

*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

Lima, treinta y uno de enero  
de dos mil diecisiete.-

**VISTOS;** con el acompañado; y **CONSIDERANDO:**

**I.- MATERIA DE CONSULTA**

**Primero:** Es materia de consulta ante esta Sala Suprema, la sentencia de vista, de fecha veinte de octubre de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos ochenta y seis, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, que inaplica para el presente caso el artículo 173 inciso 2 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional, toda vez que colisiona con los derechos fundamentales a la dignidad y a la libertad, sin afectar su vigencia; en los seguidos contra Loly Juan Alejos Flores por el delito de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales I.M.O.F.

**II.- SOBRE LA INSTITUCIÓN PROCESAL DE CONSULTA**

**Segundo:** El control difuso consiste en la atribución jurisdiccional de inaplicar -al caso concreto- una norma legal o infralegal incompatible con la Constitución Política del Estado. El control difuso tiene carácter incidental, en tanto que se da al interior de un proceso, y es concreto o relacional, ya que en su ejercicio no se analiza la norma reputada inconstitucional en abstracto, sino con ocasión de su aplicación a un caso en particular. Por ello también, los efectos del control difuso son *inter partes* y no *erga omnes*, esto es, su alcance está circunscrito a los que participan en la controversia.

**Tercero:** El inicio del control difuso en el Derecho Constitucional se remonta a la sentencia del Juez Norteamericano John Marshall en el caso *William Marbury versus James Madison* (5 U.S. 137) de mil ochocientos tres, cuando el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América inaplicó para el caso concreto, la *Judiciary Act* de mil setecientos ochenta y nueve por considerarla contraria a lo establecido en la Constitución Federal de mil setecientos ochenta y siete. A esta técnica

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

se le conoce como *judicial review*<sup>(1)</sup>.

**Cuarto:** En lo referente a la recepción peruana de esta técnica jurisprudencial norteamericana, aún cuando se enuncia en sentido negativo, la Constitución de la República Peruana de mil ochocientos cincuenta y seis, estableció en su artículo 10: *“Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”*. A la Constitución de mil ochocientos cincuenta y seis le siguió la Carta de mil ochocientos sesenta, que no recogió esta específica previsión. Posteriormente, acaso ante la ausencia de una norma constitucional, el Código Civil de mil novecientos treinta y seis en el artículo XXII del Título Preliminar señaló que: *“Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una ley, se prefiere la primera”*. Finalmente, ya en el plano constitucional, la Constitución Política del Perú de mil novecientos setenta y nueve estableció en su artículo 236: *“En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una ley ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”*.

**Quinto:** La potestad jurisdiccional del ejercicio de control difuso se encuentra actualmente establecida en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, en los términos siguientes: *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*.

**Sexto:** Por mandato del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, de conformidad con el artículo 236 de la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve<sup>2</sup>, cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de

---

<sup>1</sup> Cfr., entre otros, García Belaunde, Domingo. “El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. Aproximación al tema”. Ponencia del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México, 2004.

<sup>2</sup> Ahora artículo 138 de la Constitución Política de 1993.

**CONSULTA N° 19541-2016  
DEL SANTA**

una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Como puede observarse, la Ley Orgánica del Poder Judicial desarrolla en el citado artículo lo previsto en el texto fundamental y establece que el ejercicio del control difuso se dará no solamente en cualquier proceso, sino también será efectuado por todo Juez de cualquier especialidad. Precisa además esta norma que: *“En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece”*, lo que tiene que ver con las características básicas del control difuso.

**Séptimo:** Si bien todo Juez tiene la potestad y el deber de ejercer control difuso de constitucionalidad normativa, en tanto es el defensor de la Constitución, no es menos cierto, que nuestro ordenamiento jurídico ha confiado en la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, y solamente en ella, la tarea de valorar si este ejercicio jurisdiccional del control difuso practicado pueda resultar constitucionalmente admisible o no. De este modo, será entonces la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desaprobe el ejercicio del control difuso, con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un Juez no necesariamente especialista en materia constitucional, y, en segundo término, uniformar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

**Octavo:** Ello ha quedado claramente establecido en el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala: *“Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aún cuando contra éstas no quepa recurso de casación”*. Por lo tanto, corresponde a esta Sala Suprema pronunciarse sobre la

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

constitucionalidad material del ejercicio del control difuso realizado por cualquier Juez en todo tipo de proceso y en cualquier etapa de éste.

