la Constitución.
73. Conforme lo sostiene el apoderado del Congreso de la República, el bien jurídico protegido en la disposición penal impugnada es la libertad sexual y no la indemnidad sexual, es decir que a partir del impugnado tipo penal sólo se sancionaría a los mayores de edad que tienen acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizan otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad entre 14 años y menos de 18, sin mediar consentimiento.
74. Conforme se aprecia, el emplazado asume como una interpretación del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal conforme con la Constitución aquella según la cual, sin alterarse la aludida disposición (*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*), se debía entender que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 tienen libertad sexual y que, por lo tanto, su consentimiento para tener



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al cual se le atribuye la autoría de tal delito.

75. En ese sentido, si se tiene en cuenta: i) que la interpretación del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, que lo considera incompatible con la Constitución (INTERPRETACION 1), establece que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*, protegiendo de este modo el bien jurídico *indemnidad sexual*; y, ii) que la mencionada interpretación asumida por el apoderado del Congreso de la República, tomando en cuenta lo decidido por la jurisdicción penal (INTERPRETACIÓN 2), prevé que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*, protegiendo de este modo el bien jurídico *libertad sexual*; entonces, se puede considerar que ésta última constituye una “**decisión interpretativa reductora**”, en la medida en que sin detectar una omisión en la aludida disposición penal (que caracterizaría a una decisión aditiva), ni modificar o alterar una parte literal de tal disposición (que caracterizaría a una decisión sustitutiva), interpreta la disposición penal cuestionada, cambiando sustancialmente el contenido normativo establecido por el legislador penal y reduciéndolo (pues antes de dicha interpretación se penalizaba cualquier relación sexual de un adulto con un menor de 14 a 18 años de edad, independientemente del consentimiento de dicho menor, y ahora sólo se penalizan las relaciones sexuales en las que no existe consentimiento), lo que implica además el cambio de bien jurídico protegido (la *libertad sexual* en lugar de la *indemnidad sexual*).

3.3. La opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18, ¿es conforme con la Constitución?

76. Considerando los límites constitucionales que tiene la interpretación jurisdiccional de las leyes penales, el Tribunal Constitucional estima que la interpretación del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, propuesta por el apoderado del Congreso de la República, en el sentido de asumir que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 tienen *libertad sexual* y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al que se le atribuye la autoría de tal delito, es una interpretación que no puede ser asumida por el Tribunal Constitucional como constitucionalmente conforme, toda vez que desplazaría al legislador como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas, cambiando el bien jurídico protegido por el legislador (*libertad sexual* en lugar de *indemnidad sexual*) y con ello permitiendo la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como es el “consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

disposición" (artículo 20º, inciso 10, del Código Penal), lo cual no resultaba permitido por la disposición penal tal como la estableció el legislador penal.

77. Por lo tanto, resumidamente, habiéndose determinado: i) que el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, en el *sentido interpretativo 1* (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años), es incompatible con la Constitución; y ii) que el *sentido interpretativo 2* del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, propuesto por el demandado (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor), no es una interpretación conforme con la Constitución y que, por tanto, pueda salvar la constitucionalidad de dicha disposición penal; entonces, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico por haber vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18.

§4. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto de los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad

78. Pese a haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, y su expulsión del ordenamiento jurídico, este Tribunal estima pertinente verificar si dicha disposición vulnera, además, los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad.

Para tal efecto, utilizaremos nuevamente el examen escalonado de control de restricciones a los derechos fundamentales.

Argumentos de los demandantes

79. Alegan que "como ciudadano y ciudadana (padre, madre, joven, tutores del nivel primaria y secundaria, médico, entre otros adherentes a la causa) tenemos conocimiento del grado de afectación que esta traba legal está generando en la salud de los y las adolescentes. Al respecto, explicaremos que la regulación, al penalizar las relaciones consentidas entre adolescentes y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a los establecimientos de salud para solicitar información respecto de infecciones de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como la atención oportuna en caso de gestación temprana y de infecciones por contagio sexual (...)".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

80. Asimismo, refieren que se ha detectado “que –al no adecuarse la norma penal a la realidad– muchos adolescentes que ya conviven y/o mantienen relaciones sexuales tendrán temor de acceder a información sobre salud sexual y reproductiva, de reconocer legalmente a sus hijos, de acceder a una atención prenatal y a partos seguros por temor a ser castigados penalmente; es decir, se verifica una afectación subjetiva de los derechos reproductivos de los adolescentes, así como de su vida privada o íntima en tanto los agentes de salud se verán “obligados” a presumir *iure et de iure* que los pacientes adolescentes son víctimas de violencia sexual, afectando de manera directa la labor que realizan profesionales de salud como los médicos y médicas del país”.

Argumentos del demandado

81. El apoderado del Congreso de la República sostiene que los demandantes “parten de una premisa falsa, pues se considera que la disposición penal impugnada es aplicable a los adolescentes. Al respecto, debemos reiterar una vez más que en el tipo penal cuestionado el sujeto activo sólo puede ser una persona mayor de dieciocho años de edad (...) Si la norma objeto de control sólo resulta aplicable a los mayores, no se puede afirmar que los adolescentes ‘tendrán temor de acceder a información de salud sexual y reproductiva (...)’ Tampoco es posible argumentar que ‘los agentes de salud se verán obligados a presumir *iure et de iure* que los pacientes adolescentes son víctimas de violación sexual’, pues la pareja de la menor adolescente puede ser otro menor, con lo cual no estamos ante el tipo penal establecido en la disposición impugnada”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

82. El Tribunal Constitucional debe controlar si la disposición penal cuestionada constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad, para lo cual se utilizará el examen escalonado de control de las restricciones a los derechos fundamentales.

Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental

83. Se trata, en esta primera fase, de verificar sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el respectivo derecho fundamental. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho, quién es el sujeto activo o titular del derecho, y quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados.

84. En cuanto a las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie*, cabe mencionar que sobre el derecho fundamental a no ser privado de información, el artículo 2º, inciso 5), de la Constitución garantiza el derecho de toda persona de solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en un plazo razonable, y con el costo que suponga dicho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

pedido, con la única excepción de aquella que afecte la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional.

Tal derecho constituye, por un lado, el reconocimiento de un derecho fundamental, y por el otro, el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente (Expediente N.º 00959-2004-HD/TC FFJJ 4 a 6). En esa medida, la restricción del derecho al acceso a la información resulta ser una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional.

El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia, además, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y la obligación de dispensarla por parte de los organismos públicos, sino que la misma debe ser completa, precisa, correcta, actualizada, oportuna y veraz (Expediente N.º 04042-2011-PHD/TC FJ 10).

Sobre el derecho a la información, la Convención sobre los derechos del niño, establece en su artículo 17º que “Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental (...)”.

85. En cuanto al derecho a la salud, la Constitución establece en el artículo 7º que “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 (...)”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido” (Expediente N.º 02945-2003-AA/TC FJ 28).

Asimismo, ha sostenido que “no puede ser entendido como una norma que requiere de desarrollo legal para su efectividad, siendo así, podemos afirmar que posee una doble dimensión: a) el derecho de todos los miembros de una determinada comunidad de no recibir por parte del Estado un tratamiento que atente contra su salud; y, b) el derecho de exigir del Estado las actuaciones necesarias para el goce



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

de parte de los ciudadanos de servicios de calidad en lo relacionado a la asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica" (Expediente N.º 03599-2007-PA/TC FJ 2).

Es claro que algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y posnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de su condición social o ubicación geográfica), así como, relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a información y educación sexual.

86. En cuanto al derecho a la intimidad, específicamente al derecho a la vida privada, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "está constituid[o] 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 (Expediente N.º 06712-2005-HC/TC FJ 38).
87. Por su parte, los *titulares de los derechos* a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad son todos los mayores de 18 años de edad, pero también, teniendo como base las mismas razones expuestas con relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad y con relación a lo peticionado en el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 pueden ser titulares de dichos derechos en los asuntos vinculados a su libertad sexual.
88. En cuanto quiénes son *los sujetos pasivos u obligados* por los aludidos derechos, uno de los principales obligados es definitivamente el Estado, que no sólo tiene el deber de no intervenir desproporcionadamente en este derecho, sino también de realizar acciones que posibiliten su libre ejercicio.

Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental

89. En este punto, corresponde verificar si la medida penal impugnada contiene o no limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales mencionados en los párrafos precedentes.
90. En el presente caso, el cuestionado artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, sanciona a toda aquella persona mayor de edad (sujeto activo) que tenga relaciones sexuales con menores de 14 a menos de 18 años



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

de edad (sujetos pasivos). Dicha disposición penal no es aplicable a aquel autor que sea menor de edad pues dicho supuesto no está previsto por el Código Penal, sino por disposiciones legales especiales como el Código de los Niños y Adolescentes, que precisamente regula las infracciones que puedan cometer los menores de edad.

91. Así las cosas, corresponde verificar cuál es el sujeto sobre el que se puede predicar la intervención o restricción de sus derechos a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad. Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, que descarta que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal sancione la conducta de un *sujeto activo* (autor) que sea menor de edad, entonces se debe examinar si se interviene o restringe tales derechos fundamentales a los menores de edad entre 14 años a menos de 18 que sean *sujetos pasivos* de la conducta sancionable.
92. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que dicho contenido prohibitivo no constituye una intervención en el ámbito *prima facie* de los derechos fundamentales de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad, pues la impugnada disposición penal no limita o restringe el derecho de estos menores (sujetos pasivos) pues: i) con relación al derecho a la información, no impide a dichos menores acercarse libremente a los establecimientos de salud para solicitar información vinculada a la actividad sexual, ni impide al Ministerio de Salud, entre otros órganos estatales, cumplir con su obligación de establecer sistemas de información eficaces dirigidos a los adolescentes sobre las posibilidades, desarrollo y consecuencias de la actividad sexual; ii) con relación a su derecho a la salud, la disposición penal cuestionada no restringe el derecho a una atención oportuna en caso de gestación temprana o a atención prenatal, tal como lo sostienen los demandantes; y, iii) con relación al derecho a la intimidad (vida privada) de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 —como sujetos pasivos de la conducta sancionable—, no se aprecia en qué medida la prohibición que contiene la disposición penal cuestionada tiene incidencia sobre la reserva y privacidad de de hecho o actos que forman parte de la intimidad de aquellos, y cuya divulgación por otros puede aparejar algún daño, o que se dirija a los médicos o profesionales de salud y los obligue a realizar denuncias.
93. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que en el presente caso no se ha acreditado que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, vulnere los derechos a la información, a la salud y a la intimidad de los adolescentes.

