ACUERDO PLENARIO N° 01 - 2012/CJ-116

***FUNDAMENTO*: ARTÍCULO 116° TUO DE LA LOPJ**

***ASUNTO*: RECONDUCCIÓN DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL NO CONSENTIDO POR ADOLESCENTES MAYORES DE 14 Y MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD, AL ARTÍCULO 170° DEL CÓDIGO PENAL**

Lima, veintiséis de marzo de dos mil doce.-

Los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1°. Las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 53-2012-P-PJ, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor Juez Supremo Prado Saldarriaga, acordaron realizar el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal -que incluyó la participación ciudadana a través de instituciones académicas en audiencia pública- de los Jueces Supremos de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial -en adelante LOPJ-, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. El I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal se realizó en tres etapas: La primera etapa estuvo conformada por dos fases: el foro de participación ciudadana y la selección de las ponencias que serán expuestas en la audiencia pública. Esta etapa tuvo como finalidad convocar a la comunidad jurídica y a la sociedad civil del país, a participar e intervenir con sus valiosos aportes en los problemas hermenéuticos, así como la importancia y conflictuabilidad técnico jurídica, referido al reexamen de la tipificación del delito de violación de la libertad sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años, en los que no medió consentimiento del sujeto pasivo.
Luego, los Jueces Supremos discutieron y definieron la agenda -en atención a los aportes realizados- para lo cual tuvieron en cuenta además, los diversos problemas y cuestiones de relevancia jurídica que han venido conociendo sobre el tema en cuestión.

3°. La segunda etapa consistió en el desarrollo de la audiencia pública, que se llevó a cabo el doce de marzo del presente año. En ella, los representantes de la comunidad jurídica e instituciones acreditadas, luego de una debida selección, sustentaron y debatieron sus respectivas ponencias ante el Pleno de los Jueces Supremos de ambas Salas Penales, interviniendo en el análisis del tema del presente Acuerdo Plenario, la señora María del Carmen García Cantizano, representante del Instituto de Ciencia Procesal Penal; la señorita Rossina Guerrero, representante del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos; la señorita Cynthia Silva, representante del estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer; y finalmente, el Doctor Rafael Elmer Cancho Alarcón, Fiscal Adjunto Provincial Titular del Distrito Judicial de Ayacucho.

4°. La tercera etapa del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal comprendió el proceso de discusión y formulación de los Acuerdos Plenarios cuya labor recayó en los respectivos Jueces Ponentes en cada uno de los tres temas. Esta fase culminó con la Sesión Plenaria realizada en la fecha, con participación de todos los Jueces integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria (a excepción del doctor Pariona Pastrana, quien se encontraba de vacaciones), interviniendo todos con igual derecho de voz y voto. Es así como finalmente se expide el presente Acuerdo Plenario, emitido conforme a lo dispuesto en el Artículo 116° de la LOPJ, que, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial a dictar este tipo de Acuerdos con la finalidad de concordar criterios jurisprudenciales de su especialidad.

5°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por mayoría, se emitió el presente Acuerdo Plenario interviniendo como ponentes los señores RODRÍGUEZ TINEO y SALAS ARENAS.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

6°. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO: Teniendo en cuenta que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad tienen derecho a ejercer sus libertades sexuales (**Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116 de** fundamento Jurídico 12), habiendo surgido posiciones divergentes respecto a la ley penal aplicable para los casos de acometimiento sexual violento en agravio de personas dentro de la indicada escala etárea, corresponde adoptar una decisión que unifique la jurisprudencia, para asentar la seguridad jurídica, sin forzar los elementos esenciales de los tipos penales, procurando la mejor armonía dentro del sistema penal. De esa forma se evitará posturas jurisdiccionales diferentes expresadas hoy en Ejecutorias Supremas en sentido contrapuesto emitidas una en la Sala Penal Permanente y la otra en Sala Penal Transitoria.

7°. HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA DE LOS DELITOS SUB MATERIA: Los delitos contra la libertad sexual han sido tipificados por el legislador en el **Título IV** Delitos Contra la Libertad, **Capítulo IX** Delitos Contra la Libertad Sexual, del Código Penal de 1991. En dicho capítulo se regulan conductas que atentan tanto contra la

libertad sexual como contra la indemnidad sexual. La protección normativa del segmento etáreo 14 -18 en el Perú, ha tenido un tratamiento errático, que finalmente ha derivado en un "sinsentido", como más adelante se analiza.

Con la promulgación del Código Penal de 1991, no existía duda alguna al diferenciar las conductas de violación de la libertad sexual (artículo 170 CP) de la de violación presunta (artículo 173 CP), reproduciéndose en esencia los postulados que el Código Penal de 1924 reconocía. Es de anotar que el artículo 173, en los tres incisos de su estructura cubría la indicada protección en tres tramos: de **0 a 7 años**; de más de **7 a 10 años** y de más de **10 a 14 años**; por tanto, claramente las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años no se encontraban dentro del ámbito de protección de la ley penal, en tanto que los abusos sexuales en su contra se encontraban contemplados en el artículo 170, y en su caso los artículos 171, 172, 174, 175, 176, 177, 179 del CP.

La Ley N° 28704, publicada el 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173° inciso 3° del CP e introdujo un cambio radical a la regulación que existía respecto a la libertad sexual de los adolescentes de 14 y menores de 18 años de edad, dado que no sólo penalizó dicho acto sexual sea este consentido o no y equiparó el inicio de la responsabilidad penal con el inicio del libre ejercicio de la sexualidad, sino también, desde dicha data surgieron serias controversias en cuanto enfrentan directamente con dispositivos de la propia Constitución Política del Estado, referidos al libre desarrollo de la personalidad, libertad y legalidad.

De otro lado, en el artículo 179-A del CP (texto según la Ley N° 28251/2004) referido a las relaciones sexuales en casos de prostitución, con personas de 14 a 18 años se ha mantenido el castigo al usuario (agente delictivo) con pena de 4 a 6 años de privación de libertad, no obstante que hipotéticamente le correspondería la pena prevista en el inciso 3 del artículo 173 (que pretende sancionar cualquier relación sexual por cualquier motivo, desde la ley 28704/2006); surge por tanto un "sinsentido" notable originado en sede legislativa, que no favorece la finalidad afianzadora del derecho que se reconoce y exige deben tener los tipos penales hacia la colectividad, y crea espacios de aplicación desigual de las leyes penales.

Igualmente, al sancionar la seducción y los actos contra el pudor de menores, en los artículos 175° y 176° del CP, implícitamente sostienen que el objeto de protección de un mayor de 14 y menor de 18 años de edad es su libertad sexual y no su indemnidad sexual.

De ahí que resulta necesario efectuar un análisis separado del tratamiento presente en los artículos 170 y 173 del CP. **[Ver Anexo 1]**

A su vez, de ello se colige que el legislador penal de 2006, erradicó el cuarto inciso del artículo 170 y su contenido fue trasladado modificando el inciso 3 del artículo 173 del CP, extendiendo el marco protector con una intensidad máxima, quedando prohibido absolutamente todo tipo de relación sexual con menores de cualquier edad. Así diversos pronunciamientos de control constitucional difuso acogidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, respecto de las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de 14 y menores de 18 años (auto declarativo de excepción de naturaleza de acción en el caso Paraguayo Quispe - Consulta N° 2224/2007-; sentencia Jihuallanca Arapa –Consulta N° 637/2008), así como dos Acuerdos Plenarios Supremos sucesivos, han dejado en

claro que los mayores de 14 y menores de 18 años de edad gozan del derecho a la libertad para disponer de su sexualidad (y por tanto consentir o no relaciones de intimidad).

Independientemente de si la solución más óptima a ese problema es la inaplicación de la indicada norma por control difuso de constitucionalidad caso por caso, o la declaración abstracta y genérica de consentimiento como causa de justificación para todas las conductas de esta naturaleza, lo cierto es que no cabe perseguir ni castigar a nadie que se encuentre involucrado en un supuesto de esta clase[1].