**Noveno:** Además de lo anotado, el Código Procesal Constitucional ha establecido dos criterios adicionales para el ejercicio del control difuso cuando señala, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar: *“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”*. De esta manera, le exige al Juez que el ejercicio del control difuso a efectuar sea practicado en tanto resulta pertinente para la dilucidación del caso a su conocimiento; y que, además, emplee en su análisis el criterio de interpretación constitucional denominado *“interpretación conforme a la Constitución”* que le demandará preferir, de las múltiples interpretaciones que puedan establecerse respecto de la norma cuestionada, aquella que salve su constitucionalidad. Como se desprende de lo anterior, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, al momento de revisar la constitucionalidad por la aplicación del control difuso de parte de cualquier Juez, y entre otros criterios o principios de interpretación, también habrá de seguir las pautas establecidas sobre la materia en el Código Procesal Constitucional.

**Décimo:** Este contexto normativo permite concluir que, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad, confiándole a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, la tarea de valorar si este ejercicio jurisdiccional resulte constitucionalmente admisible o no. De este modo, será la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desaprobe el ejercicio del control difuso, con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un Juez no necesariamente especialista en materia constitucional; y, en segundo término, uniformizar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

competencia.

**III.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA MATERIA DE LA CONSULTA**

**Décimo Primero:** Como ya se ha precisado, la sentencia materia de consulta ha inaplicado para el presente caso el artículo 173 inciso 2 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional, toda vez que colisiona con los derechos fundamentales a la dignidad y a la libertad, sin afectar su vigencia. Considera con relación a la norma citada que la imposición de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad al autor o partícipe de la violación sexual de una menor de once años de edad, no es medio necesario o indispensable para lograr la proyección efectiva del bien jurídico “indemnidad sexual”, por cuanto existen otras medidas alternativas igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo. Añade que la pena citada es una intervención de intensidad grave sobre la dignidad y libertad personal del imputado; y el nivel de satisfacción que se logra con esa medida, sobre la protección del bien jurídico protegido de la menor agraviada es de grado medio; razones por las cuales deviene en incompatible con la Constitución.

**Décimo Segundo:** Sostiene que ha quedado demostrado que el imputado mantuvo relaciones sexuales con la agraviada, esto se tiene de la propia declaración del acusado, corroborado con lo declarado por la agraviada en la cámara Gessell, así como con el informe del perito médico. Asimismo, se ha demostrado que el imputado tenía conocimiento de la edad de la menor y que pese a ello, mantuvo relaciones sexuales hasta en dos oportunidades. Adicionalmente a ello, se debe precisar que según se advierte del informe de la perito antropóloga la menor presenta características propias de su edad, es decir once años, sumado a la declaración del médico legisla quien estima su edad en doce años más o menos.

**IV.- CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

**CONSULTA N°19541-2016**  
**DEL SANTA**

**Décimo Tercero:** En la normatividad vigente, se ha constitucionalizado el principio de proporcionalidad en el Título V de la Constitución Política del Estado que trata sobre las Garantías Constitucionales, exactamente en el último párrafo del artículo 200, en el que se dispone: ***“Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”***. Con relación al ámbito de proyección del principio bajo referencia, cabe precisar, que no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo establece la disposición constitucional este principio permite examinar cualquier acto que restrinja un atributo de naturaleza subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado.

**V.- Test de Proporcionalidad con relación al caso de autos.**

**Décimo Cuarto:** Esta Sala Suprema a fin de determinar si efectivamente existe un conflicto de normas jurídicas que resultan aplicables al caso *sub litis*, conflicto en el que además se vulnera derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política del Estado procede a efectuar la técnica de ponderación que se materializa a través del **test de proporcionalidad** que sirve para solucionar un conflicto de derechos, siendo su objeto: *“el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso en particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado”*<sup>3</sup>. Al respecto, es mediante sentencia recaída en el Expediente N° 3873-2014 San Martín<sup>4</sup>, emitido por este Supremo Tribunal, donde se reitera que el referido test se encuentra estructurado en tres fases que comprenden:

---

<sup>3</sup> GRANDEZ CASTRO, Pedro, “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”, Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Palestra, Lima 2010, p 347.

<sup>4</sup> Sentencia de fecha diecisiete de marzo de dos mil quince; en los seguidos por don Alfredo Sandoval Fernández contra doña Marjori Trujillo Guevara, sobre impugnación de paternidad (Considerando Noveno).-

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto. En relación a ellos se indica que: *“En primer orden, a través del **examen de idoneidad**, se evalúa el medio empleado por el legislador, para la consecución del fin constitucional; es decir se analiza si la medida resulta adecuada para la consecución de la finalidad constitucional, constituyendo una observación medio-fin”*.