§5. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto del derecho a la igualdad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

94. En la demanda de autos, se alega además que el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, vulnera el derecho fundamental a la igualdad. Seguidamente se verificará cuáles son los argumentos de las partes sobre este cuestionamiento.

Argumentos de los demandantes

95. Sostienen que en la disposición impugnada existe un tratamiento diferente basado en la edad de las personas con las que se tiene relaciones carnales, lo que representa una intervención en la prohibición de no discriminar.
96. La disposición impugnada representa una intervención de intensidad *grave* en la medida en que se afecta derechos fundamentales como al libre desarrollo de la personalidad. En cuanto al *objetivo y fin* de la norma, refieren que este sería la protección de la indemnidad sexual de los adolescentes (finalidad - bien constitucional que se tutela), sancionando a quienes la violentan, con la finalidad de reducir la incidencia de este tipo de agresiones (objetivo - estado de cosas que se quiere lograr).
97. Sobre la *idoneidad* de la medida, alegan que, en efecto, penalizando las relaciones sostenidas entre 14 y 18 años se persigue un efecto disuasivo relacionado con la posible menor incidencia en delitos contra la libertad sexual de los adolescentes.
98. Respecto de la *necesidad* de la medida, manifiestan que en este punto se evidencia la inconstitucionalidad de la medida, pues existen diversas medidas que permitiendo obtener igual resultado, hacen innecesario establecer una intervención basada en la edad entre adolescentes y adultos. Si se quiere proteger la indemnidad sexual de los adolescentes, lo que debe sancionarse penalmente es la práctica de relaciones sexuales mediando amenaza, violencia o dominio de algún tipo, pero en ningún caso la exploración o ejercicio libre de la propia personalidad sexual.
99. Finalmente, mencionan que siendo de intensidad grave la afectación al derecho a la igualdad, en sentido contrario no puede acreditarse que la penalización de relaciones sexuales con adolescentes, a diferencia de lo que sucede entre adultos, permita satisfacer de mejor manera la protección de la indemnidad sexual, de modo que, aunque no es necesario examinar la *proporcionalidad en estricto* de la medida penal, es evidente que tampoco la supera. Por tanto, la medida resulta contraria al mandato de igualdad.

Argumentos del demandado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

100. El apoderado del Congreso de la República sostiene que la medida penal cuestionada supera todos los exámenes del test de igualdad y que, por tanto, no vulnera el principio de igualdad.

101. Aduce que la introducción del tratamiento diferenciado da lugar a dos grupos de destinatarios de la norma: 1) los mayores de edad que tienen "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal" o realizan "otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad" que tiene "entre catorce años de edad y menos de dieciocho"; y, 2) los mayores de edad que incurrir en tales conductas con otros mayores. Tal *tratamiento diferenciado* consiste en establecer una sanción penal a los mayores de edad que tienen "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal" o realizan "otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad" que "tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho".

La situación jurídica que funciona en este caso como término de comparación está constituida por la norma según la cual no son sancionados penalmente (consecuencia jurídica) los mayores de edad que incurrir en las referidas conductas con otros mayores (supuestos de hecho).

102. Respecto de la intensidad de la intervención, expone que la medida cuestionada no guarda relación alguna con la diferenciación de intensidad grave debido a que no se sustenta en ninguno de los motivos establecidos en el artículo 2º, inciso 2), de la Constitución y menos aún impide el ejercicio o goce de un derecho fundamental, por lo que debe asumirse que la intensidad de la intervención es *leve*.

103. El *objetivo* del tratamiento diferenciado, -aduce- es la disminución de casos de "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal" u "otros actos análogos" entre un mayor de edad y un menor que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho". El *fin* es proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de dichos menores.

104. Respecto de la *idoneidad* de la medida refiere que a través de la disposición penal impugnada (medio) se puede lograr que se disminuyan las conductas que aquella prohíbe (objetivo), y a su vez que dicho objetivo es idóneo para proteger la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho.

105. En cuanto al examen de *necesidad* fundamenta que en la demanda no se plantea una medida que, a la vez, sea: 1) idónea para para proteger la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho; y, 2) más benigna con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad. En ese sentido, la medida impugnada supera dicho examen de necesidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

106. Finalmente, sostiene que la medida penal impugnada resulta *proporcional en sentido estricto* puesto que el grado de realización u optimización del fin constitucional (protección de la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho) no es menor que la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad (intensidad leve). Por tanto, concluye que la intervención en la igualdad analizada supera el test de igualdad.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

107. Teniendo en cuenta que en las primeras consideraciones de la presente sentencia se ha realizado el control de constitucionalidad del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, y se ha determinado que es inconstitucional por vulnerar el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, el Tribunal Constitucional estima que carece de relevancia emitir pronunciamiento sobre si dicha disposición penal vulnera o no el principio de igualdad.

§6. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

108. Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204º de la Constitución establece que: "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".

109. Asimismo, el artículo 103º de la Constitución prevé que "pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad".

110. En cuanto a los efectos de la irretroactividad, el artículo 83º del Código Procesal Constitucional establece que "Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 [retroactividad benigna en materia penal] y último párrafo del artículo 74 de la Constitución. Por la declaración de (...) inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado".

111. Con independencia de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

de los casos que son sometidos a su conocimiento constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado constitucional de derecho, pues con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, se tiende a aplazar o suspender los efectos de ésta.

