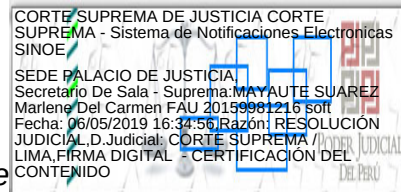


*Corte Suprema de Justicia de la República*  
*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°14442 - 2018**  
**LAMBAYEQUE**

Lima, diez de julio  
de dos mil dieciocho

**VISTOS**; con los acompañados y **CONSIDERANDO**:

**I.- OBJETO DE LA CONSULTA:**

**PRIMERO.** Es materia de consulta la sentencia de vista emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha dieciséis de mayo de dos mil dieciocho, obrante a fojas setenta y siete, que **inaplica el mínimo y el máximo de la pena conminada prevista para el delito de violación de la libertad sexual – violación sexual presunta, tipificada en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal,** en base a lo establecido en el artículo 29 del mismo cuerpo de leyes, en aplicación de la figura constitucional de control difuso.

**II.- ANTECEDENTES:**

**SEGUNDO.** Como antecedentes del proceso, se tiene que la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque mediante sentencia de vista, resolvió confirmar la sentencia emitida por el Segundo Juzgado Colegiado Penal Permanente de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, contenida en la resolución número tres de fecha doce de febrero de dos mil dieciocho, inaplicando el mínimo y el máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual en su modalidad de violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, condenando al acusado Neybol Morley Jiménez Heredia, en su condición de autor del delito contra la libertad sexual, en su figura de violación sexual de menor de edad, ilícito previsto y penado en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal en agravio de la menor de iniciales J.Z.B.C., y como tal se le impone siete años de pena privativa de libertad

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°14442 - 2018  
LAMBAYEQUE**

efectiva; asimismo, precisa que en este caso la inaplicación del mínimo y el máximo de la pena conminada prevista para el delito de violación de la libertad sexual – violación sexual presunta, tipificada en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, se sustenta en el artículo 29 del mismo cuerpo de leyes, en aplicación de la figura constitucional del control difuso.

**III. CONTROL CONSTITUCIONAL:**

**TERCERO.** El control constitucional, es el marco general del tema materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, el control difuso y el control concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente.

**CUARTO.** Asimismo, el artículo 138, segundo párrafo de la Constitución Política del Estado, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas, pero además constituye un mecanismo idóneo de control de los excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; de modo tal que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado. Lo señalado anteriormente concuerda con lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordado con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso<sup>1</sup> y que contiene el siguiente enunciado: "*Cuando exista incompatibilidad entre una*

---

<sup>1</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°14442 - 2018**  
**LAMBAYEQUE**

*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".*

**QUINTO.** Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002 -AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil dos, dejó establecido: "(...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que el sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos: **a.** Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. **b.** Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. **c.** Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"<sup>2</sup>. **d.** La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una "controversia", concepto que según Edgar Carpio no puede

---

<sup>2</sup> Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N°. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°14442 - 2018  
LAMBAYEQUE**

entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.<sup>3</sup>.

**SEXTO.** Asimismo, esta Suprema Sala con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N° 1618-2016- LIMA NORTE**, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**; en el cual se precisó que: “**2.2.3.** El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos, y, se ha fijado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial:** **(i)** Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, **(ii)** Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, **(iii)** Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva distinguiendo entre disposición y norma; y, **(iv)** dado que el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad, el examen de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto”. Reglas que, en el presente caso, son

---

<sup>3</sup> CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura, Lima, octubre de 2004, p.29

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°14442 - 2018  
LAMBAYEQUE**

valoradas por esta Sala Suprema al momento de analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Sala Penal en la sentencia elevada en consulta.