**Décimo Quinto:** Seguidamente, solo superado este primer examen, corresponde acudir al **examen de necesidad** que comprende una comparación entre los medios empleados por el legislador para la consecución del fin constitucional y otros hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin, de modo tal, que se evalúa si los otros medios alternativos serían igualmente idóneos; constituyendo un análisis “medio-medio”. Por último, y solo en caso de superarse los juicios anteriores, corresponderá someterse a la norma al **examen de proporcionalidad en sentido estricto**, donde se deberá realizar un juicio de comparación entre el grado de realización del fin constitucional y el grado de intensidad en la intervención en el derecho fundamental que configura su contrapartida y que se ha afectado, de modo tal, que se evalúa el nivel de satisfacción de uno de los derechos en juego, en relación a la afectación del otro derecho en conflicto, que a decir de Robert Alexy: *“cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”*<sup>5</sup>.

**Décimo Sexto:** Así tenemos, de un lado, a la norma constitucional, **artículo 1 de la Carta Política del Estado donde se prescribe: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado**. Sobre el principio de dignidad de la persona ha establecido el Tribunal Constitucional<sup>6</sup> que: *“partiendo de la máxima*

---

<sup>5</sup> ALEXY, Robert “La fórmula del peso” “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”, Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Palestra, Lima 2010. Página 15.

<sup>6</sup> Resolución N° 2016-2004-AA/TC, de fecha cinco de octubre de dos mil cuatro, expedida con ocasión del recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Luis Correa Condori contra la sentencia de la Cuarta

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

*kantiana, la dignidad de la persona supone el respeto del hombre como fin en sí mismo, premisa que debe estar presente en todas los planes de acción social del Estado suministrando una base constitucional a sus políticas, pues en el Estado social el respeto a la dignidad se refiere esencialmente a lograr una mejor calidad de vida de las personas”.*

**Décimo Séptimo:** El artículo bajo comento, es la base fundamental de la pirámide de derechos contenida en nuestra Constitución Política del Estado, disposición normativa donde se reconoce a la persona humana como el ente máximo dentro de nuestra sociedad; ordenando al Estado y a la sociedad a la que pertenece, la protejan y garanticen el resguardo de los demás derechos fundamentales. Entonces, el resto del cuerpo constitucional citado tiene que lograr esta finalidad; razones por las cuales, en sede jurisdiccional no podemos pensar en posibilidad alguna de un análisis constitucional de una norma, sin verificar el respeto a la dignidad del ser humano, tanto por el Estado como por los particulares.

**Décimo Octavo:** Ahora bien, como lo señala Peña Cabrera<sup>7</sup>: *“hay consenso en la dogmática jurídico – penal moderna en sostener que la vida, base material y espiritual del ser humano, se erige como pilar del ordenamiento jurídico – constitucional por cuanto, se trata del bien jurídico de mayor relevancia a tutelar y es conditio sine qua non para el desarrollo y desenvolvimiento del resto de bienes jurídicos del individuo. Perspectiva humanista que se desprende de todos los ordenamientos penales democráticos, inclusive de Estados autoritarios”.* Entonces si la vida es el pilar sobre el cual se erige el ordenamiento jurídico – constitucional de mayor relevancia, son los Estados los llamados a garantizar la protección de dicho derecho fundamental; pero no solo de tal derecho sino también de los demás derechos fundamentales que al igual que aquel asegurarán el **desarrollo**

---

Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha 29 de enero de 2004 que declaró improcedente la acción de amparo interpuesta.

<sup>7</sup> Peña Cabrera, Alonso Raúl. Los delitos Sexuales. Análisis Dogmático, Jurisprudencial, Procesal y Criminológico. 2da Edición. Ideas Solución Editorial SAC. Lima, 2015. p. 238.

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

***integral físico y psico- social del ser humano como tal.***

**Décimo Noveno:** Así respecto al tema bajo análisis, tenemos al derecho fundamental a la libertad, el cual ha sido citado por la Corte Superior a manera de justificar la inaplicación del artículo 173 inciso 2 del Código Penal al caso *sub materia*. Sobre el derecho fundamental a la libertad, esta Sala Suprema considera relevante señalar que se trata de un derecho inherente a la naturaleza del ser humano. En efecto, desde que el ser humano nace es libre y esa es su condición natural en sociedad; no obstante, durante siglos dicha condición fue desconocida y ello dio lugar a las innumerables guerras y conflictos sociales a lo largo de la historia de la humanidad. Entonces, no podemos pensar en que el Estado debe procurar solo la defensa de los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad sin procurar lo mismo, respecto del derecho a la libertad, un hombre con vida pero sin libertad no es concebible desde ningún punto de vista. Finalmente, este Supremo Colegiado concluye sobre los derechos fundamentales citados que se trata de una trilogía imperativa en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho que debe ser la base de toda norma penal que restrinja derecho alguno del ser humano, ante la comisión de un tipo penal.