112. Ello, sin lugar a duda, no implica una total discrecionalidad o arbitrario accionar por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones, “empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias”. “[E]l orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional”. Es por ello que “La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que trastocuen aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente –es decir, ciegamente– la eliminación la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención” [ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*. En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Giuffrè, Milano, 1989. pp.195 y 198].

113. En el presente caso, teniendo en cuenta que la disposición impugnada resulta inconstitucional, y que al versar sobre materia penal, la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad va a generar efectos en procesos penales en trámite y procesos penales terminados, el Tribunal Constitucional considera que existe mérito suficiente para pronunciarse sobre los efectos de la presente sentencia, más aún si la expulsión de la disposición cuestionada podría dejar sin juzgamiento determinados casos de violencia, agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 años a menos de 18.

114. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no implica la inmediata excarcelación de aquellos procesados o condenados con base en el inconstitucional artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra menores de 14 años a menos de 18 (en los que no se acredita el consentimiento de dichos menores). Asimismo, tal declaración de inconstitucionalidad no implica que a dichos procesados o condenados, cuando corresponda, no se les pueda procesar nuevamente por el delito de violación sexual regulado en el artículo 170º del Código Penal u otro tipo penal, o aplicar algunos mecanismos alternativos a dicho juzgamiento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

115. Lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173º, inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704: el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultarán sancionados penalmente; y el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de “sustitución de pena”, “adecuación del tipo penal” o ser procesados nuevamente conforme al artículo 170º del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente.

116. Finalmente, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta la obligación del Estado de proteger el interés superior del niño y del adolescente (artículo 4º de la Constitución), y que es de público conocimiento que en nuestra sociedad los delitos de violación, agresión o abuso sexual, especialmente contra menores de edad, constituyen un tipo grave de afectación a los derechos de aquellos, debe exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, legisle de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, las respectivas disposiciones penales del capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal que tengan por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y en consecuencia, inconstitucional el artículo 173º inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704.
2. Declarar que la presente sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por violencia, agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 años a menos de 18, conforme a lo expresado en los fundamentos 114 y 115 *supra*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

3. Exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, pueda legislar de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, todos aquellos casos que comprometan los derechos fundamentales de los menores de edad y se encuentren contenidos en el capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal.

Publíquese y notifíquese.

SS.
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por las siguientes consideraciones:

Demanda de Inconstitucionalidad

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

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

- i) *El libre desarrollo de la personalidad*, específicamente el despliegue, la exploración y el ejercicio de la propia sexualidad (derechos sexuales), que integra su contenido protegido, pues dicha regulación no supera el test de proporcionalidad al derogar los derechos sexuales de los adolescentes estableciendo penas irrazonables.
- ii) *No ser privado de información* que permita el ejercicio responsable y saludable de la sexualidad y reproducción de los adolescentes (maternidad y paternidad responsable);
- iii) *El derecho a la salud* (sexual y reproductiva), así como los de *intimidad y vida privada* de los adolescentes, puesto que al penalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes, y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a establecimientos de salud para solicitar información



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

respecto de infecciones de transmisión sexual.

- iv) *El derecho a la igualdad y a no ser discriminado*, pues la norma cuestionada establece una regulación de razonabilidad cuando diferencia entre adolescentes mayores de dieciocho años y adultos en general que deciden ejercer su sexualidad con libertad, no superando así el test de igualdad, pues existen medidas que sin penalizar la sexualidad ejercida libremente promueve su exploración saludable así como su ejercicio responsable e informado.
- v) *El principio de interés superior del niño y el adolescente* que genera diversos mandatos para el Estado y que éste viene incumpliendo sistemáticamente.
- vi) *El principio de lesividad, de proporcionalidad y finalidad de las penas*, así como el carácter subsidiario del Derecho Penal.

Contestación de la demanda

2. El Procurador del Congreso de la República contesta la demanda considerando que ésta debe ser declarada infundada, argumentando que no contraviene la Constitución del Estado ni por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, tampoco directa o indirectamente.
3. Señala también que existe una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme a la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Acuerdo Plenario y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio* y de *indubio pro legisladore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional.
4. Asimismo expresa que la solicitud de expulsión del ordenamiento de la disposición penal impugnada no es congruente con lo señalado en uno de los extremos de la demanda, puesto que si bien expresa que es legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, mas aun si se trata de adolescentes, también señala que se debe expulsar la disposición penal impugnada del ordenamiento, trayendo esto como consecuencia que para tales casos se va a tener que aplicar los tipos penales establecidos para la violación sexual de mayores, los cuales contemplan sanciones menos severas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Delimitación del Petitorio

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

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

(...)

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

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

(...)

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.”

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

Posición del Estado frente a los derechos de los menores

7. La Constitución Política del Perú señala en su artículo 4º que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.” (subrayado y resaltado agregado)
8. Asimismo el artículo 43º del Código Civil señala que:

Son absolutamente incapaces:

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

El artículo 44º establece que:

Son relativamente incapaces:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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

Artículo II: Sujeto de derechos.-

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

Asimismo el artículo IV del mismo cuerpo legal establece que:

“Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes.”

El artículo IX de la referida norma señala que

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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.