**IV. VALORACIÓN:**

**SÉPTIMO. Hechos Imputados.**

**7.1.** En el presente caso, se imputa al procesado Neybol Morley Jiménez Heredia haberse aprovechado sexualmente de la niña de iniciales J.Z.B.C., con fecha veintisiete de junio de dos mil diecisiete, en la casa desocupada, ubicada en la ampliación Villa el Sol sin número, Reque; hecho realizado cuando la menor tenía trece años y dos meses y el investigado veintidós años con seis meses, hechos que han quedado en grado de consumado ya que las partes han coincidido en que las relaciones sexuales sí se han mantenido, lo cual se corrobora con el reconocimiento médico legal el mismo que establece que la menor tiene himen complaciente y presente lesiones traumáticas recientes en genitales externos.

**7.2.** Por ello, se le atribuye ser autor del delito contra la libertad sexual, violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal. El procesado ha reconocido haber tenido relaciones sexuales con la menor, y teniendo en cuenta que se parte de una pena de treinta años solicitada por el Ministerio Público, y reformulada en sus alegatos de clausura a cinco años, luego de realizar el control difuso de constitucionalidad de la pena del artículo 173 inciso 2 del Código Penal, se reduce la pena que estima justa y proporcional, aplicando el tercio inferior del margen que señala el artículo 29 y por las características en específico y en virtud a la Casación N° 335-2015-Del Santa, se convirtió la pena privativa de libertad en **siete años de pena privativa de la libertad**.

**7.3.** La sentencia consultada, considera que para imponer una pena concreta y justa al sentenciado, se debe inaplicar mediante control difuso el contenido de la pena contenida en el artículo 173.2 del Código Penal vigente, y en su defecto para graduar la pena a imponer se debe considerar la aplicación del

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°14442 - 2018**  
**LAMBAYEQUE**

artículo 29 del Código Penal en cuanto prevé una pena mínima de dos días y una pena máxima de treinta y cinco años. Considera también que el *quantum* señalado no corresponde ser analizado en este caso, tampoco la inaplicación del artículo 22 del Código Penal que ha hecho que el Colegiado en primera instancia, lo que en todo caso ha de corresponder al Órgano Superior revisar este aspecto por la naturaleza de la consideración del control difuso. Finalmente señala que la pena solicitada por el representante del Ministerio Público es de treinta años de pena privativa de libertad, y al haberse fijado una pena mucho menor de la pena a imponer al apelante, no se ha considerado el artículo 397 del Código Procesal Penal, y si bien el Colegiado en primera instancia rebaja la pena en base a lo establecido en el artículo 22 del Código Penal, lo cierto es que mediante la aplicación del control difuso es más coherente fundamentar la determinación del *quantum* en el contenido del artículo 29 del Código Penal, aspecto por el que deberá pronunciarse el superior jerárquico, por lo que en aplicación a esta norma y teniendo una pena de dos días y una máxima de treinta y cinco años, considera que la pena de siete años de pena privativa de libertad se encuentra arreglada a derecho

**OCTAVO.** Revisado el dispositivo legal inaplicado, se tiene que: El artículo 173 del Código Penal dispone lo siguiente: “*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, ni mayor de treinta y cinco años (...)*”. Vemos que la norma penal citada es expresa al señalar los años de pena privativa de libertad que se debe imponer a quien cometa ese delito, atendiendo a la edad del menor; pues, es evidente que con dicha norma se busca sancionar -de modo ejemplar- al agresor sexual de una víctima menor de edad.

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°14442 - 2018**  
**LAMBAYEQUE**