**Vigésimo:** De otro lado, tenemos a la norma cuestionada de incompatibilidad constitucional, artículo 173 inciso 2 del Código Penal que prescribe: ***“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: (...) 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco”***. Al respecto, cabe preguntarnos qué es lo que buscó el legislador con el tipo penal bajo análisis, simplemente sancionar la conducta allí descrita, o por el contrario, valerse del Derecho Penal para tutelar la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de catorce años de edad, y en palabras de Peña Cabrera: *“la*

**CONSULTA N°19541-2016**  
**DEL SANTA**

*moralidad de los menores de dieciocho años hasta los catorce años de edad*<sup>8</sup>. Para mayor precisión, cuando nos encontramos ante el tipo penal de violación de la libertad sexual ejercida contra un mayor de dieciocho años de edad lo que se tutela es la *autonomía sexual del ser humano y la libertad sexual*, albedrío inherente al hombre por su condición humana; en consecuencia es la auto - determinación sexual del ser lo que se protege, así como la libertad sexual personal y en el ámbito social. En ese sentido, Jorge Enrique Valencia señala: *“Es lugar común afirmar que en la historia de las instituciones penales la violación es el atentado más grave que puede concebirse contra la libertad sexual individual”*<sup>9</sup>; y así también es considerado en la sociedad peruana.

**Vigésimo Primero:** Entonces, tanto en el contexto personal y social lo que protege el Derecho Penal es la indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad que por su inmadurez y fragilidad sexual se encuentran más expuestos a verse dañados en su desarrollo integral (psicológico, social y físico) de ser víctimas de violación sexual. En efecto, para Muñoz Conde cuando se trata de menores de edad, lo que se prohíbe es el ejercicio sexual del agente hacia dicho menor, en la medida que puede afectarse el desarrollo de la personalidad de este último, lo cual a su vez produce graves alteraciones que incidan en su vida o en su equilibrio psíquico en el futuro<sup>10</sup>. De esta manera, los actos sexuales que el hombre realice con su propio cuerpo no es de incumbencia del Derecho Penal; sin embargo, cuando un tercero realice actos sexuales respecto de otro ser humano atentando contra sus derechos fundamentales a la vida, a su libertad sexual y a su indemnidad sexual, ello sí importa al Derecho Penal, agravándose cuando aquella conducta típica atenta contra los menores de

---

<sup>8</sup> Peña Cabrera, Alonso Raúl. Op cit., p. 355.

<sup>9</sup> Valencia Martínez, Jorge Enrique. Delitos Contra la Libertad y el Pudor Sexual: Examen Dogmático. Forum Pacis. Bogotá, 1993, p. 17.

<sup>10</sup> Cfr. Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Revisado y Concordado con el Código Penal Español de 1995. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p.201.

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

edad.

**Vigésimo Segundo:** Nótese que en el Perú se hace una diferencia entre los menores de edad de catorce años para abajo y los menores de edad de catorce años hasta los dieciocho años de edad. Al respecto, este Supremo Tribunal conviene en precisar que ya sobre el tema de violación de la libertad sexual de menores de edad, en una primera etapa, las Salas Penales Supremas han venido excluyendo del tipo penal contenido en el artículo 173 del Código Penal ciertas conductas, al advertir el consentimiento del menor de edad. Así tenemos que, mediante el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CS-116, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, se establecieron como doctrina legal obligatoria para los Jueces y Salas Penales, respecto del inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado **cuando éste cuente entre dieciséis y dieciocho años**, así como también atenuación de la pena fijada hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175 y 179 del mismo Código normativo, para los casos de personas entre los catorce y los dieciséis años.

**Vigésimo Tercero:** Por su parte, mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CS-116, de fecha dieciocho de julio del dos mil ocho, el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República fijaron como doctrina legal, respecto del inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 28704, **la exención de la responsabilidad penal si mediaba el consentimiento del titular del bien jurídico afectado**. En ese sentido, señalaron que había perdido vigencia el fundamento jurídico N° 11 del anterior Acuerdo Plenario N° 7-2007/CS-116 y, en consecuencia, extendieron la exención de responsabilidad penal **también cuando el menor de dieciséis y mayor de catorce años prestase su consentimiento para realizar una relación sexual**.

