

## LA LIBERTAD SEXUAL EN ADOLESCENTES DE 14 AÑOS. ACUERDOS PLENARIOS VINCULANTES DE LAS SALAS PENALES DE LA CORTE SUPREMA

Víctor Jimmy Arbulú Martínez<sup>∞</sup>

El delito contra la Libertad sexual tiene altos niveles de reprochabilidad social por lo que se tiene que ser muy cuidadoso en su tratamiento legislativo, lo que no parece en rigor, por las modificaciones que tienen que ver con el artículo 173 del Código Penal que reprime a quien realiza relaciones sexuales con un menor de 18 y mayor de 14 años. El sustento de este delito tiene que ver con el hecho que los menores no pueden consentir disponer libremente de su libertad sexual; sin embargo en la realidad se veía que iba contra conductas no reprochadas con connotación penal como los casos en que la adolescente tenía relaciones sexuales con su pareja sin mediar objetivamente violencia o grave amenaza; pero aun así, esto es considerado por el tipo penal como delito de violación sexual. Además se advierte que en la determinación legal de la pena se rompe con los criterios principios de lesividad y la judicatura ha tenido en sus manos una ley complicada en cuanto a su aplicación.

La Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa emitió la Resolución de fecha diez de agosto del dos y en ejercicio de la facultad de control difuso inaplicó a un caso concreto el artículo 173 inciso 3 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704 por inconstitucional y lo elevó en consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema fundamentando que violaba los derechos al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1° de la Constitución Política del Estado), derecho a la libertad (artículo 2 inciso 24° literal a) de la Carta Magna), y el principio de la legalidad penal al negar los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes (artículo inciso 24° literal d) de la Constitución de 1993)

La Sala Constitucional de la Corte Suprema en la Consulta N° 224-2007 – AREQUIPA Lima, veinte de noviembre del dos mil siete dictó la siguiente decisión:

“En los delitos contra la libertad sexual el bien jurídico protegido es precisamente esta, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de **disponer ante sí y ante los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo, con la voluntad de elegir, aceptar** o rechazar las pretensiones que produzcan **en la esfera de su sexualidad**, Mas, cuando se encuentran ausentes de **la estructura psíquica** del sujeto, el intelecto **y la voluntad**, falta también **capacidad para ejercer**

---

<sup>∞</sup> Abogado egresado de la Universidad de San Marcos. Con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial y Maestría en Ciencias Penales en la Universidad de San Marcos. Juez Penal Titular de la Corte Superior de Justicia del Callao desde el año 2002. Autor del Libro Temas de Derecho Informático. Docente de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad Particular Inca Garcilaso de la Vega.

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 Orden 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, entendiéndose que un menor **de dieciséis años** en adelante puede discernir para hacer uso de su sexualidad, y al castigarse dicha conducta se estaría vulnerando el **derecho a la libertad** de las personas previsto en la Constitución Política Estado. En consecuencia: APROBARON la Resolución consultada de rojas cincuenta y tres, de fecha diez de agosto de dos mil siete; en cuanto declara **INAPLICABLE** para el caso concreto el artículo 173 inciso 3 del Código Penal modificado por el artículo 1 de la Ley 28704”

La Sala Suprema se plantea la controversia en cuanto a establecer si un menor de dieciséis años para adelante tiene la capacidad de discernir y disponer de su libertad sexual, y la misma concluye afirmativamente atendiendo a un parámetro normativo que proviene del Código Civil. En la línea de precisar los alcances del 173 del CP los Vocales Supremos de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República se reunieron en Pleno Jurisprudencial dictando el **ACUERDO PLENARIO N° 7-2007/CJ-116** en Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete y dentro del razonamiento han señalado:

“...si se asume, como corresponde, la plena vigencia de los artículos 44°, 46° y 241° del Código Civil que afirman la plena capacidad de las personas mayores de dieciocho años, que las personas mayores de dieciséis años tienen una incapacidad relativa, que la prohibición absoluta está radicada en las mujeres menores de catorce años, y que pasada esa edad esa incapacidad cesa por matrimonio, entonces, cuando la relación sexual es voluntaria y el agraviado tiene entre dieciséis y dieciocho años de edad, es aplicable el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal –que regula la institución del consentimiento-puesto que con arreglo a lo precedentemente expuesto tiene libre disposición de su libertad sexual, al punto que la ley civil autoriza que pueda casarse”