La última versión del inciso 3 del artículo 173 CP distorsiona el resto de las previsiones respecto a los delitos sexuales y genera paradojas judiciales en perjuicio de los justiciables y en contra del principio de igualdad ante la ley.

La construcción normativa de cada uno de los dispositivos indicados preceptúa lo siguiente:

Artículo 170 CP Violación sexual	**Artículo 173 CP Violación sexual de menor de edad**
El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener 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, será reprimido con pena privativa de libertad **no menor de seis ni mayor de ocho años**. La pena será **no menor de doce ni mayor de dieciocho años** e inhabilitación conforme corresponda: 1. Si la violación se realiza a mano armada o por dos o más sujetos. 2. Si para la ejecución del delito se haya prevalido de cualquier posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, o de una relación de parentesco por ser ascendente, cónyuge, conviviente de éste, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción o afines de la víctima, de una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, de una relación laboral o si la víctima le presta servicios como trabajador del hogar. 3. Si fuere cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas,	El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con **un menor de edad**, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene **menos de 10 años de edad**, la pena será de cadena perpetua. 2. Si la víctima tiene **entre 10 años de edad, y menos de 14**, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco. ***3. Si la víctima tiene entre 14 años de edad y menos de 18, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*** Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le

[1] Como el Acuerdo Plenario no tiene carácter de ley, no resulta aplicable el art. 6 del CP, y por ello corresponde tanto a la sociedad civil como al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo atender la situación de las personas actualmente privadas de libertad, sufrido condena en acatamiento mecánico del artículo 173.3 CP, cuando hubieron relaciones sexuales consentidas con personas mayores de catorce menores de dieciocho años, formulado los planteamientos idóneos para resolver esa materia.

Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, en ejercicio de su función pública. 4. Si el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave. 5. Si el autor es docente o auxiliar de educación del centro educativo donde estudia la víctima.	impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

8°. HISTORIOGRAFÍA DEL TRATAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA MATERIA: La Corte Suprema de Justicia de la República, en Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, emitió como doctrina legal jurisprudencial vinculante los **Acuerdos Plenarios N° 07-2007/CJ y Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116,** respecto a la interpretación del artículo 173.3° del CP. El primero de ellos establecía que cuando las relaciones sexuales con menores entre 16 y menos de 18 años fuesen voluntarias es aplicable el artículo 20.10° del CP, esto es, la exención de la pena operando la institución del consentimiento, dado que los adolescentes tienen libre disposición sobre su libertad sexual, tal aseveración se realiza siguiendo las pautas del Código Civil referidas a la capacidad relativa de los menores de 18 años de edad para contraer matrimonio; sin embargo, refiere este mismo acuerdo que las relaciones sexuales con menores entre 14 y menos de 16 años de edad constituye delito, limitándose a establecer que por el principio de proporcionalidad o prohibición en exceso, prevista en el artículo VIII del Título Preliminar del CP, la pena debería atenuarse hasta los límites considerados para los delitos tipificados en los artículos 175° y 179°-A del Código ya mencionado, siempre que concurran los siguientes factores:

a) Diferencia etárea entre sujetos activo y pasivo no excesiva,
b) Existencia entre sujetos activo y pasivo de un vínculo sentimental carente de impedimentos o tolerado socialmente, y
c) Presencia de costumbre y percepción cultural de los sujetos que postule la realización de prácticas sexuales o de convivencia temprana.

Con este segundo acuerdo se amplió el alcance de la exención de pena por la institución del consentimiento para las relaciones con adolescentes que tienen de 14 años a más, pues –según se refiere- a partir de los artículos 175° y 176° del CP se puede concluir que los adolescentes mayores de 14 años en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad, ampliando el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de 14 a 18 años de edad.

9°. CARÁCTER DE LOS TIPOS PENALES: El tipo penal es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido o de la materia de la norma). El tipo, es un instrumento legal que pertenece al texto de la ley. Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la

imputación, el tipo debe de acoger, en principio todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición [FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS: *Derecho Penal -Parte General*. Editora Grijley, Lima, 2009, páginas 94/ss.] Así, la Ley Penal tiene que ser *certa* y *stricta* no pudiendo ser interpretada aplicándola a situaciones o casos parecidos. Se garantiza al ciudadano su seguridad jurídica que deberá fundamentarse en la interpretación literal de la norma penal. El legislador debe redactar tipos cerrados o determinados, pues los indeterminados o abiertos procuran incertidumbre que no puede ser atendida con alcances analógicos [JAVIER VILLA STEIN: *Derecho Penal Parte General*, Tercera Edición, Editorial Grijley, Lima, página 92].

La tipificación de conductas punibles se debe establecer mediante la ley expresa libre de ambiguedad, materializando el principio de legalidad cuyo fundamento constitucional se ubica en el artículo 2 numeral 24 inciso d de la Constitución Política del Perú, que expresa que *nadie podrá ser 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; principio también reconocido en el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así también, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal. En virtud de dicho principio-norma, la doctrina ha declarado que la ley penal es la única fuente formal directa para establecer conductas que merecen ser sancionadas. Por ende, el principio de legalidad tiene una de sus más importantes aplicaciones en la teoría de la tipicidad [EUGENIO ZAFFARONI: *Manual de Derecho Penal Parte General*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, página 374].

La racionalidad de las leyes penales, supone someter el proceso de criminalización primaria a una serie de etapas o estadios pre legislativos; importa la adecuación de la decisión normativa a los principios legitimadores del Derecho Penal bajo la concepción Política-ideológica del Estado Social y Democrático de Derecho. Las normas penales no pueden ser concebidas como una mera manifestación normativa de una actividad legislativa del Estado, pues estas importan la mayor injerencia estatal sobre los bienes jurídicos más preciados de los individuos; de tal manera que la normativa penal debe adentrarse al campo de los valores y de los fines propuestos, esto es, desde una racionalidad axiológica y teleológica a la vez. El Derecho Penal, no es la mera puesta en escena de una postura del Estado frente al delito, sino la forma racional de resolver los conflictos sociales más graves de nuestra sociedad. De ahí que la política criminal deba someterse a los principios de subsidiariedad, fragmentariedad y de última ratio, como fundamentos ordenadores de la violencia punitiva en una sociedad libre y democrática [GACETA JURÍDICA: *Diálogo con la Jurisprudencia N° 108,* Análisis de la Sentencia de control constitucional difuso –caso Tome Guillén- emitida por la Segunda Sala Penal Superior de Arequipa, Lima, 2007).

10°. CONNOTACIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS PENALMENTE PROTEGIDOS: El bien jurídico queda establecido dentro de la norma jurídica, de manera que a cada norma le corresponde un bien jurídico. Este es creado por el

derecho que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección; así, bien jurídico será todo lo que, aún no constituyendo derecho, es valorado por el legislador como condición para que la vida comunitaria se desarrolle normalmente. Por lo que es interés de la comunidad conservarlo íntegro protegiéndolo mediante normas jurídicas. El objetivo del legislador no es la defensa de intereses jurídicos individuales sino el mantenimiento de las condiciones complejas para que la paz social no sea perturbada y los individuos puedan desarrollarse normalmente y ejercer sus derechos en libertad [JOSÉ HURTADO y VICTOR PRADO: *Derecho Penal Parte General*, 4ta Edición, Editorial IDEMSA, 2011, página 14]. Todo bien jurídico debe partir de los principios fundamentales basados en la Constitución a través de los cuales se les marcan sus límites de potestad punitiva al Estado, calificando a los bienes jurídicos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema [CLAUS ROXIN: *Derecho Penal – Parte General, la Estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, Traducción de la 2da. Edición Alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; Editorial Civitas, Reimpresión, 2000, página 56]. El Derecho Penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales, sino que se limita a la protección de los valores fundamentales del orden social, estos valores son los denominados bienes jurídicos –interés jurídicamente tutelado-. Un Derecho Penal democrático sólo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica [LUIS BRAMONT ARIAS TORRES: *Manual de Derecho Penal* – Parte General, Tercera Edición, Editorial EDDILI, Lima, 2005, página 92]. Por ende, no existen bienes jurídicos que fluctúan libremente sin estar asignados a un titular, sino sólo aquellos de cuya titularidad goza un individuo o un colectivo [OLMEDO CARDENETE: *Introducción al Derecho Penal,* Ara Editores, 2007, página 53]. De ahí que el artículo IV del Título Preliminar del CP ha establecido que la imposición de pena necesariamente requiere la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; entiéndase bienes jurídicos relativos al tipo penal correspondiente (expresión del carácter estricto del tipo penal), para no extender los alcances del Derecho Penal fuera de los límites de lo racional.