**Vigésimo Cuarto:** Por otro lado, a través del Pleno Jurisdiccional del

**CONSULTA N° 19541-2016  
DEL SANTA**

Tribunal Constitucional, sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el veinticuatro de enero de dos mil trece, demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 1 de la Ley N° 28704 que modifica el artículo 173, inciso 3 del Código Penal, sobre delito contra la libertad, en la modalidad de violación de la libertad sexual contra víctima entre catorce y dieciocho años de edad, se reconoce al igual que las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, que la libertad o autodeterminación sexual de los adolescentes de entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y señala que el artículo 173 inciso 3 del Código Penal (que sancionaba el delito contra la libertad, en la modalidad de violación de la libertad sexual de menores de ese rango etario) constituye una intervención injustificada en su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que resulta incompatible con la Constitución Política del Estado. ***De esta manera, dicho órgano jurisdiccional considera ilegítimo sancionar penalmente las relaciones sexuales que tiene un adulto con un adolescente de entre catorce y menos de dieciocho años de edad, cuando éste presta su libre consentimiento, pues de esa forma se desconoce o anula su libertad sexual, como expresión de su libre desarrollo de la personalidad. Por ende, el efecto de los plenos referidos y la sentencia del Tribunal Constitucional es que si un adulto tiene relaciones sexuales consentidas con un adolescente de entre catorce y menos de dieciocho años de edad, no incurre en delito alguno y no puede ser sancionado penalmente.***

**Vigésimo Quinto:** Entonces, en esta primera etapa, teniendo en cuenta lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional, si existiera algún procesado o condenado por haber tenido relaciones sexuales con el consentimiento del adolescente entre la edad de catorce y menos de dieciocho años de edad, deberán ser liberados del *ius puniendi del Estado*, siendo las consecuencias: i) el archivamiento del proceso o la anulación de la pena; y ii) las conductas de los procesados y

**CONSULTA N° 19541-2016  
DEL SANTA**

condenados por este delito en razón de haber tenido relaciones sexuales sin el consentimiento del menor de catorce a menos de dieciocho años de edad, deben ser adecuadas a los tipos penales contenidos en los artículos 170, 171, 172 o 174 del Código Penal, lo que originará supuestos en los que se realice una nueva calificación jurídica de los hechos, y como consecuencia de ello una adecuación del tipo penal.

**Vigésimo Sexto:** En una segunda etapa, tenemos al IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema del Perú<sup>11</sup>, que trató sobre la aplicación judicial del artículo 15 del Código Penal y los procesos interculturales por delitos de violación de niñas y adolescentes; donde los jueces integrantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precisaron con acierto que: ***“Históricamente los delitos de violencia sexual contra menores de catorce años de edad han generado siempre una grave alarma social. Por tal razón en la legislación vigente ellos están sancionados con penas muy severas, entre las que se incluye a la cadena perpetua. En la actualidad la judicatura penal nacional viene registrando una recurrencia relevante de procesos por delitos de abuso y violencia sexual en agravio de niñas y adolescentes menores de 14 años, los cuales tienen como autores a integrantes de comunidades campesinas y amazónicas del país. La presencia de esta clase de delitos y de procesos penales marca sus mayores indicadores de frecuencia en los Distritos Judiciales de Cajamarca, Loreto, San Martín, Ayacucho, Puno y Cuzco”.***

**Vigésimo Séptimo:** En el Pleno Jurisdiccional bajo comentario, los Jueces Supremos determinaron que la mayoría de dichos casos guardan relación con: i) la existencia de patrones culturales tradicionales que inciden en la potenciación de la vulnerabilidad sexual de niñas y adolescentes menores de

---

<sup>11</sup> IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada el 21 de junio de 2016. ACUERDO PLENARIO N° 1-2015/CIJ-116

**CONSULTA N° 19541-2016  
DEL SANTA**

catorce años; ii) una arraigada tolerancia y fomento social en las comunidades campesinas y amazónicas, ubicadas en aquellas áreas geográficas del territorio nacional, hacia el sometimiento a prácticas sexuales tempranas de las niñas o adolescentes desde que ellas comienzan a menstruar; iii) discriminación social y política de la mujer indígena que tiene un origen y connotación androcentrista; y se señaló además, que en ese contexto, otro componente que también incidía negativamente en la extensión de la imagen del problema descrito, lo constituía la aplicación indebida o distorsionada que viene haciendo la justicia penal nacional de las consecuencias jurídicas que regula el artículo 15 del Código Penal que prescribe: ***“El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena”***.