Radicalizando esta posición los Señores Vocales Penales de la Corte Suprema han tomado el Acuerdo Plenario N° 4 -2008/CJ-116 de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho en el que al realizar el análisis si la conducta de una persona que ha sostenido relaciones sexuales con un sujeto pasivo mayor de 14 y menor de 18 años es punible, han dilucidado previamente el problema si dicho sujeto pasivo conforme al orden jurídico tiene capacidad para disponer libremente de su libertad sexual. En el Acuerdo Plenario se dice textualmente:

“El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44°, 46° y 241° que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones

de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual”

Sin embargo el Pleno también advierte que en tipos penales clásicos se reconoce la capacidad de consentir a una menor de 14 años citando el artículo 175 del Código Penal que describe el delito de Seducción, esto es cuando la víctima es engañada por el sujeto activo para tener relaciones sexuales. Además se tiene el artículo 176 A Código Penal que sanciona a quien realiza tocamientos indebidos a menores de 14 años mientras que el artículo 176 del Código Penal sanciona actos contra el pudor a mayores de edad siempre que se realice con violencia o grave amenaza concluyendo los señores Vocales Supremos que en una interpretación sistemática de estas dos norma penales, también se admite que una persona mayor de 14 años puede consentir dichos actos, lo que importa una causa genérica de atipicidad. Examinado estos tres tipos penales 175, 176 A y 176 del Código Penal se concluye que para el ordenamiento jurídico penal una persona mayor de 14 años puede disponer de su libertad sexual y en coherencia con su razonamiento el Pleno de Vocales Supremos Penales en el Acuerdo Plenario N° 4 -2008/CJ-116 ha decidido ampliar la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciséis años de edad.

El consentimiento esta regulado como exención de responsabilidad penal conforme al artículo 20 inciso 10 del Código Penal. La doctrina tal como lo señala Peña Cabrera (ver Tratado de Derecho penal. Tercera Edición. Editorial Grijley. Lima. 1997. p. 428-429) afirma que el consentimiento no excluye la tipicidad sino la antijuridicidad porque siempre hay un daño del bien jurídico tutelado penalmente, y pone como ejemplo el caso de lesiones donde el individuo deja consentir que se le ocasione una lesión. Que si bien el IV Pleno de Vocales Supremos en el sexto párrafo del Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho hace referencia al consentimiento como causa de justificación, también en su análisis sistemático de los artículos 176 y 176 A del Código Penal en el octavo párrafo, al concluir que una persona mayor de 14 y menor de 18 años puede disponer libremente de su sexualidad, **se está ante una causa genérica de atipicidad**. Es mi parecer que si la Libertad Sexual no ha sido lesionada entonces no se tiene al frente una causa de justificación, sino ante una causal de atipicidad, y esta última en los procesos en trámite puede ampararse con el primer supuesto de la Excepción de Naturaleza de Acción, que se estima cuando el hecho no constituye delito. Sin embargo hay un inconveniente tratándose de estos procesos ya iniciados puesto que hay que tener en cuenta el Acuerdo Plenario N° 1-2007/ES V-22 del dieciséis de noviembre de dos mil siete que dispuso que el Quinto considerando del Recurso de Nulidad número 1500-2006 tenga carácter vinculante, cuyo contenido es el siguiente:

“Que el artículo ciento treinta y nueve, inciso trece, de la Constitución Política, reconoce la garantía de la cosa juzgada, en cuya virtud emitida sentencia firme ésta no puede ser alterada o modificada, salvo los supuestos mas favorables – veáse el inciso once del citado numeral constitucional – referidas a modificaciones normativas más favorables Ex post facto, conforme al artículo seis del Código Penal; que, en el presente caso, no se trata de un supuesto de cambio legal ex post facto, sino de una solicitud instada mucho después que la sentencia condenatoria quedó firme –en sede de ejecución procesal- en el proceso penal declaratorio de condena-; que es de precisar, lo que es de opinión mayoritaria en la doctrina penalista, **que el cambio jurisprudencial no es un cambio normativo [ni siquiera lo establecido en la jurisprudencia vinculante antes mencionada puede calificarse de un cambio en la jurisprudencia precedente, pues sólo se trata de una precisión de los alcances de una concreta figura delictiva]**, menos aún en el ámbito del Derecho Penal que tiene como principio rector la reserva absoluta de ley para definición de las conductas punibles [en realidad, como apunta Bacigalupo Zapater, los cambios jurisprudenciales sólo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya existente en el momento del hecho, por lo que no afectan la objetividad del Derecho Penal ni al principio de confianza (Derecho Penal –Parte General, ARA editores, Lima, dos mil cuatro, página ciento treinta y tres )], así como que en el caso de autos no ha mediado la entrada en vigor de una nueva ley que comprenda en sus alcances los hechos objeto de la condena”

El artículo 22 del la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como obligación funcional que los Jueces al momento de resolver deben invocar los principios jurisprudenciales emanados de las sentencia vinculantes de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y por excepción cuando decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Que es menester señalar mi disensión respetuosa con lo dispuesto por el Quinto considerando del Recurso de Nulidad número 1500-2006 cuando afirma que **un cambio jurisprudencial no es un cambio normativo pues solo se trata de una precisión de alcances de una concreta figura delictiva**. Si se sigue este razonamiento no sería aplicable a los caso en trámite los cambios jurisprudenciales, ya que la controversia que originó esa Ejecutoria Suprema era que un sentenciado había solicitado la aplicación de un Acuerdo Vinculante por un hecho que tenía la calidad de cosa juzgada, y su solicitud le fue denegada. La interrogante que se plantea es ¿Un cambio jurisprudencial que interpreta una tipo penal, es un cambio normativo? En el Quinto considerando del Recurso de Nulidad número 1500-2006 se responde negativamente, mientras que es mi opinión que si lo es, por lo siguiente: la ley penal como todas las leyes tiene dos partes, la **disposición** que alude al texto, a su literalidad y la **norma** que es lo que **significa** la **disposición**. Los cambios de disposición como es obvio no le corresponden al Juez, porque por el principio de separación de poderes está asignada esa facultad al Parlamento, e incluso este Poder del Estado también tiene facultad para interpretar la ley, es decir lo que se conoce como interpretación autentica;

sin embargo el Juez también tiene facultades dentro de límites de racionalidad, de interpretar con los métodos de la ciencia jurídica, y esta se realiza tomando como referencia la **disposición**, para desentrañar lo que significa, es decir la **norma**, y lo que hace cualquier ejecutoria vinculante es una interpretación normativa; y, en consecuencia, cuando hay una variación de interpretación lo que cambia es el **significado, esto es la norma**. Para llegar a ese resultado se ha recorrido un camino argumentativo. Si esta nueva interpretación de la ley penal es favorable al reo bajo el principio que se desprende por extensión de lo dispuesto por el artículo 139 inciso 11 de la Constitución Política, el cambio jurisprudencial vinculante, por ser en materia penal, debe aplicarse a los procesos ya iniciados que están dentro de la hipótesis fáctica del 173 del Código Penal.

Si bien la Corte Suprema ha realizado un esfuerzo interpretativo en aras que el Derecho Penal se aplique con racionalidad, sin embargo, reconociendo que nos movemos dentro de parámetros normativos atendiendo al principio de legalidad podrían salir detractores que dirían que se está promoviendo las relaciones sexuales de los adolescentes de catorce años y es que en los acuerdos plenarios se constata un vacío, y es la falta de una apreciación de este tipo de fenómenos desde otros puntos de vista, como la psicología, antropología o sociología; esto es, desde las ciencias sociales, de tal forma que las sentencias tengan una finalidad unificadora de los criterios jurisprudenciales, sino además tengan una orientación pedagógica.