Artículo 3°.-

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

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

Derecho al libre desarrollo de la personalidad

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

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

13. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.
 14. La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento “constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.” (Exp. 03901-2007-PA/TC)
-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15. Es bien cierto que, como sucede con otros derechos fundamentales, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un *orden constitucional*, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.
16. En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.
17. Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable. En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24º, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad [fund. jur. 5].
18. La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio.
19. Ese es el caso en el que se encuentra el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por un lado, en la medida en que el mismo derecho no se encuentra sujeto a una reserva de ley y, por otro, que las facultades protegidas por este tampoco se encuentran reconocidas de manera especial en la Constitución [como sucede, por el contrario, con las libertades de tránsito, religión, expresión, etc.], el establecimiento de cualquier clase de límites sobre aquellas potestades que en su seno se encuentran garantizadas debe efectuarse con respeto del principio de legalidad.
20. Ciertamente, los niveles de protección que han revestido constitucionalmente los derechos fundamentales no se agotan con las "garantías normativas" [reserva de ley y legalidad]. Aunque la Constitución de 1993 no contenga una cláusula semejante a las existente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución española de 1978, en virtud de la cual se establezca que en la limitación de los derechos el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

21. Como este Tribunal lo ha recordado en la STC 0014-2002-AI/TC, el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un “límite implícito [del Poder Legislativo] derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”. Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. “De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción” [Funds. jurs. 94 y 93, respectivamente].
22. En ese sentido, encontrándose el legislador de los derechos fundamentales obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.
23. Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional al cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en sí mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (STC N.º 2868-2004-AA/TC)
24. De lo expuesto se advierte que toda limitación impuesta legislativamente solo podrá considerarse constitucional no solo si respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho sino si cumple con el respeto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
25. En el caso de autos encontramos que la normativa cuestionada expresa que:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

(...)

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años."

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

El ente emplazado expresa, entre otros argumentos, que la disposición impugnada no afecta el principio de proporcionalidad, específicamente en cuanto a la idoneidad de la medida, refiere que la mencionada norma busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los mayores de 14 y menores de 18 años de edad, considerando que la medida adoptada es idónea. Respecto al principio de necesidad señala que del contenido de la demanda se observa que la citada disposición no plantea una medida alternativa que a la vez sea idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, y que a la vez constituya una limitación y/o restricción más benigna al derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que la medida cuestionada no transgrede el principio de necesidad. Finalmente respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto señala el ente demandado que haciendo una comparación sobre el grado de protección al derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, con el grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de su sexualidad, es evidente que la medida cuestionada resulta proporcional superando por ello el test de proporcionalidad.

Análisis de la norma cuestionada

27. Se advierte de la lectura de la norma cuestionada que en puridad ha asumido una medida legislativa tendiente a proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, sancionando con mayor severidad a los que atenten contra ellos. La pregunta sería ¿Con la adopción de dicha medida legislativa para proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual se interviene de manera injustificada y desproporcional el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito del derecho a la libertad sexual? Y tal interrogante surge principalmente porque se considera que la medida legislativa no ha tomado en cuenta el consentimiento de los menores entre 14 y 18 años, afectándose así su derecho a la libertad sexual. La respuesta a dicha interrogante es positiva, puesto que el legislador al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

emitir la disposición cuestionada en su afán de proteger el derecho a la indemnidad sexual ha intervenido el derecho a la libertad sexual de los menores, siendo necesario evaluar –conforme lo ha hecho el proyecto puesto a mi vista– si dicha medida legislativa supera el test de proporcionalidad, debiendo analizar los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

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

28. Aquí evaluaremos si la medida legislativa adoptada es adecuada para lograr tal fin. Es así que tenemos que evaluar la relación de medio-fin, esto es si la medida legislativa adoptada cumple el fin propuesto por el legislador. En tal sentido si tenemos que el fin o propósito de la disposición cuestionada principalmente es la protección de derecho a la indemnidad sexual, constituyéndose éste en el bien jurídico tutelado por el derecho penal. ¿Qué es el derecho a la indemnidad sexual? Conforme lo expresa el proyecto en mayoría, Con la indemnidad sexual “se quiere reflejar el interés en que determinadas personas consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento” [DIEZ RIPOLLES. Jose Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en: Anuario de Derecho Penal, N° 1999-2000, p. 14].

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

31. Es así que el legislador al asumir determinada posición que afecte o restrinja en mayor o menor grado un derecho fundamental debe siempre evaluar todas las alternativas posibles a efectos de que para sancionar determinada conducta criminalizada se intervenga un derecho fundamental de la manera menos aflictiva.
32. A mi juicio considero que la disposición cuestionada ha sido la alternativa menos gravosa asumida por el legislador, puesto que al considerar que los menores entre 14 y 18 años de edad tienen una especial posición frente al Estado corresponde a éste asumir la posición más garantista a sus derechos, por ende al buscar proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores no encuentro una medida alternativa menos gravosa que garantice el derecho a la indemnidad sexual.
33. El proyecto en mayoría considera como una medida alternativa menos gravosa el “que se sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.” Respecto a dicha alternativa tomada como medida menos gravosa al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, considero de suma importancia expresar lo siguiente en atención a que considero no solo errada dicha alternativa sino también peligrosa:
- a) No solo la legislación nacional sino la legislación internacional han considerado a los menores como sujeto de derecho y de especial protección, puesto que por su “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Es así que no existe duda respecto a que los menores entre 14 y 18 años de edad, están en etapa de formación, por lo que su madurez tanto física y mental aun no se encuentran definidas, razón por la que el Estado asume el rol de protector y garante de sus derechos fundamentales.
 - b) Por ello mi pregunta sería ¿es válido el solo consentimiento del menor entre 14 y 18 años de edad, para que se exima de una sanción penal a una persona que tenga *acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor?* ¿Podríamos afirmar que el consentimiento de un menor entre 14 y 18 años de edad no se encuentra viciado y no puede ser objeto de manipulación o inducción por parte de otra persona?. Para mí las respuestas a estas interrogantes son capitales, ya que ello constituirá la razón por la que se puede considerar la medida adoptada como mas gravosa al derecho al desarrollo de la personalidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