**Vigésimo Octavo:** En conexión con lo esbozado en la consideración que precede, los Jueces Supremos en lo Penal, precisaron que el proceder judicial adolece además de otras disfunciones como: *“1. Tendencia prevalente en las sentencias penales a validar (absolución) o minimizar (aplicar penas leves) el tratamiento de los perpetradores de actos de violencia sexual contra niñas o adolescentes menores de catorce años de edad, en aplicación del artículo 15, sin mediar una pericia antropológica. 2. Interés fundamental del órgano judicial por identificar con la pericia antropológica solo la condición de aborígen, nativo o campesino del imputado, haciendo a un lado el análisis del contexto cultural que determinó la agresión sexual. 3. Invisibilización frecuente de la víctima en los procesos judiciales. 4. Ausencia de otros medios de contrastación de las costumbres o patrones culturales que influyeron en la conducta delictiva para decidir la aplicación de los efectos del artículo 15 del Código Penal. 5. Escaso conocimiento y utilización práctica de los protocolos de actuación judicial*

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

*intercultural. 6. Distorsión ideológica sobre el rol y situación de la víctima de la violencia sexual (“prestó su consentimiento”, “sus padres y la comunidad lo aceptaron”, “así son pues sus costumbres”). 7. Falta de equidad y sensibilidad en las decisiones judiciales sobre la reparación de los daños sufridos por la víctima.”*

**Vigésimo Noveno:** En atención a lo expuesto en los considerandos anteriores, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional citado acordaron que si bien es cierto las relaciones jurídicas penitenciarias se inician desde que el interno es condenado por sentencia firme –*se rige por la ley vigente en ese momento*–; las consecuencias que de ellas se derivan, podrían ser alteradas o modificadas por la promulgación de una nueva norma jurídica, salvo en los supuestos de retroactividad benigna; lo que quiere decir, en este último supuesto, que si una norma de ejecución penal, penitenciaria concretamente, es promulgada con posterioridad, en un momento cualquiera, y resulta más beneficiosa para los internos-penados, esa norma se les aplica en lo que les beneficia, regulando de esta manera situaciones del pasado, retroactividad benigna. Se acordó además que -*en clave de favorabilidad*- aquellos que hubieran solicitado beneficios penitenciarios y se les hubiera denegado por aplicar criterios distintos a las Leyes N° 30101 y N° 30332, citando a su vez como fundamento la vigencia de las Leyes N° 30054, N° 30068, N° 30076, N° 30077 y N° 30362, en tanto y en cuanto colinden con lo dispuesto en el Acuerdo Plenario bajo comento, tenían expedito su derecho para volver a incoar el procedimiento penitenciario correspondiente.

**Trigésimo:** Pasamos al **test de idoneidad** del artículo 173 inciso 2 del Código Penal que prescribe: *“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: (...) 2. Si la víctima*

**CONSULTA N°19541-2016**  
**DEL SANTA**

*tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco".* En primer término, para el tipo penal citado debemos tener en cuenta que el legislador ha seguido una política criminal cuyo fundamento es proteger la indemnidad sexual de los menores de edad, teniendo en cuenta su grado de inmadurez psicológico, biológico y social; seres humanos que aún no son capaces de identificar, direccionar y controlar racionalmente su conducta sexual en una esfera personal – familiar y en sociedad; y adolecen también de medios para reprimir conductas o amenazas de terceros que tiendan a orientarlos a un desborde sexual aprovechándose el agente de su vulnerabilidad y minoría de edad, de su inseguridad al fin y al cabo.

**Trigésimo Primero:** A manera de determinar si la norma bajo análisis es idónea, este Supremo Tribunal conviene en precisar que el artículo bajo análisis es el claro reflejo de la intención del legislador por reprimir una conducta antijurídica sumamente grave como es el caso del delito contra la libertad, en la modalidad de violación de la libertad sexual de los menores ***cuando si o solo si la víctima tenga entre diez y menos de catorce años de edad; tipo penal en el que la pena para el autor, independientemente del consentimiento de la víctima, será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.***

**Trigésimo Segundo:** En efecto, el artículo 173 inciso 2 del Código Penal contiene un tipo penal en el cual se protege diversos bienes jurídicos y diversos derechos fundamentales, ***tales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez, que se protege la indemnidad sexual de los menores cuya edad fluctúa entre los diez y menos de catorce años de edad,*** por cuanto aún no se encuentran en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, su consentimiento es irrelevante; lo cual esta Sala Suprema corrobora de la tendencia penal citada: Acuerdo Plenario N°7-2007/CS-116, de fecha dieciséis de noviembre del dos mil siete; Acuerdo Plenario N°4-2008/CS-116, de fecha dieciocho de