**NOVENO.** En el presente caso, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque al precisar que la inaplicación del artículo 173.2 del Código Penal se sustenta en el artículo 29 del mismo cuerpo de leyes, y confirmar la sentencia ha realizado el control difuso para imponer una pena privativa de libertad de siete años, **pena que está muy por debajo del límite legal previsto para el delito de violación sexual de menor de edad**, aduciendo que, el *quantum* señalado no corresponde ser analizado en este caso, como tampoco la inaplicación del artículo 22 del Código Penal que ha hecho el Colegiado en primera instancia, lo que en todo caso ha de corresponder al órgano superior revisar es aspecto por naturaleza de la consideración del control. En ese sentido, se evidencia de lo argumentado por la Sala Superior que no cumple con las reglas para el ejercicio del control difuso judicial establecidas en la Consulta N° 1618-2016-LIMA-NORTE, descrita en el sexto considerando de la presente resolución; así, debemos recordar que el análisis que se realiza mediante el control difuso, necesariamente se lleva a cabo analizando un caso un caso en concreto, no pudiendo analizar la norma en abstracto o hechos del proceso como se hizo en el presente caso, pues el Colegiado, en ningún momento menciona que norma constitucional se prefiere para dejar de lado el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal; toda vez que, como se ha indicado, la finalidad del control difuso, es preferir la norma constitucional sobre una de inferior jerarquía. De otro lado, no se tiene claro por qué la Sala Superior menciona que la sentencia de primera instancia para rebajar la pena se ha basado en el artículo 22 del Código Penal, cuando de la lectura de la sentencia no se aprecia dicha fundamentación, lo que denota que la sentencia objeto de consulta no es clara en este extremo. Por tanto, y estando a lo antes señalado se concluye que se ha omitido los presupuestos necesarios para el ejercicio del control difuso, ya que no se agotó la búsqueda de una interpretación acorde a la Constitución.

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°14442 - 2018  
LAMBAYEQUE**

**DÉCIMO.** Asimismo, no basta con señalar las circunstancias o hechos acaecidos en un proceso, para que en base a ello, se justifique la inaplicación de la norma atendiendo al control difuso; más aun, si la criminalización del acceso carnal con menores de edad busca proteger el bien jurídico denominado “indemnidad sexual”, -el cual puede definirse como el derecho a que la persona no sufra interferencia en la formación de su propia sexualidad-; siendo que en este caso, cuando se produjeron los hechos, la menor agraviada contaba con tan solo trece años de edad; consecuentemente, la pena entre treinta y treinta y cinco años de pena privativa de la libertad establecida para la violación sexual de menores de edad que tengan entre diez y catorce años de edad, se encuentra conforme a la Constitución Política del Estado, pues como se ha mencionado, en ningún momento se ha precisado que artículo de la carta fundamental se prefiere para inaplicar la pena fijada en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Conforme a lo desarrollado en esta resolución se ha logrado establecer que no se ha realizado debidamente el ejercicio del control difuso en la sentencia consultada; por ello, corresponde desaprobar la resolución elevada en consulta a esta Suprema Sala.

**V.- DECISIÓN:**

Por estas consideraciones, **DESAPROBARON** la sentencia de vista emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha dieciséis de mayo de dos mil dieciocho, obrante a fojas setenta y siete, que **inaplica el mínimo y el máximo de la pena conminada prevista para el delito de violación de la libertad sexual – violación sexual presunta, tipificada en el artículo 173, inciso 2 del Código Penal,** en base a lo establecido en el artículo 29 del mismo cuerpo de leyes, en aplicación de la figura constitucional de control difuso; en consecuencia **NULA** la sentencia consultada, **ORDENARON** a la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la

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

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°14442 - 2018  
LAMBAYEQUE**

Corte Superior de Justicia de Lambayeque emitir nuevo pronunciamiento conforme a lo señalado en la presente resolución; en el proceso penal seguido contra **Neybol Morley Jimenez Heredia**, por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales J.Z.B.C. y los devolvieron.

***Juez Supremo Ponente: Bustamante Zegarra.-***

**S.S**

**WALDE JÁUREGUI**

**RUEDA FERNÁNDEZ**

**WONG ABAD**

**SÁNCHEZ MELGAREJO**

**BUSTAMANTE ZEGARRA**

*Toq/sgr*

**EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO WONG ABAD, ES  
COMO SIGUE:-----**

**PRIMERO:** En el presente caso, debe considerarse además que la norma inaplicada goza de presunción de constitucionalidad, por ello, el control constitucional que respecto de ella se realice debe encontrarse debidamente sustentada. Bajo este contexto, tenemos que el artículo 173 inciso 2 del