Si bien la fuente principal del Derecho Penal es la ley, su aplicación es insuficiente a partir de una mera interpretación literal de la misma, ya que en la actualidad la interpretación teleológica es el más importante criterio de interpretación, lo cual evidentemente se efectúa con el apoyo de la jurisprudencia, la costumbre, principios generales del derecho, la doctrina, entre otras fuentes. Lo anterior va de la mano con la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo el núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo así mismo el motivo y el límite del Derecho Penal [BERND SCHÜNEMANN: *El Derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídico,* Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal de Derecho, Traducción de Ángela de la Torre Benítez, Serie: Cuadernos de conferencias y artículos N.° 38, Bogotá, página 21).

El bien jurídico tutelado en los tipos penales constituye su esencia; no es de libre generación o determinación, menos aún judicial, y desde que no existe en el Estado

Democrático de Derecho un solo tipo penal que no afecte o ponga en riesgo algún bien jurídico de relevancia tal que merezca protección bajo amenaza de sanción como delito, se ha de concluir que forma parte del carácter estricto relativo a la tipología penal.

La judicatura Penal Suprema ha establecido recientemente en el **Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116** de seis de diciembre del dos mil once en el fundamento 16 que, en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o **por su minoría de edad**, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada "*intangibilidad*" o "***indemnidad sexual***". Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque existe tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad. Asimismo, en el Fundamento 15 se ha fijado que el bien jurídico en el Derecho Penal sexual no es una difusa moral sexual, la honestidad, las buenas costumbres o el honor sexual. Desde una perspectiva de la protección de bienes jurídicos relevantes, se considera que el bien tutelado en los atentados con personas con capacidad de consentir jurídicamente es la libertad sexual. En el fundamento 18 se estableció que atendiendo al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual, esto es, la ***libre autodeterminación en el ámbito sexual***, una buena parte de la doctrina nacional sostiene que, en estricto, lo que reprime este delito es un abuso sexual indeseado, no voluntario, no consentido, el criterio de la doctrina que sobre el particular sostiene [RAMIRO SALINAS SICHA: *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*, 2da Edición, Jurista Editores, Lima, 2008, páginas 41 y ss.].

11°. CONNOTACIÓN DE LA LIBERTAD SEXUAL: La libertad sexual tiene como objeto de tutela penal, a las facultades o capacidades de la persona de determinarse espontáneamente en el ámbito de la sexualidad, ésta se configura como una concreción de la "libertad personal", automatizada a partir de la esfera social en la que se desenvuelven los propios comportamiento sexuales [TOMÁS GALVEZ VILLEGAS y WALTER DELGADO TOVAR: *Derecho penal – Parte Especial,* Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451]. Es una concreción y manifestación individual de la libertad personal que expresa la facultad y el poder de autodeterminarse de manera espontánea y sin coacción externa, abuso o engaño dentro del ámbito de las conductas sexuales, por lo tanto, en el uso de dicha libertad, toda persona tiene el derecho de decidir si desea o no tener acceso carnal con alguien de forma libre y voluntaria [IVAN NOGUERA RAMOS: *Delitos contra la Libertad e Indemnidad Sexual,* Editora Jurídica Griley, Lima, 2011, páginas 39/42].

Es claro que el consentimiento expresado por el titular del bien jurídico opera como causa de justificación en materia de sexualidad y exime de responsabilidad penal para quien sostiene relaciones sexuales con ellos, en pro de un sistema coherente, y opera desde los 14 años.

12°. CONNOTACIÓN DE LA INDEMNIDAD SEXUAL: La protección de la indemnidad sexual, está relacionado con la necesidad de proteger y garantizar el desarrollo normal en el ámbito sexual de quienes aún no han alcanzado el grado de madurez suficiente. Para ello, como sucede en el caso de menores, así como con la

protección de quienes, debido a anomalías psíquicas, carecen a *priori* de plena capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance del significado de una relación sexual [RAMIRO SALINAS SICCHA: *Derecho Penal – Parte Especial*, Volumen II, Cuarta Edición, Editorial Grijley, Lima, 2010, páginas 645/650]. Los menores, no tienen la capacidad física ni psíquica para ejercer su derecho a orientar y decidir sobre su vida y libertad sexual, y por ello no están en condiciones de ejercer una autodeterminación capaz de comprometer válidamente su comportamiento sexual, en tal sentido, las normas y la doctrina nacional y comparada, consideran que la "indemnidad sexual" es el objeto fundamental de tutela penal respecto a los referidos menores de edad. En cuanto a los accesos carnales no consentido en agravio de menores entre 14 y 18 años, sostiene que es urgente y necesario que se regule una modalidad agravada del artículo 170° del C.P. como la prevista con la dación de la Ley N° 28251 –que modificó el artículo 170°- que contiene este supuesto, atendiendo además a la mayor entidad del injusto, pues el grado de afectación es mayor [TOMAS GALVEZ y WALTER DELGADO: *Derecho penal – Parte Especial,* Tomo II, Primera Edición, Jurista Editores, Lima, 2011, páginas 383/385/451].

13°. CARÁCTER DEL FENÓMENO DE SUBSUNCIÓN: Producidos los hechos de connotación criminal, el conjunto fáctico debe ser concuasado (casado) en los marcos del "molde normativo" preestablecido por la ley, por el legislador competente autorizado constitucionalmente para fijar los lineamientos de la política criminal. Es claro que los jueces no dictan leyes, pero sí han de interpretar y aplicar las que dicta el Parlamento, en cuanto sean acordes con la Constitución y los principios fundamentales de los Derechos Humanos, de los que deriva toda la arquitectura jurídico penal de los sistemas democráticos. De ahí que la operación lógica de subsumir los hechos en las normas penales ha de respetar la taxatividad para no extender los tipos penales por interpretación, ni destipificar conductas penales que la representación del pueblo en el parlamento ha considerado deben ser objeto de tutela penal, con una expectativa preventiva y de sanción, cuando corresponda.
Ciertamente la identificación de los hechos ha de ser precisa (cuando menos suficiente para iniciar el proceso, pero cabal al momento de definirlo), pero indudablemente ello implica que el marco normativo ha de ser exacto, esto es debe estar libre de antinomias y sinsentidos y ser claro (inteligible) tanto para el jurista como para el ciudadano ajeno al conocimiento jurídico. De ahí que la labor legislativa consiste en más que dictar leyes aprobándolas tras los dictámenes y debates, con la mayoría correspondiente; las leyes deben ser coherentes con el sistema, cabales, libres de ambigüedades, para motivar a la colectividad y para permitir una aplicación diáfana.
La labor judicial consiste en aplicar racionalmente las leyes, discernir en caso de conflicto de leyes e inaplicar las que colisionan con la Constitución.