**CONSULTA N° 19541-2016  
DEL SANTA**

julio del dos mil ocho; Acuerdo Plenario N° 1-2015/CIJ-116, publicada el veintiuno de junio de dos mil dieciséis, todos adoptados al interior de los Plenos Jurisdiccionales de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República de los últimos lustros; además del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, cuya sentencia expedida en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el veinticuatro de enero de dos mil trece, ***donde los Jueces tanto de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú como los Magistrados del Tribunal Constitucional de este país han reconocido jurisdiccionalmente la libertad o autodeterminación sexual de los adolescentes de entre catorce y menos de dieciocho años de edad, prescribiendo que la sanción del delito contra la libertad, en la modalidad de violación de la libertad sexual de menores de entre catorce y menos de dieciocho años constituye una intervención injustificada en su derecho al libre desarrollo de la personalidad, resultando incompatible con la Constitución Política del Estado.*** En consecuencia, conforme a los precedentes jurisdiccionales citados es idóneo sancionar penalmente las relaciones sexuales que se tiene con un adolescente que tenga entre diez y menos de catorce años de edad; resultando por tanto la sanción contenida en la norma bajo análisis la ajustada a ley y a los antecedentes jurisprudenciales tantas veces citados, ***dada la gravedad del delito contra la libertad, en la modalidad de violación de la libertad sexual ocurrido con los menores aquí citados que no pueden consentir jurídicamente, por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”; sancionándose el acto sexual contra la menor referida en sí mismo, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.***

**Trigésimo Tercero:** Ahora bien, superado el examen de idoneidad, procede

**CONSULTA N°19541-2016**  
**DEL SANTA**

examinar la norma en cuestión, a la luz del sub principio de necesidad, determinándose si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización del objetivo, esto es, la protección de la indemnidad sexual de los menores de edad. ***Al respecto, esta Sala Suprema consciente de la realidad nacional e inseguridad de los menores de edad en las esferas Personal – Familiar y en Sociedad, considera que no existen medios alternativos igualmente idóneos que el artículo 173 numeral 2 del Código Penal para la tutela de la indemnidad sexual de los menores de catorce años de edad.*** En efecto, tal y como se ha desarrollado en los considerandos que preceden, los niños y adolescentes constituyen uno de los sectores más vulnerables de la Sociedad Peruana, situación que exige una especial protección por parte del Estado a través del Derecho Penal. En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>12</sup>, reconoce a los niños y adolescentes como sujetos de derechos, es decir, como titulares de derechos y obligaciones; en consecuencia, la norma bajo comento supera el sub principio de necesidad.

**Trigésimo Cuarto:** Ahora pasamos al **examen de proporcionalidad en sentido estricto**, donde este Tribunal Supremo realizará un juicio de comparación entre el grado de realización del fin constitucional y el grado de intensidad en la intervención en el derecho fundamental que configura su contrapartida y que se ha afectado, de modo tal que se evaluará el nivel de satisfacción de uno de los derechos en juego, en relación a la afectación del otro derecho en conflicto. Al respecto, cabe remitirnos al Derecho Comparado, específicamente a la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Resolución Legislativa N°25278 de fecha tres de agosto de mil novecientos noventa, donde se establece lo siguiente: “Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser

---

<sup>12</sup> Los derechos de los niños y adolescentes han sido consagrados de manera particular en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que consagra la "Doctrina de la Protección Integral", doctrina a través de la cual se reconoce a aquellos como sujetos de derecho; dicha Convención fue ratificada por el Perú con fecha 04 de setiembre de 1990.

**CONSULTA N° 19541-2016  
DEL SANTA**

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”. 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, conforme al derecho internacional la Administración Pública y los órganos jurisdiccionales deberán tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad (niños o adolescentes) y su interés superior para regular jurídicamente la participación de éstos en Sociedad, así como la determinación de sus derechos; encontrándose obligado el Estado Peruano a garantizar la supervivencia y el desarrollo del niño.**

**Trigésimo Quinto:** En el derecho nacional, 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 (...)**”. Al respecto, como ya se ha señalado, lo que se protege con el tipo penal contenido en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal es la indemnidad sexual de los menores de edad que como consecuencia de un acto de violación sexual pueden verse gravemente afectados en el desarrollo de su personalidad y en el desenvolvimiento de su ser en ámbitos tanto personal - familiar como social. Esta Sala Suprema considera relevante precisar que el tipo penal en cuestión es acorde a una política criminal democrática, que efectivamente cautela el principio de ofensividad desde una perspectiva material del bien jurídico, reafirmando la personalidad de los menores de edad como seres humanos.