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°14442 - 2018**  
**LAMBAYEQUE**

Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece<sup>4</sup>, señala lo siguiente:

*“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, ni mayor de treinta y cinco años.*

*En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza.”*

**SEGUNDO:** Pues bien, la norma precitada sanciona un delito vinculado a la libertad sexual de los menores de edad; siendo que en esta clase de delitos la ley tiende no solo a tutelar su libertad sexual, sino, principalmente, su indemnidad sexual, pues, es la inocencia del menor, su desarrollo psicoemocional, el que se ve afectado por estos comportamientos delictivos<sup>5</sup>.

Al respecto, en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, de fecha seis de diciembre de dos mil once, se ha señalado que:

*“16. 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*

---

<sup>4</sup> Aplicable al caso de autos por razones de temporalidad.

<sup>5</sup> Expediente N° 2006-647, de fecha 16 de febrero de 2007. Sala de Emergencia de Lima Norte. Corte Superior de Justicia de Lima Norte

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°14442 - 2018**  
**LAMBAYEQUE**

*“indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.”*

**TERCERO:** Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha referido en la sentencia dictada en el Expediente N° 5692-2008-PHC /TC, de fecha, treinta de junio de dos mil nueve, lo siguiente:

*“De inicio, es necesario subrayar la evidente y profunda afectación a la integridad de las niñas, los niños y adolescentes que esta clase a agravios produce. De un lado, se afecta irreversiblemente el ámbito espiritual y psicológico de los menores, en cuanto resultan ser víctimas de episodios traumáticos que determinaran (sic) sus personalidades y la manera en que se relacionarán con otros individuos. De otro lado, en algunos casos los menores se ven expuestos a enfermedades de transmisión sexual quedando sometidos a las graves consecuencias. En tal sentido, resulta evidente que el Estado actúe y legisle tomando en cuenta las particularidades de este tipo de delito, como es la situación de vulnerabilidad e inmadurez de la víctima, el contexto en el que se producen, la estructura procedimental con la cual el Estado pretende castigar este tipo de delitos y las medidas de apoyo al menor agraviado. De igual forma, es importante que los operadores jurídicos apliquen la legislación de conformidad con el principio de supremacía del interés del niño (artículo cuarto de la Constitución), tomando en cuenta precisamente la fragilidad de la personalidad de estos.”<sup>6</sup>*

**CUARTO:** En ese sentido, estimamos que si bien es posible apreciar la falta de proporcionalidad de la pena, en el caso concreto, realizando el correspondiente control difuso de la disposición correspondiente, para ejercer tal potestad deberán expresarse motivadamente las razones que sustentan

---

<sup>6</sup> Véase Fundamento 2.

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°14442 - 2018  
LAMBAYEQUE**

esa decisión; pues, de lo contrario, se estaría dejando de lado la naturaleza excepcional de dicha potestad, la cual requiere un sustento adecuado que no haga posible dudar de su necesidad, por ser evidente la colisión en el caso concreto de la norma legal con la norma constitucional.

**QUINTO:** Teniendo en cuenta lo anotado, apreciamos que en el caso de autos la sentencia objeto de consulta no justificó correctamente las razones por las cuales inaplicó lo dispuesto en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal y, como consecuencia de ello, dispuso que la pena a imponerse debía ser de siete años de pena privativa de la libertad.

En efecto, para confirmar la reducción de la pena de treinta a siete años de pena privativa de libertad, realizada por el órgano del primera instancia, la Sala Superior sostuvo que, en el presente caso, concurren circunstancias atenuantes expresadas en el comportamiento adoptado por el apelante una vez que realizó el hecho delictivo y que ameritaban que esta conducta sea considerada para rebajar aún más la pena, incluso imponiendo un quantum por debajo del mínimo legal. Sin embargo, no ha señalado cuál fue tal comportamiento, en qué consistió y cómo puede influir en el quantum de la pena al grado de rebajarla considerablemente a siete años.

Es más, señala que la respuesta para rebajar la pena establecida en la norma inaplicada, se encuentra en los parámetros fijados en la Casación N° 335-2015-DEL SANTA; aunado a ello, se debe considerar el artículo 29 del Código Penal, que prevé una pena mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.

**SEXTO:** Sin embargo, la Sala Superior no ha motivado debidamente por qué era correcto acudir a lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal para establecer la pena a imponerse al sentenciado. En ese mismo sentido, tampoco ha explicado cómo es que con la pena impuesta (siete años de pena

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°14442 - 2018  
LAMBAYEQUE**

privativa de la libertad efectiva) sí se satisface la protección del bien jurídico “indemnidad sexual” de la menor agraviada, teniendo en cuenta que la misma era una niña con menos de catorce años de edad. Igualmente, tampoco ha sustentado en qué razones se basa para afirmar que no se aprecia mayor daño psicológico en la menor.

**SÉPTIMO:** Y, si bien, la sentencia consultada sustenta su razonamiento en lo resuelto en la Casación N° 335-2015-Del Santa, de fecha uno de junio de dos mil dieciséis; no obstante, debe tenerse en cuenta que en la Casación N° 344-2017-Cajamarca, de fecha cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que:

*“3.4. (...) en la casación Del Santa no se establece, en primer lugar, que en todos los casos de violación sexual en perjuicio de menor con edad de trece años y cuyo agente se encuentra sujeto a responsabilidad restringida (edad entre dieciocho a veintiún años), corresponda inaplicar la pena conminada prevista legalmente para el referido delito. Tampoco se establece que sea suficiente para una atenuación excepcional y considerable de la pena únicamente la existencia de consentimiento de la víctima, o la proximidad de la edad de la víctima a los catorce años, o la poca diferencia de edades entre sujeto activo y víctima; **es necesario para la atenuación, que concurren en el caso los tres factores mencionados y, asimismo, que se verifique la inexistencia de daño psicológico en la víctima o que el mismo sea mínimo, lo cual debe estar acreditado.** Asimismo, no es vinculante que en tales casos se imponga siempre pena privativa de libertad de cinco años (pena tasada).” (Resaltado nuestro).*

**OCTAVO:** En ese orden de ideas, era necesario a fin de cumplir con la garantía de la motivación, que la Sala Superior exponga las razones que

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°14442 - 2018  
LAMBAYEQUE**

derivadas de las circunstancias y particularidades del caso concreto, la llevaron a ejercer la potestad del control difuso; por lo que no resulta para tal efecto suficiente la remisión a la sentencia casatoria N°335-2015-Del Santa.

Más aún, si el ejercicio del control constitucional se encuentra referido a una norma que protege la indemnidad sexual de una menor de edad, involucrándose, por consiguiente, el interés superior del menor; situación que obligaba a los juzgadores a reforzar la motivación que inaplicara cualquier norma destinada a proteger los referidos intereses.

**NOVENO:** Por todo lo expuesto, se concluye que la Sala Superior no cumplió con motivar debidamente su decisión de inaplicar, vía control difuso, el mínimo y máximo de la pena dispuesta en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal; no teniendo en cuenta, además, que el fin perseguido por dicha norma está vinculado al bien jurídico protegido de una menor agraviada; por lo cual, no debió sustentarse en alegaciones genéricas, pues ello no está autorizado por el artículo 138 de la Constitución Política. Siendo así, corresponde desaprobar la sentencia consultada.

Por estas consideraciones, mi **VOTO** es porque: **SE DESAPRUEBE** la sentencia consultada de fecha dieciséis de mayo de dos mil dieciocho, obrante a fojas sesenta y siete; en consecuencia, se declare **NULA** la sentencia consultada, debiendo emitir nuevo pronunciamiento; en el proceso penal seguido contra Neybol Morley Jiménez Heredia, por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales J.Z.B.C, y se devuelva.-

**S.S**

**WONG ABAD**

Tlls/myp