35. Este sub principio implica que “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (STC N° 0023-2005-PI/TC). En otras palabras se busca un equilibrio entre el grado de satisfacción de un derecho y la afectación de otro derecho, de manera que la afectación no sea desproporcionada.
36. Considero que si bien la medida legislativa tiene una intervención en el derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, de intensidad grave, también el grado de satisfacción de los bienes jurídicos que se pretende proteger a través de la medida legislativa adoptada es de intensidad elevada, puesto que principalmente se busca proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, desmotivando –con la sanción penal– la comisión de dicho delito, transmitiendo a la sociedad la preocupación del Estado por la búsqueda del bien para estos menores que por encontrarse en estado de formación no tienen la capacidad para decidir de manera libre y razonada.
37. Por lo expuesto la medida adoptada supera este sub principio, por lo que considero que la norma cuestionada no es inconstitucional, razón por la que la demanda debe ser desestimada por infundada.
38. Finalmente considero que no es necesario evaluar el sentido interpretativo propuesto por el emplazado, esto es que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*, puesto que dicho sentido interpretativo no se infiere de manera alguna de la disposición cuestionada.
39. No obstante lo expuesto considero que tal disposición trae consigo gran responsabilidad para los jueces penales del país, ya que deben evaluar los casos de manera razonada y ponderada, a efectos de no cometer excesos ni arbitrariedades.

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

S.

VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

VICTOR ALFONSO ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis colegas al suscribir el proyecto en mayoría, disiento del mismo por lo que procedo a emitir el presente voto singular:

1. En efecto, con fecha 3 de abril de 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad y de los derechos sexuales como expresión de este; el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación por motivo de edad. Precisan también que existen afectaciones concretas que se pretenden invisibilizar con la modificación generada por el artículo 1 de la Ley N° 28704, las cuales serían los derechos a no ser privado de información, al acceso a servicio de salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes.
2. Atendiendo a la pretensión, lo que se persigue a través de la presente acción de inconstitucionalidad es que se deje sin efecto la penalización de “todo acto sexual consentido” ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18, con lo cual queda claro que nuestro pronunciamiento está dirigido a verificar si la ley materia de control resulta vulneratoria a derecho constitucional de los adolescentes.
3. A tal efecto nos remitimos a la norma cuestionada el mismo que a la letra dice:

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 parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la 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.*
4. Del texto de la norma y atendiendo a la pretensión, en efecto 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, - abuso sexual de menores de 14 años- mediante la cual se amplía la protección legal establecida solo para los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

menores de catorce años de edad, por lo que a partir de su dación la protección también alcanza a los adolescentes entre catorce años de edad y menos de dieciocho; de esta forma mantener relaciones sexuales con un o una adolescente constituiría delito.

5. Al respecto nos remitimos al precedente legislativo, donde podemos advertir que en la formulación original el artículo 170° del Código Penal de 1991 respecto a los delitos sexuales estaba considerado como tipo base que tutelaba la libertad sexual, pues protegía el bien jurídico libertad sexual, mientras que el artículo 173 del texto original, tutelaba la indemnidad sexual, pues sancionaba el delito sexual contra los menores de 14 años. Según el texto original, el Código Penal Peruano sancionaba las agresiones sexuales contra los menores de 14 a 18 años a través del artículo 170° equiparando la pena a la violación sexual de adultos, cuando en realidad, materialmente por la condición de minoría de edad de la víctima, las agresiones sexuales contra menores resultaba mucho mas reprochable; no habiendo el legislador tomado en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño que había sido ratificada por el Perú un año antes de la promulgación del Código Penal.
6. La Convención sobre los Derechos del niño ratificada por el Perú mediante Decreto Ley N° 25278 del 04 de agosto de 1990, es el primer instrumento internacional jurídico vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales sobre los derechos del niño; y que, a partir de la suscripción por el Estado peruano, éste se obligó a brindar una mayor y preferente protección a los niños, niñas y adolescentes, los que son considerados como menores de edad hasta los 18 años. Así en su artículo 19°, la Convención reconoce la obligación de los Estados partes a adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño como toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual del que fueran víctima los menores de edad.
7. La Convención reconoce cuatro principios fundamentales como son: la no discriminación, el interés superior del niño, la supervivencia, el desarrollo, y la participación. Además debe tenerse en cuenta que desde el año 2001 se cuenta con el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) que obliga al Estado a brindar una atención integral a los niños, niñas y adolescentes maltratados o víctimas de violencia sexual, cuyo artículo I del Título Preliminar establece que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir, los 18 años de edad. Es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

en esa normatividad interna donde también se reconoce como principio, el “interés superior del niño”, por el cual el Estado peruano está obligado a estipular y llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño, conforme lo ha establecido este mismo Tribunal en uniforme jurisprudencia. Asimismo el artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, reconoce como fuente de interpretación y aplicación, a la Convención sobre los Derechos del niño.