**CONSULTA N°19541-2016**  
**DEL SANTA**

**Trigésimo Sexto:** Esta Sala Suprema verifica, del tipo penal inaplicado por supuesta incompatibilidad constitucional, que el grado de realización del fin constitucional, esto es, la protección de la indemnidad sexual de los menores de edad, **y el grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad, es proporcional;** y esto es así por cuanto, se comprueba que el tipo penal bajo análisis es proporcional a la acción de criminalidad que genera las consecuencias jurídicas. En efecto, esta Sala Suprema es testigo del grave daño que se ocasionan a los menores de edad menores a los catorce años de edad que sufren de un acto de violación sexual; y ha sido la sociedad misma y el interés público nacional los que han legitimado la punición bajo estudio, **limitando el legislador legítimamente el derecho fundamental a la libertad del agente quien aprovechando de la fragilidad de los menores realiza actos de violación sexual contra ellos.**

**Trigésimo Séptimo:** Debe tenerse en cuenta además dos principios fundamentales, ***los Principios de evolución de facultades del niño y del adolescente y el de interés superior del niño.*** Respecto al primer principio nombrado se busca una proporción entre el reconocimiento de los niños y adolescentes como actores principales de su vida, **y la necesidad de recibir protección en correspondencia con su situación de vulnerabilidad, siendo el llamado a garantizar tal protección en primer lugar el Estado.** Tanto los niños como los adolescentes son seres humanos altamente vulnerables frente a diversas situaciones perjudiciales para su desarrollo evolutivo tanto físico como psicológico, y entre las situaciones perjudiciales en las que se encuentran en mayor desventaja tenemos al abuso sexual.

**Trigésimo Octavo:** Este Supremo Tribunal corrobora que la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental a la libertad se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material; teniendo en cuenta que los derechos fundamentales como el derecho fundamental a la

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

libertad, no tienen la condición de derechos absolutos, por lo tanto una intervención en el derecho fundamental a la libertad no puede considerarse como sinónimo de violación del mismo; lo que se busca con la norma cuestionada e inaplicada es 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 los individuos, en la comunidad toda, protegiendo preventivamente el bien tutelado por el derecho penal, que para el presente caso es la indemnidad sexual.**

**Trigésimo Noveno:** Asimismo, el artículo 173 numeral 2 del Código Penal bajo análisis tiene por finalidad que la imposición de la pena cumpla de manera efectiva con el fin de prevención general en su vertiente positiva, generándose un efecto de confianza entre los individuos 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. Esta Sala Suprema también verifica que la norma cuestionada tiene como propósito asegurar la denominada prevención especial de efecto inmediato, es decir, permitir al delincuente detenerse para internalizar el daño social ocasionado por su conducta antijurídica, dándose lugar a un proceso de desmotivación. En consecuencia, esta Sala Suprema ha verificado que para el caso materia de consulta, la norma inaplicada por la Sala Superior ha superado el Test de Proporcionalidad, resultando el artículo 173 inciso 2 del Código Penal una norma idónea, necesaria y proporcional; por lo tanto, compatible con la Constitución Política del Estado Peruano; siendo factible de la interpretación conjunta de las normas en conflicto, obtener una interpretación conforme a la Carta Fundamental.

En consecuencia; en estricto resguardo de los derechos fundamentales a un debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y a la libertad, vía control difuso, esta Sala Suprema: **DESAPRUEBA** la sentencia consultada de fecha veinte

*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*

**CONSULTA N° 19541-2016**  
**DEL SANTA**

de octubre de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos ochenta y seis, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa que **inaplica para el presente caso el artículo 173 inciso 2 del Código Penal** por incompatibilidad constitucional; en consecuencia **Nula** la sentencia consultada; en los seguidos contra Loly Juan Alejos Flores, por el delito de violación de la libertad sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales I.M.O.F; y los devolvieron. **Juez Supremo Ponente: Vinatea Medina.**

**S. S.**

**WALDE JÁUREGUI**

**VINATEA MEDINA**

**RUEDA FERNÁNDEZ**

**TOLEDO TORIBIO**

**BUSTAMANTE ZEGARRA**

*Agm/bma*