14°. PRECISIONES DOGMÁTICAS: El artículo IV del Título Preliminar del CP ha recogido la prudente orientación de la doctrina, que ha guiado al Legislador hacia la construcción de los tipos delictivos a partir de la protección *ultima ratio* de cuando menos un bien jurídico trascendente que resulta materialmente dañado o puesto en peligro, con la acción u omisión dolosa o culposa que el sujeto activo despliega. Dado que el orden sustantivo penal se ha edificado a partir de los bienes jurídicos, no hay, ni

puede haber ningún tipo penal al margen de por lo menos uno (o más de uno, en los delitos pluri ofensivos).
No cabe por tanto considerar hipotéticas conductas criminales que no tengan como sustento (como alma esencial) un bien jurídico concreto (el contenido del tipo informa a la sociedad sobre la protección que el Estado otorga a la colectividad; sobre la prohibición que se ha seleccionado bajo sanción).
Expresado ello, con la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, se protege la indemnidad sexual, y la libertad sexual, esta última expresada en dos ámbitos: **Positivo.-** Capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo para efectos sociales o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos. **Negativo.-** Derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento.
La construcción de las conductas criminales previstas en los artículos 170 y 173 CP, han sido objeto de modificaciones; en el concreto caso del artículo 173, se ha producido un conjunto de transformaciones (avances y retrocesos legislativos) que han derivado en la versión final en la que se extrajo la descripción fáctica contenida en el inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 (según Ley 28251/2004) y que fue trasladada automáticamente al inciso 3 del artículo 173, modificando los cuantificadores etáreos de la escala precedente, sin tomar en cuenta que se trata de dos tipos penales autónomos.
Mientras el artículo 170 CP describe una conducta de acometimiento sexual abusivo (mediando vis absoluta o vis compulsiva) siendo el bien jurídico tutelado esencialmente la libertad sexual[2], ajena por tanto a toda posibilidad de advenimiento o consentimiento de la víctima; el artículo 173 describe un elenco de conductas de relación sexual con menores de edad, sin considerar –por innecesario- ningún tipo de violencia (ciertamente algunos menores de edad no tienen capacidad de ejercicio, y por tanto no podrían consentir válidamente las relaciones sexuales de las cuales son objeto; así, todos los menores de 14 años).
Por lo que la agresión sexual tiene el rasgo esencial de llevarse a cabo con violencia o intimidación, para doblegar la voluntad de la víctima [ALFONSO SERRANO GÓMEZ y ALFONSO SERRANO MAILLO: *Derecho Penal Parte Especial,* Décima Edición, Dykinson, Madrid, 2005, página 215].
La transportación mecánica del supuesto del inciso 4 del segundo párrafo del artículo 170 al inciso 3 del artículo 173 CP, ha disfuncionado el afán político-criminal de proteger de modo más intenso a los integrantes de este grupo etáreo. En consecuencia, si el artículo 173.3 CP no se aplica para las relaciones sexuales consentidas de los mayores de 14 y menores de 18 años, **¿Queda algún contenido en dicha disposición?**
- Quienes responden afirmativamente.- sostienen que este sub tipo penal abarcaba tanto las relaciones sexuales consentidas como las abusivas, por lo que eliminadas las posibilidades de relaciones consentidas, queda vigente la norma para las relaciones abusivas [así entre otros GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, Ponencia al I Pleno Extraordinario Penal 2012].

[2] Cuando concurren el delito de violación sexual con resultado de lesiones, interesan también como bienes jurídicos la salud o la vida según el caso.

- Quienes responden en sentido negativo, sostienen que al no haber posibilidad de relaciones sexuales consentidas en el artículo 173, para ninguna de sus tres escalas, porque los menores de 0 a 10 años no pueden expresar consentimiento, y lo propio tratándose de menores de 10 a 14, de modo que esa misma regla tiene que regir para la escala de 14 a 18 años, de modo que por ilogicidad del contenido del inciso 3 con el resto del Ordenamiento Jurídico nacional, no cabe considerar que hubiera delito en las relaciones sexuales consentidas.

Al no haberse previsto en dicho sub tipo la presencia de violencia para las relaciones sexuales, no cabe extender los alcances de la norma por interpretación ***contra reo***, por lo que el inciso 3 del artículo 173 CP ha quedado efectivamente vacío de contenido.

En ese sentido, la lesión de la libertad sexual requiere necesariamente la presencia de conductas mediales que anulen su manifestación: fraude (engaño), violencia, amenaza, generar estado de inconsciencia o imposibilidad de resistir; mientras que, para la lesión de la indemnidad sexual es irrelevante la presencia de alguna de estas conductas mediales. La protección pretendida por el legislador con la tipificación y modificación del artículo 173°.3 del CP persigue proteger a los menores de ataques sexuales, habiendo el legislador anulado la manifestación de la libertad sexual [RAFAEL CANCHO ALARCÓN: En Ponencia al I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal, Marzo 2012].

La aplicación del artículo 173.3 CP para condenar los abusos sexuales genera paradojas diversas[3].

15°. COLISIÓN APARENTE DE NORMAS: El conflicto de normas del mismo rango surge cuando las dos son válidas y dicha antinomia se resuelve bajo las reglas de temporalidad y especialidad. El concepto de validez implica no solo que las normas estén escritas en la ley especial o en un cuerpo codificado, sino que sean materialmente aplicables sin objeciones dogmáticas trascendentes.

La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo 173 CP y 170 C.P.; y del otro, directamente los artículos 175, 179-A y 170 CP e indirectamente el inciso 3 de artículo 176-A del CP.

Es de resaltar que en el acervo legislativo nacional hay normas que no se han derogado pero que **no son válidas**; así entre otros casos, el artículo 245 C de PP (silencio del acusado en el juicio oral, objeto de desuetudo); el artículo 2 de la Ley N° 26640 (delito de contumacia, objeto de desuetudo); el artículo 95 y 100 del C de PP (señalamiento de bienes libres para el embargo, norma declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa 1999-2168 de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de

[3] De persistirse en la aplicación mecánica del artículo 173°.3 CP, en tanto el bien jurídico que dicho dispositivo protege es la indemnidad sexual, se afianzaría la tutela de aquel bien absolutamente indisponible; como consecuencia, se regeneraría de facto el criterio incoherente con el resto del derecho peruano, bajo el cual resulta imposible que varios de los adolescentes mayores de 16 años contraigan matrimonio sin cometerse delito en su agravio (en contra de lo que establece el artículo 244° del Código Civil), colisionando con normas fundamentales y constitucionales que reconocen el derecho al libre desarrollo de los adolescentes; además, quedarían vacíos de contenido (careciendo de sentido jurídico propio por absorción de sus respectivos supuestos) los artículos 175° y 179° -A del CP, e incoherente el sentido del inciso 3 del artículo 176-A del CP.

Justicia de Arequipa); el artículo 10 del D. Leg. 813 (caución tasada en delito tributario, declarada inaplicable por inconstitucional, decisión confirmada por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la causa N° 2004-2741).

Como se ha indicado, todo el artículo 173 CP tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánima esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual).

La inclusión de la escala etárea del tramo 14-18 años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo 173 CP se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase.

De ello se deriva que, como consecuencia del Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 CP resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental.

No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, es delictiva; no ha quedado des tipificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo 170 CP según el caso, o del artículo 171 o 172 CP según la presencia de circunstancias que le den gravedad, o en su caso del artículo 176 o del 179-A CP.

Tema aparte es el de la intensidad proporcional de la pena, esa materia no se aborda en este momento.

El legislador disfuncionó la protección que intentaba generar, desarreglando además la coherencia interna en el sistema de persecución de los delitos sexuales relativos a los menores de edad.

Cabe resaltar que la disfunción generada es de tal naturaleza que afecta el Capítulo IX y se proyecta al Capítulo X del propio Título, en cuanto al artículo 179-A (usuario cliente), e incide gravemente en la tarea judicial de imposición concreta, racional y proporcional de las penas. Así, para la nueva conducta de relación sexual que según el inciso 3 del artículo 173 del CP no requiere motivo alguno, y corresponde en abstracto sanción de 25 a 30 años de pena privativa de libertad, si el agente emplea engaño (artículo 175 CP según la Ejecutoria Suprema Recurso de Nulidad N° 1028-2004-ICA de 24 de enero de 2005 bajo la ponencia del Juez Supremo Prado Saldarriaga y con la intervención, entre otros, de J. Villa Stein) la escala de sanción será de 3 a 5 años en tanto que, si la víctima – en uso de su negada libertad sexual- se dedica a la prostitución (artículo 179-A), la condena será de 4 a 6 años.

Se consagra con ello un tratamiento notoriamente desigual, frente a supuestos similares, todo lo cual permite cuestionar desde el plano de la coherencia intrasistemática la validez de la construcción normativa del inciso 3 del artículo 173 del CP.

No existe por tanto un auténtico conflicto de leyes, dado que para tal situación tendría que haber dos o más todas válidas, todas del mismo rango y total o parcialmente contrapuestas entre sí.

Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso 3 del artículo 173 CP), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico **encaja con comodidad** el supuesto de hecho indicado en el artículo 170 CP, disposición que el

legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar; existiendo además otras normas que operan armónicamente (esto es, los artículos 171 y 172 CP), en tanto que también existen otras varias normas penales que siendo válidas y no estando derogadas, han sido puestas total o parcialmente en entredicho por el contenido de la primeramente indicada (nos referimos a los artículos 175, 176-A.3 y 179-A CP). **[Ver Anexo 2]**

16°. SOLUCIONES LEGISLATIVAS AL PROBLEMA: Desde la perspectiva normativa, para dar connotación conglobante y asignarle validez al texto actual del inciso 3 del artículo 173 CP, el legislador tendría que incluir en la descripción típica, la presencia de violencia (física o psicológica–amenaza-), como circunstancia de agravación en los incisos 2 y 3, o cuando menos en el 3 del artículo 173.
Pero mucho más eficaz y conveniente resulta que el legislador (atendiendo, entre otros pedidos de la sociedad civil, los planteamientos de DEMUS sobre el particular) reponga el sentido del inciso 4 del segundo párrafo (anterior versión) del artículo 170 CP, castigando como violación agravada de la libertad sexual, la conducta violenta contra personas mayores de 14 y menores de 18 años de edad, agregando (en realidad restableciendo) dicho supuesto de hecho en el texto actual del indicado artículo, como el inciso 6 del segundo párrafo o creando un tercer párrafo con el contenido precitado, incluyendo nueva y razonable escala punitiva, coherente con las sanciones que se han establecido para los otros delitos sexuales del mismo capítulo del Código Penal.

17°. SOLUCIÓN JUDICIAL A LA CONTROVERSIA: No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de 14 y menores de 18 años, es el artículo 170 del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio), y según los hechos concretos, corresponderá en su caso, la aplicación de los artículos 172, 173-A, 175 y 179-A del CP o 176-A.3 CP, como fuera atinente.
Con la indicada solución, el capítulo IX (Violación de la Libertad Sexual) y el capítulo X (Proxenetismo) del Título IV (Delitos contra la Libertad) del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, recuperan la coherencia que el legislador había distorsionado y los justiciables sometidos a los alcances de los artículos 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176 y 179-A CP, readquieren la vigencia plena del principio de igualdad ante la ley.

III. DECISIÓN

18°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ACORDARON:

19°. ESTABLECER como doctrina legal, los criterios expuestos de los fundamentos jurídicos noveno al décimo séptimo.

20°. PRECISAR que los fundamentos jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del citado estatuto orgánico.

21°. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial "El Peruano". Hágase saber.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

ACUERDO PLENARIO N° 1-2012-CJ-116

Fundamento: Artículo 116° TUO LOPJ
Asunto: Artículo 170° del Código Penal y agresión sexual violenta perpetrada contra mayores de 14 y menores de 18 años.

FUNDAMENTOS PROPIOS DEL VOTO DEL SEÑOR SAN MARTÍN CASTRO

1°. Que el ordenamiento jurídico en materia de Derecho penal sexual ha sufrido una intensa, contradictoria e incoherente modificación desde la entrada en vigor del Código Penal de 1991 –en adelante, CP-. Si se analiza lo que es el objeto materia del presente Acuerdo Plenario, puede decirse con absoluta seguridad que el segmento etáreo entre catorce y dieciocho años ha sido tratado con perturbadora inconsistencia, de modo que se afecta el carácter racional del Derecho, que deriva fundamentalmente de la previsibilidad que genera al ordenar la conducta mediante normas generales, abstractas y coherentes.
Ello motivó a este Supremo Tribunal a una labor de interpretación sistemática y teleológica, así como a la incorporación de criterios de validez normativa, con sólidos fundamentos jurídicos, tanto constitucionales como propiamente penales, para armonizar en lo posible los alcances del Código Penal y lograr soluciones jurisprudenciales más razonables.

2°. Que la legislación vigente, en lo relativo al tipo legal de agresión sexual (artículo 170° CP) y al tipo legal de agresión sexual de menores (artículo 173° CP) tiene los siguientes alcances:

A. El artículo 170° CP siempre exigió violencia o grave amenaza contra el sujeto pasivo por parte del sujeto activo, a la vez que persistentemente reconoció precisas circunstancias agravantes. Desde la Ley N° 28251, del 8 de junio de 2004, se precisó que el acceso carnal podía producirse por vía vaginal, anal o bucal, así como reconocía los "actos análogos" limitándolos a la introducción de objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal.
La Ley N° 28704, del 5 de abril de 2006 –vigente en la actualidad-, en primer término, agravó la sanción al fijar para su comisión pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años; y, en segundo término, incorporó cinco agravantes en función a la especial conducta peligrosa del sujeto activo o a sus cualidades personales, en cuya virtud estableció como pena privación de libertad no menor de doce ni mayor de dieciocho años e inhabilitación.

B. El artículo 173° CP durante un lapso de tiempo prolongado, pese a las variaciones legales, estableció que el sujeto pasivo del delito era un menor de catorce años. Es más, graduó la pena en función a tres segmentos etáreos: menos de siete años, siete años a diez años, y diez años a menos de catorce años. La Ley N° 28251, del 8 de junio de 2004, si bien en su primer párrafo se limitó a identificar al sujeto pasivo como "menor de edad", determinó las mismas edades específicas para modular la sanción penal.

Empero, la Ley vigente N° 28704, del 5 de abril de 2006, no sólo insistió en el primer párrafo en designar al sujeto pasivo como un "menor de edad", sino que varió los segmentos etáreos: menos de diez años de edad, entre diez años de edad y menor de catorce, y entre catorce años edad y menos de dieciocho (numeral 3).

3°. Que ante la contradicción legal que representó el numeral 3) del artículo 173° CP, modificado por la Ley N° 28704, el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008, en relación con los demás tipos legales que integran el Derecho penal sexual y el resto del ordenamiento jurídico, declaró –al amparo del artículo 139°.11 de la Constitución–, fijando como sentido interpretativo que toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad no puede ser objeto de sanción penal en virtud de la causa de exención de responsabilidad prevista en el artículo 20°.10 CP. Tal fue la norma finalmente aceptada por este Supremo Colegiado Penal.

4°. Que el problema objeto del presente Acuerdo Plenario se centra, esta vez, en determinar si la agresión sexual cometida con violencia o grave amenaza contra un adolescente de catorce años de edad y menos de dieciocho años de edad debe reprimirse conforme a las disposiciones del artículo 170° CP o del artículo 173°.3 CP.

5°. Que él o la adolescente, por su propia evolución en los ámbitos físico y psicológico, ha de ser considerado o considerada como una persona que goza de capacidad suficiente para auto-determinarse en diversos planos de su vida cotidiana, en tanto sujeto de derechos, capaz de ejercer progresivamente los mismos en forma autónoma, en conformidad con la evolución de sus facultades [evidencia científica que está en la base de los Acuerdos Plenarios 7-2007/CJ-116 y 4-2008-CJ-116]. En consecuencia, no puede ser calificado o calificada como menor de edad, haciendo abstracción de su evolución fisiológica y psicológica, a quien por ello debe extenderse, desde el ordenamiento penal, tal y como está configurado, una protección extraordinariamente diferenciada de las personas que tienen dieciocho o más años de edad. Frente a esta constatación, sin embargo, el vigente artículo 173°.3 CP no sólo extiende la protección penal propia al referido segmento etáreo: catorce años a menos de dieciocho años, sino que además fija una pena privativa de libertad no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
El establecimiento de una edad de consentimiento sexual, sobre todo –como en el caso peruano- que no va acompañada de una diferencia de edad mínima (*age span*) para perseguir penalmente las relaciones sexuales, implica instituir una prohibición de ejercicio de la sexualidad [COUSO, JAIME: *La sexualidad de menores de edad ante el Derecho Penal.* Ponencia presentada entre el 11 y 14 de junio de 2009 en Asunción – Paraguay, página 34]. Incluso la Corte Suprema de Estados Unidos tiene precisado que plantear una incapacidad general y absoluta de los y las adolescentes menores de catorce o dieciséis años de consentir cualquier contacto o relación sexuales aparece como una negación de sus derechos de privacidad (entre otros, Gillik v. West Norfolk and Wisbech Area Health authority and another, House of Lords, del 17 de octubre de 1985).
Es claro que la indemnidad sexual, como bien jurídico, sólo comprende a los menores de catorce años porque se trata de niños que merecen toda la protección legal razonable que corresponda, y la agresión sexual en su agravio importa un prevalimiento clásico, en la

medida en que por su condición personal no pueden prestar consentimiento válido; carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, al no haber alcanzado el grado de madurez suficiente para determinarse sexualmente en forma libre y espontánea.
También es evidente que la libertad sexual, igualmente como bien jurídico, se entiende referida a las personas que pueden prestar un consentimiento válido de elegir y practicar la opción sexual que prefiere en cada momento. Esto es, al derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, a su capacidad de actuación sexual.
Este último argumento –que tienen libertad sexual-, sin duda, puede reclamarse en su esencia de los adolescentes. Ello no obsta, claro está, la incorporación de tipos legales o circunstancias que tomen en cuenta la particular evolución y desarrollo físico y psicológico de los adolescentes, como ha sido el caso de la vigente legislación punitiva.

6°. Que, en tal virtud, es de estimar si dicho precepto legal colisiona con otros del Código Penal, de suerte que tal antinomia debe resolverse aplicando la norma más favorable conforme lo dispone el artículo 139°.11 de la Constitución. Esta situación: reconocimiento de colisión de disposiciones vigentes, ha sido resuelta en ese sentido por los dos Acuerdos Plenarios antes indicados.
En efecto, el segmento etáreo analizado tiene diversas y contradictorias disposiciones jurídico penales. Cabe señalar lo dispuesto en los artículos 176°-A CP, 179°-A CP y 175° CP (Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ116, FJ 7), que reconocen lo constante de nuestro sistema punitivo: que el sujeto pasivo de diversos tipos legales que integran el Derecho penal sexual y que se refieren a adolescentes fijan como edad entre catorce años y menos de dieciocho años, casos en los que la protección penal viene condicionada por la presencia de otros elementos adicionales –que se requieren en el supuesto de los niños o niñas-, como el engaño o el aprovechamiento de una situación de prevalencia, superioridad o dominio en sus diversas manifestaciones del autor del hecho sobre la víctima. Esa lógica, como se denuncia en este Acuerdo Plenario, ha sido alterada por el numeral 3) del artículo 173° CP.

7°. Que, por otro lado, no puede dejar de reconocerse que el numeral 3) del artículo 173° CP es claro desde una perspectiva o método gramatical de interpretación de la ley penal: se sanciona como delito de agresión sexual agravada, de menores de edad, a los que tienen acceso carnal, sin interesar la voluntad de la víctima, cuando ésta tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho. Empero, como postula la doctrina, la interpretación gramatical o literal no suele ser suficiente; debe ser complementada con la interpretación lógico-sistemática, que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico. Los términos legales no pueden interpretarse de manera aislada sino en relación al contexto en que se les utiliza, de modo que eviten las contradicciones cuando el legislador olvide el orden sistemático.
En atención a lo anteriormente expuesto, y si bien no puede desbordarse el sentido literal posible de las leyes –la interpretación gramatical opera como límite-, cabe aquí incorporar, más allá de una interpretación restrictiva, una determinación o un juicio de validez concreta de una norma, en la medida en que su texto, aisladamente apreciado, contradice otras disposiciones legales vigentes que regulan un ámbito común del fenómeno social regulado.

En este caso ya no se trata de reducir el ámbito del sentido literal propio de los términos del numeral 3) del artículo 173° CP: interpretación restrictiva, sino de entender que se presenta un supuesto de contradicción normativa intrasistemática, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable, tal como establece el artículo 139°.11 de la Constitución. La existencia de dos consideraciones simultáneas sobre la integralidad de un mismo fenómeno objeto de regulación jurídica -de reglas contradictorias aplicables al caso- obliga al juzgador a optar, desde los principios –que también son enunciados jurídicos-, por la norma más benigna, para lo cual se acude a una fuente del Derecho con autoridad y prestigio, como es el citado artículo 139°.11de la Constitución, y que por lo demás es una norma valida que exige cumplimiento pleno.

8°. Que, en tal virtud, el enjuiciamiento jurídico o subsunción, de concreción de la norma, necesariamente abstracta y general, al caso objeto de análisis: agresión sexual con violencia o grave amenaza de una persona entre catorce años de edad y menos de dieciocho, se decanta por el artículo 170° CP, con exclusión del numeral 3) del artículo 173° CP. Ésta es la significación y el contenido correcto que en lo sucesivo han de tener presente los jueces, que precisa cuál es la norma válida para la subsunción objeto de análisis; su validez se afirma, básicamente, en que supone la afirmación de un principio reconocido universalmente por el Derecho Constitucional y Penal. Se invoca, pues, una razón autoritativa.
La conclusión asumida, propia de una sentencia de principio y no meramente de especie, cabe enfatizarlo: es compatible, desde el resultado final de la interpretación, subsunción y aplicación de la ley penal, con los principios, valores y garantías previstos en la Constitución –no se puede olvidar el carácter normativo de la Constitución, la efectividad de los principios y derechos consagrados en ella, y la función jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia-. Es obvio, consecuentemente, que el sentido y el espíritu de todo el ordenamiento jurídico son definidos finalmente por la Constitución. Ésta fija el criterio de favorabilidad ante contradicciones de normas vigentes –aquí invocado expresamente-, así como reconoce la aplicación imperativa del principio de proporcionalidad. La justicia material no tendría lugar si se evade estas premisas y, como corolario, se aplica un precepto legal incoherente con las demás disposiciones de la ley sin atender a una regla superior destinada a superar las antinomias normativas.
Estos marcos de decisión están ceñidos a los límites y base dogmática que permite la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. La evaluación que aquí se efectúa – siempre imprescindible para dilucidar un conflicto de alcances significativos- (*i*) no es una ceñida a parámetros de oportunidad o de calidad –perspectivas autónomas de política criminal-, (*ii*) ni pierde conexión con el texto constitucional, cuyas normas y principios se invocan; (*iii*) respeta el principio de separación de poderes –no crea una respuesta jurídica al margen de una regla de Derecho-, y (*iv*) asume una fórmula reconocida para cubrir un supuesto de vació o de incoherencia normativa.

Sr.

SAN MARTÍN CASTRO

VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES LECAROS CORNEJO, PRADO SALDARRIAGA, BARRIOS ALVARADO, PRÍNCIPE TRUJILLO Y VILLA BONILLA

Los señores Jueces Supremos que suscriben este voto en minoría discrepan del sentido hermenéutico aprobado por mayoría simple, y que asume la aplicación del artículo 170° del Código Penal en casos de acceso carnal no consentido con menores de catorce a menos de dieciocho años de edad. Interviene como Ponente el señor PRADO SALDARRIAGA.

La discrepancia se expresa en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS JURIDICOS

§ 1. *Sobre las diferencias y autonomía funcional de las modalidades de delitos de violación tipificadas en el Código Penal*

1°. Tradicionalmente en la legislación penal nacional se han tipificado **tres modalidades de violación** entre los delitos contra la libertad sexual: la violación (*strictu sensu*) o acceso carnal con empleo de medios violentos (violencia física o amenaza); las violaciones presuntas o supuestos donde el acceso carnal se califica como no consentido por el sujeto pasivo y por ende punible, mediante una presunción *iuris et de iure*; y la violación por prevalimento o acceso carnal mediante abuso de la posición de dominio y subordinación que ejerce el agente sobre la víctima. Tanto el Código Penal de 1924 (Cfr. Artículos 196° a 199° y 202°) como el de 1991 (Cfr. Artículos 170° a 173° y 174°) optaron por incluir de modo autónomo tales hipótesis de agresión contra la libertad sexual. No son, pues, tipos penales derivados unos de otros ni elementos típicos accidentales agregados a un tipo básico identificable genéricamente, pese a girar en torno a una **conducta típica común de acceso carnal.**

2°. Una de las modalidades de violación presunta ha sido siempre en nuestro sistema jurídico penal la denominada **violación de menores de edad**, donde la presunción *iuris et de iure* se basaba estrictamente en la edad del sujeto pasivo. Siendo, además, frecuente que el legislador considere como un criterio de agravación sucesiva que la edad de la víctima sea menos de siete años, menos de diez o menos de catorce años. Esta técnica legislativa y estructura típica se ha mantenido desde mediados de los años setenta del siglo pasado (Cfr. Manuel Espinoza Vásquez. Los Delitos Sexuales en el Código Penal Peruano. Trujillo. 1974. p. 66 y ss.), hasta la primera mitad de la presente década. Sin embargo con la publicación de la Ley N° 28704, el 5 de abril de 2006, se introdujeron dos modificaciones relevantes. Por un lado se elevó hasta menos de 18 años de edad el límite de la operatividad legal del artículo 173° (se amplió la tutela penal absoluta de los menores hasta esa edad).Y, por otro lado, se incluyó al interior del citado dispositivo una nueva escala punitiva **para los casos de víctimas entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad**, consignándose para estos supuestos una penalidad conminada **no menor de veinticinco ni mayor de treinta años de pena privativa de libertad.**

3°. La repentina y distorsionante modificación, así como lo evidentemente desproporcionado de la consecuencia punitiva que ella generaba, motivo dos Acuerdos Plenarios de las Salas Penales de la Corte Suprema destinados a controlar hermenéuticamente sus riesgos de exceso, especialmente en aquellos casos donde el acceso carnal contó con el consentimiento de la víctima y cuando el autor mantenía una relación sentimental con aquélla, así como cuando las diferencias etáreas entre los sujetos activo y pasivo, no eran extremas haciendo comprensible dicho vínculo afectivo (enamorados o convivientes). Es por ello que en un primer Acuerdo Plenario se exhortó a los jueces a no imponer en tales casos penas mayores a seis años de pena privativa de libertad, pues en otros delitos de mayor antijuricidad pero de iguales características, como los previstos en los artículos 175° y 179°-A esa era la penalidad máxima prevista para sus autores (Cfr. Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, fundamentos jurídicos 7° al 12°). Luego en un segundo Acuerdo Plenario se procuró legitimar tales actos en base al consentimiento concurrente de la víctima, al que se estimaba válido en base a la capacidad relativa de ejercicio que la legislación civil concede excepcionalmente a menores de edad, reconociéndole al mismo el efecto justificante que establece el inciso 10 del artículo 20° del Código Penal (Cfr. Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116, fundamentos jurídicos 6° al 9°). Cabe destacar que **en ninguno de estos dos Acuerdos Plenarios se desconoció la validez legal, normativa y punitiva del inciso 3 del artículo 173° o se planteó su inaplicación a cualquier otro caso donde el acceso carnal tuviera como agraviado a un menor de 14 y hasta menos de 18 años de edad**. Por ende, la observación que formuló al respecto la ponencia de la Jurista GARCIA CANTIZANO sobre una extralimitación en lo acordado por el segundo de los Acuerdos Plenarios citados, y que afectaría al principio de la legalidad y a las competencias exclusivas del legislador (*"El que vía interpretación jurisdiccional de una norma absolutamente clara se pretenda dar solución a un problema de coherencia interna del Código penal, generado por el legislador, nos hace cuestionar seriamente la legitimidad de la solución aportada en el referido Acuerdo Plenario"*), no es correcta pero demanda, sí, mejorar la redacción de dicho fundamento para evitar percepciones erradas sobre su alcance y utilidad. En tal sentido, debió aprovecharse este Pleno Extraordinario para hacer la aclaración pertinente. **Menos aún, se ha insinuado, siquiera, en los precedentes Acuerdos Plenarios -como parece entender la propuesta aprobada en mayoría simple- una posible asimilación residual del artículo 173° inciso 3, al supuesto típico de otras formas de violación como las reguladas por los artículos 170°, 171°, 172° y 174°, donde el sujeto pasivo siempre debe ser una persona de dieciocho o más años de edad,** como ha sido unánimemente destacado por la doctrina nacional más caracterizada (Cfr. Ramiro Salinas Siccha. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. II. 4ª. Edición. GRIJLEY. Lima 2010. p. 733 y ss.).

§ 2. Los desarrollos hermenéuticos posteriores a los Acuerdos Plenarios de 2007 y 2008.

4°. En la *praxis* judicial posterior a los Acuerdos Plenarios citados, se fue manifestando una opción hermenéutica que optaba por calificar a los actos de acceso carnal sin consentimiento de la víctima, cuando ésta contaba entre catorce y menos de dieciocho años de edad, como asimilables a las hipótesis típicas de violación por medio de violencia o amenaza; violación presunta por mediar estados de inconsciencia; o violación por incapacidad de resistencia de la víctima o prevalimento del autor, previstas en los artículos 170°, 171°, 172° y 174°, respectivamente (en ese sentido la Ejecutoria Suprema del 8 de setiembre de 2011, recaída en el Recurso de Nulidad N° 3206-2010. Procedente de Ayacucho, Noveno Considerando. Ponente Sr. Rodríguez Tineo *"habiendo quedado acreditado que el procesado con violencia*

mantuvo acceso carnal con la menor agraviada, este Supremo Tribunal estima que los hechos materia de imputación se adecuan al delito de violación -tipo base- tipificado en el artículo ciento setenta, numeral dos del Código Penal... "). Esta posición interpretativa se ha apartado, pues, de los alcances y validez normativa del artículo 173°, inciso 3, al que no le reconoce capacidad típica para subsumir tales actos. El argumento sostenido para asumir tal postura jurisdiccional parece ser una posible derivación o transformación particular del bien jurídico tutelado en las agresiones sexuales que sufren menores entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y que ya no respondería a la noción de indemnidad sexual. Se trata, pues, de un planteamiento político criminal más que una alegación critica o superadora de la propia estructura normativa y funcional del artículo 173°. Al respecto se infiere lo siguiente: **el menor de catorce y hasta menos de dieciocho años de edad tiene igual libertad sexual que un adulto y por ende las agresiones sexuales que padece deben ser equivalentes a los supuestos que la ley tradicionalmente ha considerado como modalidades punibles de violación de personas de dieciocho o más años de edad** (en ese sentido el Voto Mayoritario del 29 de setiembre de 2011, en la Discordia suscitada en el Recurso de Nulidad N° 3982-2010. Sala Penal Permanente. Procedente de Junín, suscrito por los Señores Jueces Supremos Pariona Pastrana, Zecenarro Mateus y Santa María Morillo: *"Que, en el presente caso, la agraviada es una menor de catorce años y nueve meses -por lo que tiene capacidad jurídica para disponer de su sexualidad «libertad sexual», de manera que el bien jurídico afectado es su libertad y no su indemnidad sexual- y en todo momento ha negado haber consentido las relaciones sexuales; que, además, existió una relación de convivencia entre la madre de la agraviada y el encausado..., situación que le permitió tener particular autoridad y prevalerse de su condición de padrastro para ejercer «intimidación» como medio para lograr someterla sexualmente..., de manera que la conducta punible configura el delito de violación previsto en el numeral dos del segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal... ")*.