8.

8. Es como consecuencia de esta legislación supranacional e interna, que se incorpora un nuevo valor en la política criminal del Estado peruano, como es el de brindar a través de la ley penal (sustantiva, procesal y de ejecución), una mayor protección penal a los niños, niñas y adolescentes de las agresiones sexuales. Con la dación de la Ley 28251 se introdujo una serie de modificaciones en el Código Penal relativas a la prostitución infantil, a la pornografía infantil, y a la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del turismo. Asimismo se modifica el artículo 170 del Código Penal, incorporándose como circunstancia agravante del delito la violación de la libertad sexual (tipo base), el hecho de que la víctima sea menor de 14 a 18 años (tipo agravado). De esta manera a partir de esta modificatoria legal, el legislador penal distingue claramente las agresiones sexuales contra menores de edad de las producidas a mayores de edad y además, que las agresiones sexuales a menores de edad son mucho más graves y reprochables que las agresiones sexuales a mayores de edad (18 a más), por tanto ya no era posible sancionar un caso de abuso sexual de una menor de edad (14 a 18) como si fuera un caso de violación real de mayor de edad. Esta ley resulta relevante, pues a partir de ella, se establece el trato diferenciado a favor de una mayor protección penal de los menores de edad.
9. Este cambio de diferenciar las agresiones sexuales de menores de edad de las de adultos y de sancionar con mayor dureza los primeros fue a consecuencia del cumplimiento de la convención de los Derechos del Niño. Como se aprecia, el mayor reproche penal del abuso sexual de menores de edad se sustenta en garantizar su mayor protección, lo que se empieza a lograr con la modificación del Código Penal a través de la Ley 28251.
10. Mediante la Ley N° 28704 publicada el 05 de abril de 2006, se modifica el Código Penal y se traslada la agravante de la víctima menor de edad (14 a 18 años) del artículo 170, al inciso 3) del artículo 173, dándose de esta forma cumplimiento al compromiso internacional de la Convención del Niño y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

maximizando la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a los abusos sexuales.

11. Como podemos advertir, del texto original del Código Penal, el objeto de la norma por medio del artículo 173 se tutela el bien jurídico indemnidad sexual, y con la modificatoria hecha por la Ley N° 28704, la conducta de agresión sexual de menores reguladas en el artículo 170 (libertad sexual) pasaba ahora a ser considerada dentro de los delitos contra la indemnidad sexual del artículo 173°. Esta modificatoria legal marcó mucho más la diferencia entre los delitos de abuso sexual de víctimas menores de edad del caso de las víctimas mayores de edad, lo que se reflejó además en la mayor penalidad y prohibición de beneficios penitenciarios para los primeros, promoviendo con ello una mejor protección a los niños, niñas y adolescentes, garantizando así una mayor eficacia preventiva general y especial de los delitos de abuso sexual de menores, aspectos que no han sido tomados en cuenta en el voto en mayoría.

12. Este Tribunal en su STC N° 0012-2010-PI resolviendo la demanda inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 2° y primer párrafo del artículo 3° de la Ley 28704, apuesta por la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4° de la Constitución y en la Declaración de los Derechos del Niño, mediante la cual se ha expresado que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”; así tenemos que en su fundamento 29) señala:

...[p]or su parte, los bienes constitucionales que procuran ser optimizados por vía de dicha intervención en la igualdad, eliminando el acceso a determinados institutos que reducirían el quantum de ejecución de la pena impuesta, son: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores, b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que las penas se cumplen en su totalidad en el caso de este delito, así como c) generar un primer efecto reeducador en el delincuente que incurra en éste.

Asimismo en su fundamento 30), precisa que “[a] juicio de este Tribunal, los tres bienes que buscan satisfacerse gozan de un valor importante en el sistema constitucional. En particular, la búsqueda de desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de edad tiene un peso axiológico intenso que justifica el trato diferenciado. Ello en razón de las siguientes consideraciones:

- a) El menor de edad se encuentra en comparación al mayor de edad, en una situación de inferior desarrollo psicosomático, lo que genera una menor capacidad de juicio y de resistencia física. Esta fue una consideración fundamental en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 1386 (XVI), del 20 de noviembre de 1959, y reiterada en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Legislativa N° 25278, de fecha 3 de agosto de 1990, y que entró en vigencia para el Estado peruano el 4 de octubre del mismo año. En ella se señala que el “ el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Asimismo, es básicamente esta consideración vinculada a la vulnerabilidad del niño y del adolescente, la que lleva al Código Civil a considerar al menor de 16 años, salvo en circunstancias extraordinarias, un incapaz absoluto (artículo 43° del Código Civil), y al menor entre 16 y 18 años, un incapaz relativo (artículo 44° del Código Civil).

- 6) Desde una perspectiva normativa, el niño y el adolescente no se encuentran, en abstracto, en una situación jurídica comparable con la de un adulto, toda vez que el artículo 4° de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger “especialmente al niño”. En este precepto reside la constitucionalización del denominado “interés superior del niño”, que no es sino la exigencia de asumir *prima facie* y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos. Asunto que, entre otras cosas, se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, interpretar el Derecho de forma tal que resulten optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios *pro homine* y *favor debilis*.

En relación con ello, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Este Tribunal ha considerado que de ello se desprende que tales funcionarios estatales deben estar dotados de una especial sensibilidad a la hora de resolver los problemas en que pudieran encontrarse envueltos [los menores de edad]; bien se trata de aspectos que pudieran calificarse de sustantivos, bien de asuntos que pudieran caracterizarse como procesales” (STC 0052-2004-PA/TC. Fundamento 8).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

c) El deber de especial protección del menor de edad encuentra sustento, asimismo, en el hecho de que la Constitución, en tanto compendio normativo de valores, debe ser apreciada también como un *ideal regulativo*, es decir, como un postulado normativo que confía en que el futuro siempre debe ser apreciado como una oportunidad para que la realidad social se asemeje cada vez más al ideal que la Constitución normativamente postula y exige. El presente está protegido por la Constitución, pero ella en su vocación de ser “vívida” cada más por la comunidad que gobierna, observa el futuro como una oportunidad para ser menos requerida, no en razón a un menor compromiso social con sus postulados valorativos, sino, por el contrario como consecuencia de ser cada vez más eficaz sin necesidad de ser aplicada coactivamente. Esa vocación y esperanza puesta en un mañana mas constitucionalizado de lo que está el presente, que este Tribunal aprecia en la Norma Fundamental, que exige hoy un particular rigor en el cuidado constitucional de los niños y adolescentes. Este es el fundamento trascendental que subyace a la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4° de la Constitución, y es, entre otras cosas, la razón por la que en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, se ha expresado con acierto “ que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.

13. Sin embargo esa protección justificada de parte del legislador de proteger a los menores de 18 años de los abusos de parte de los adultos, no permitió observar que la medida también restringe el libre desarrollo de la personalidad en su amplia expresión de los menores adolescentes, quienes en busca de su desarrollo y exploración de vida sexual mantienen relaciones sexuales con el peligro de que producto de ello la menor salga embarazada y ello conlleve a que el menor de 14 a 18 sea considerado con infractor y por ello purgue una pena privativa de la libertad de 25 años, cuando en dicha exploración operó el consentimiento mutuo.
14. Que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, ha establecido que “ *toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio de interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos*”. Siendo que dentro de ese respeto está el derecho a su libre desarrollo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

de su personalidad y atendiendo a las estadísticas respecto al inicio sexual de los adolescentes en comparación con otros países que el inicio sexual de los adolescentes se inicia a los 12 años; al respecto el Perú no es ajeno a ello, tal es así que se ha permitido la entrega de métodos anticonceptivos en los colegios, con lo cual demuestra que el inicio sexual de los adolescentes es evidente, máxime si los mismos adolescentes se expresan señalando que la ley debe favorecerlos y no perseguirlos; esto demuestra una clara omisión de parte del legislador respecto a la inimputabilidad de las relaciones sexuales entre menores de 14 a 18. Sin embargo dicha omisión no puede permitir que se declare la inconstitucionalidad de la norma, pues atentaría contra el bien superior del niño y lo establecido en la convención de los derechos del niño ratificado por el Perú, pues no solo se estaría despenalizando al menor infractor (14 a 18 años), sino también a los mayores de 18 años.

15. Siendo esto así, y si bien es cierto la norma materia de control al disponer que las relaciones sexuales con un menor de 14 a 18 años será reprimido con pena no menor de 25 ni mayor de 30 años, no está diferenciando si el agente es menor o mayor edad, omisión que no puede conllevar a una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, pues esta ha sido emitida para proteger a los menores de 14 a 18 años de los abusos sexuales cometidos por adultos, con lo cual se estaría atentando contra el bien superior del niño y en contra de la convención de los derechos del niño ratificado por el Perú, pues no solo se estaría despenalizando al menor infractor (menor de 14 y menor de 18 años), sino también a los mayores de 18 años; por lo que se hace necesario sin declarar la inconstitucionalidad del inciso 3) del artículo 173 en stricto, proceder a elaborar una sentencia interpretativa aditiva al haberse determinado la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, procediendo a interpretar el texto que consideramos incompleto por atentar con el bien superior del niño en su libre desarrollo de su personalidad y el respeto de sus derechos.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque:

1.- Se declare **INFUNDADA** la demanda
2.- **INTERPRETESE**; que el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, conforme a los fundamentos del presente voto y atendiendo a su real pretensión, **no es inconstitucional** siempre que se interprete que:

- La relación sexual consentida entre adolescentes menores de 14 a 18 años **está exenta de responsabilidad penal**;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

3.- La policía nacional, el Ministerio Público y todos los jueces de la república deben acatar este criterio bajo responsabilidad.

4.- Asimismo, bajo los efectos retroactivos que debe tener la presente sentencia por imperio de la ley más favorable en materia penal, debe revisarse los procesos en los que se haya condenado o procesado a los que se encuentren dentro del alcance de esta interpretación.

5.-EXHORTAR al congreso de la República para que en la brevedad, atendiendo a los fundamentos expuestos, legisle con mayor precisión la diferenciación expresada en la presente sentencia.

6.EXHORTAR al órgano Ejecutivo, al órgano Legislativo, y otros organismos encargados del Estado, se preocupen por desarrollar una mejor educación sexual de la población adolescente así como el respeto a su libre desenvolvimiento dentro de la sociedad.

Sr

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

VICENTE ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR