

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

**CONSULTA 2194 - 2008
AREQUIPA**

Lima, siete de noviembre
del dos mil ocho.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO: Viene en consulta la resolución obrante a fojas trescientos setentiséis, su fecha siete de agosto del año en curso, emitida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que realizando control difuso, declara inaplicable al presente caso el artículo 173, inciso 3, del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, por colisionar con el artículo 2 incisos 1 y 24 apartados a) y d) de la Constitución; declarando de oficio fundada la excepción de naturaleza de acción, en el proceso seguido contra Yhon Jhai Arredondo Pérez, por el delito de violación sexual, en agravio de la menor identificada como F.M.F.T.S.

SEGUNDO: El artículo 14 del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha establecido que cuando los jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional, deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueran impugnadas.

TERCERO: La Ley número 28704, publicada el cinco de abril del dos mil seis, modifica el tipo penal de violación sexual de menor de edad de catorce años, ampliando su ámbito de protección a las personas que tienen entre catorce y dieciocho años de edad. De acuerdo a esta norma, actualmente toda relación sexual con una persona menor de dieciocho años constituye delito de violación sexual, independientemente a que ésta consienta o no, aplicándosele una pena privativa de libertad entre veinticinco y treinta años.

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

**CONSULTA 2194 - 2008
AREQUIPA**

CUARTO: En el presente caso, la Sala de origen ha determinado que la Ley número 28704, que modifica el artículo 173 del Código Penal, colisiona con el artículo 2 incisos 1 y 24 apartados a) y d) de la Constitución Política del Estado, referidos a los derechos al libre desarrollo, a la libertad sexual y al principio de legalidad penal.

QUINTO: En efecto, la Constitución Política del Estado consagra el derecho a la libertad de las personas, sin transgredir los derechos de los demás, por lo que la persona puede disponer de su vida sexual, sin interferencia del Estado mientras no perjudique a los demás; y si bien es cierto, la Ley número 28704 establece una sanción para quien comete el acto sexual con menor de edad, dicha norma se contrapone con la Constitución, que garantiza el derecho a la libertad de las personas y en este caso de los menores de edad, además que el ordenamiento legal en materia civil, permite el matrimonio entre menores de edad, de dieciséis años, en adelante.

SEXTO: En los delitos contra la libertad sexual, el bien jurídico protegido es precisamente aquélla, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo de disponer ante sí y frente a los demás integrantes de la comunidad, lo relativo a su sexualidad, con la voluntad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera social. Es más, cuando en la mente del sujeto se encuentran ausentes el discernimiento y la voluntad, no se da la capacidad para ejercer libremente los sentimientos individuales del sexo; razón por la cual se tutela el pudor sexual. De ahí que, si entendemos que la edad en la que se comete el hecho es a los diecisiete años, que existe normatividad en el ordenamiento civil que permite el matrimonio entre los mayores de dieciséis años y que la Constitución Política del Estado garantiza el derecho a la libertad de las personas, se entiende que un menor de dieciséis años en adelante puede discernir para hacer uso de su sexualidad, y al castigarse dicha

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

CONSULTA 2194 - 2008
AREQUIPA

conducta se estaría vulnerando el derecho a la libertad de las personas previsto en la Constitución Política del Estado.

Por tales consideraciones: **APROBARON** la resolución consultada de fojas trescientos setentiséis, de fecha siete de agosto del año en curso; en cuanto declara **INAPLICABLE** al presente caso por incompatibilidad constitucional, el artículo 173, inciso 3, del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, sin afectar su vigencia; en los seguidos contra Yhon Jhai Arredondo Pérez por el delito de violación de la libertad sexual, en agravio de la menor de iniciales F.M.F.T.S.; y los devolvieron.- *Vocal Ponente: Gazzolo Villata.*

S.S.

HUAMANI LLAMAS

GAZZOLO VILLATA

PACHAS AVALOS

ESTRELLA CAMA

YRIVARREN FALLAQUE

lsc:aa

.....
CARMEN ROSA DIAZ ACEVEDO

Secretaria

de la sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

27 ENE. 2009