§ 3. *Admitir la aplicación del Artículo 170° del Código Penal constituye una reducción teleológica no compatible con el principio de legalidad.*

5°. Los que suscriben consideramos, respetuosamente, que el razonamiento jurisdiccional que sustenta el planteamiento aprobado por mayoría simple, **constituye una reducción teleológica que contradice el principio de legalidad** (Cfr. José Hurtado Pozo-Víctor Prado Saldarriaga. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. 4a. Edición. IDEMSA. Lima 2011. p. 224: *"Se trata de un procedimiento que, en razón de criterios fundamentalmente de valor, restringe el ámbito de aplicación de la norma jurídica en relación con casos que están comprendidos, sin mayor duda, en su núcleo connotativo"*); y que, además, no es compatible con la configuración sistemática de los tipos penales concernientes a delitos contra la Libertad Sexual en el Código penal vigente. Sobre todo cuando considera al artículo 170° como un *"tipo base"* y al artículo 173° como un *"tipo derivado"* de aquél, lo cual es incorrecto ya que se trata de tipos penales autónomos con roles funcionales y estructuras típicas claramente diferenciables. Pero, además, porque él descarta sin justificación genérica ni específica la concurrencia de un **componente especial e histórico que gobierna toda la estructura y sentido del artículo 173°** y que es **la edad del sujeto pasivo y que le da a este la condición de menor**, dato óntico que no es superable ni puede ser anulado por ninguna interpretación de *lege lata* o *lege ferenda*, sea que ésta incida en el modo de ejecución del delito, en el medio empleado para la práctica sexual ilícita, o en las condiciones o aptitudes psicofísicas del sujeto pasivo de dicha práctica. El artículo 173° en la

actualidad siempre será el que reprima en exclusiva la **violación de menores de dieciocho años de edad.** De otro lado, cuestionamientos de política criminal o basados en propuestas legislativas frustradas (Cfr. Proyecto de Ley N° 2723/2008-CR; Proyecto de Ley N° 3189/2008-CR; Proyecto de Ley N° 4297/2010-PE) o latentes (Anteproyecto de Código Penal 2008-2010) para la reforma del citado artículo, o para la supresión de su incoherente inciso tercero, serán de momento expectativas técnicas pero no eliminan su actual existencia formal ni sus controvertidos alcances normativos. Por lo demás, la doctrina penal que actualmente comenta el artículo 173°, inciso tercero, tiende a ser homogénea y ratifica que **se trata de un delito de violación presunta de menores de edad** y no una modalidad impropia o agravada de las formas de violación regulada en el artículo 170° como lo han sostenido tres de las cuatro ponencias que fueron expuestas en la Audiencia Pública preparatoria del pasado 12 de marzo del presente año (Ver conclusiones de Ponencias de María del Carmen García Cantizano; DEMUS; PROMSEX).

6°. Por otro lado **el status de menor de edad, como se ha destacado, no es una ficción sino una realidad material y legal.** En efecto, la posición hermenéutica aludida y de la cual cortésmente discrepamos, no toma en cuenta que la legislación civil sólo reconoce **capacidad de ejercicio relativa a los menores de dieciséis años y no a los de catorce años** (Cfr. Artículo 44°, inciso 1 del Código Civil). Estos últimos muy excepcionalmente pueden ejercer tal capacidad relativa en asuntos de índole familiar (Cfr. Artículo 46°, párrafo segundo y 241°, inciso 1 del Código Civil). Por tanto **todos ellos para la legislación civil siguen siendo menores hasta que cumplan dieciocho años** (Cfr. Artículo 42° del Código Civil). Es más, el propio Código Penal los califica como inimputables por su minoría de edad (Cfr. Artículo 20°, inciso 2) y la Constitución no los estima aún ciudadanos ni les da capacidad política que constituye la máxima expresión de libertad del individuo en una sociedad democrática (Cfr. Artículo 30° de la Constitución Política del Perú), a la vez que el Código de los Niños y Adolescentes los tiene aún como sujetos de sus disposiciones normativas (Cfr. Artículo I, primer párrafo del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes). Es más, la Convención de los Derechos del Niño también los comprende como sujetos de protección (Cfr. Artículo 1°: "*...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...*").

§ 4. *No existe antinomia legal entre el artículo 170° y el artículo 173°. 3 del Código Penal que deba dilucidarse conforme al artículo 139° inciso 11 de la Constitución.*

7°. Las hipótesis y disposiciones normativas del artículo 173°.3 y las que corresponden al artículo 170° no configuran una antinomia legal que demande una solución ponderada en base al principio de favorabilidad hermenéutica que autoriza el artículo 139° inciso 11 de la Constitución. Tanto en el plano legal como teleológico y constitucional, ambos artículos del Código sustantivo tienen un espacio de tutela funcional y de aplicación propios, que los hace sistemáticamente coherentes y plenamente compatibles. En efecto, el primero desarrolla una tutela penal ampliada de la libertad sexual **de todo menor de edad**, es decir, de quien no ha alcanzado la condición etárea de sujeto pasivo, de 18 años o más, que exige el artículo 170°. De otro lado, no se aprecia desde los contenidos y alcances tuitivos de los artículos 175° y 179°-A del Código Penal una contradicción legal con los que comprende el artículo 170°, que derive en la necesidad alternativa o de principio de aplicarlo en vez del artículo 173°.3, cuando un menor de 14 a menos de 18 años de edad sea agredido sexualmente de modo violento. En efecto, el artículo 170° **exige el empleo de la violencia o la amenaza para el**

acceso carnal de la víctima mayor de edad, lo cual está totalmente excluido como medio de realización del acto sexual o análogo en los artículos 175° y 179°-A que, al margen de estar referidos exclusivamente a menores de edad, demandan para la realización de la práctica sexual ilícita que tipifican **sólo la concurrencia en la víctima de un consentimiento viciado por el engaño o la contraprestación económica.** El componente, pues, del desvalor antijurídico en todos esos artículos es siempre diferente, de allí que resulte lógica la mayor punibilidad y sanción del acto sexual violento cuando el agraviado es un menor de edad lo que corresponde al estándar punitivo fijado por el artículo 173°.3. La referencia, entonces, a los artículos 175° y 179°-A, **no es asimilable para justificar la aplicación del artículo 170° en vez del artículo 173°.3 en los casos de acceso sexual por violencia o amenaza de menores de 18 años, ella sólo lo era para argumentar la reducción de la penalidad que propuso el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 para las relaciones sexuales consentidas** (no impuestas contra la voluntad del menor ni por violencia ni amenaza), con un menor de 14 a menos de 18 años de edad. No resulta, por tanto, suscribible, desde este enfoque, la tesis de una interpretación constitucional favorable y benigna que lleve a aplicar el citado artículo 170° en tales supuestos de acceso sexual violento. La cual, por lo demás, debilitaría *contra legen* el ámbito de protección sexual de los menores ante graves agresiones sexuales en su agravio y entraría en colisión con el principio convencional especial del interés superior de los menores de 18 años que avalan los artículos 1° *("Para efectos de la presente Convención, **se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad**....")* y 3° *("En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar, **los tribunales**, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, **una condición primordial que se atenderá será el interés superior del niño**")* de la Convención del Niño, suscrita por el Estado peruano y que integra el bloque de constitucionalidad en nuestra legislación fundamental.

En atención, pues, a los antecedentes, observaciones y fundamentos expuestos, **NUESTRO VOTO** es en el sentido de que en tanto no haya una derogación legal expresa de las modificaciones que introdujo la Ley N° 28704, en el artículo 173° del Código Penal, el acceso carnal que se practique a un menor entre catorce y hasta menos de dieciocho años de edad, sin su consentimiento o contra su voluntad, debe ser siempre calificado como un delito de violación de menores y ser sancionado conforme a la penalidad prevista para el inciso 3 del citado numeral.

Ss.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA