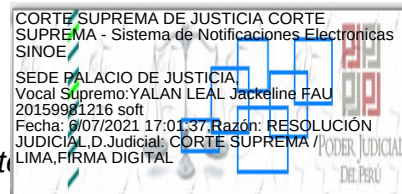


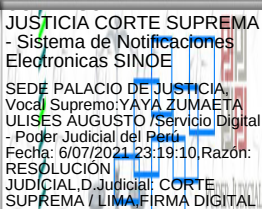
*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*



**CONSULTA
EXPEDIENTE N°9601-2020
AREQUIPA**



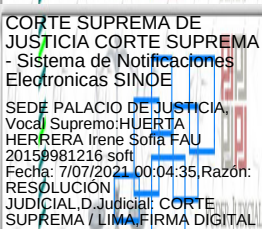
Lima, nueve de junio
de dos mil veintiuno



I.- VISTOS; con el acompañado;

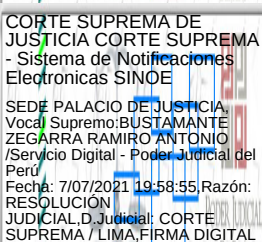
1.- Motivo de la elevación en consulta

Es materia de consulta la sentencia de conformidad contenida en la resolución número cinco, de fecha veintisiete de enero de dos mil veinte, obrante a fojas sesenta y tres, expedida por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal – Sede Módulo Básico de Justicia de Paucarpata de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que declaró **inaplicable** el artículo 22 último párrafo del Código Penal, por vulnerar el derecho a la igualdad, contenido en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Perú.



2.- Resolución elevada en consulta

Mediante sentencia de conformidad contenida en la resolución número cinco, de fecha veintisiete de enero de dos mil veinte, obrante a fojas sesenta y tres, expedida por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal – Sede Módulo Básico de Justicia de Paucarpata de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, se declaró a Brayan Jesús Mamani Cusi autor del delito contra la salud pública en la modalidad de comercialización de drogas, previsto en el artículo 296 concordante con el artículo 298 numeral 1 del Código Penal en agravio del Estado; en concurso real por el delito de peligro común en la modalidad de tenencia ilegal de armas contemplado en el artículo 279 del citado Código; imponiéndole una pena privativa de libertad de tres años, diez meses y quince días, la cual suspende por el plazo de tres años, a condición de que se cumplan las normas de conducta que allí estipula.



II.- CONSIDERANDO:

PRIMERO: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

1.1 La Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Paucarpata, a través del escrito de fecha treinta y uno de julio de dos mil dieciocho, obrante a fojas cuatro, formuló requerimiento de acusación contra Brayan Jesús Mamani Cusi por la presunta comisión del delito contra la salud pública en la modalidad de microcomercialización, previsto y penado en el artículo 296 como tipo base, en

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°9601-2020
AREQUIPA**

concordancia con el artículo 298 numeral 1 del Código Penal en agravio del Estado, representado por el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior relativo a Tráfico Ilícito de Drogas; así como por el delito de peligro común en la modalidad de tenencia ilegal de armas previsto y penado en el artículo 279 del Código Penal en agravio de la Sociedad.

Agrega que, la imputación concreta se circunscribe a que el veintidós de noviembre de dos mil catorce, siendo las catorce con treinta horas aproximadamente, personal PNP Depandro – Arequipa, Grupo Operativo Delta número tres, por intermediaciones del parque José Abelardo Quiñones Bellapampa, intervino al acusado en posesión de bolsas de marihuana para su venta; así como en posesión de un arma de fuego y municiones (balas) y efectuado el Dictamen Pericial de Pesaje y Análisis de Drogas 349/2014 dio como resultado un peso neto de treinta y dos punto ochenta y cinco gramos y corresponde a marihuana; así mismo según el Oficio N° 610-2015-SUCAMEC-GAMC remitido por la Gerencia de Armas Municiones y Artículos Conexos (SUCAMEC), se ha determinado que dicha arma de fuego es de propiedad de la persona de Víctor Fernando Guillen Tejada y según el Dictamen Pericial de Balística Forense N° 290-14 se ha determinado una pistola semiautomática calibre trescientos ochenta AUTO (9mm CORIO) marca Ceszbrojovka (CZ) serie 68175 en regular estado de conservación, normal funcionamiento, presenta características de haber sido utilizada para disparar y la muestra dos es un cartucho para pistola semiautomática calibre trescientos ochenta AUTO (9mm) CORTO marca Sllier & Bellot (S&B) en regular estado de conservación y normal funcionamiento.

Por lo tanto, la pena por el delito de microcomercialización debería ser de tres años de pena privativa de libertad y por el delito de tenencia ilegal de armas, solicita que se le imponga una pena privativa de libertad de seis años; por lo que, existiendo concurso real de delitos, se sumarían las penas; por lo que, la pena a imponerse sería de nueve años.

1.2 A través de resolución número uno, de fecha doce de diciembre de dos mil dieciocho, obrante a fojas cuarenta y uno, se citó al acusado, agraviado, testigos y perito, para audiencia de juicio oral, el día quince de octubre de dos mil diecinueve, a las once horas con treinta minutos.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°9601-2020
AREQUIPA**

1.3 Habiéndose declarado la conclusión anticipada del juicio, mediante sentencia confirmatoria contenida en la resolución número cinco, de fecha veintisiete de enero de dos mil veinte, obrante a fojas sesenta y tres, se declaró a Brayan Jesús Mamani Cosi autor del delito contra la salud pública en la modalidad de comercialización de drogas, previsto en el artículo 296 concordante con el artículo 298 numeral 1 del Código Penal en agravio del Estado; en concurso real por el delito de peligro común en la modalidad de tenencia ilegal de armas contemplado en el artículo 279 del citado Código; imponiéndole una pena privativa de libertad de tres años, diez meses y quince días, la cual suspende por el plazo de tres años a condición de que se cumplan las normas de conducta siguientes: A. No se ausentará del lugar de su residencia, ciudad de Arequipa, por periodos prolongados mayores a quince días sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria del Módulo Básico de Justicia de Paucarpata correspondiente; B. No cometerá nuevo delito doloso, especialmente delitos de la misma naturaleza de los que es materia de sentencia de la presente causa; C. Cumplirá con el pago íntegro de la reparación civil de los cien soles (S/. 100.00) restantes en el plazo de veinticuatro horas en forma de depósito judicial en el Banco de la Nación además verificara la remisión del expediente 92 de la presente causa, sobre prisión preventiva y el respectivo trámite para el endoso de mil quinientos soles (S/.1500.00) de dicho cupón al actor civil, procuraduría publica sobre delitos de tráfico ilícito de drogas; D. Se le impondrá la copenalidad de ciento cincuenta y cinco días multa que, calculados sobre el veinticinco por ciento del haber del sentenciado ascienden a la suma de mil doscientos uno con veinticinco soles (S/. 1201.25) los mimos que serán cancelados de acuerdo a ley. Siendo que, en caso de incumplimiento de cualquiera de estas reglas de conducta, ello dará lugar a la aplicación de la ley en el artículo pertinente. Asimismo, también le impone al sentenciado la inhabilitación definitiva para cualquier cargo o carrera pública, docente o administrativa en aplicación del artículo 36 numeral 9 del Código Penal.

Sostiene que, la pena básica que corresponde al delito de microcomercialización de drogas es no menor de tres ni mayor de siete años, sin embargo, dado que al momento de los hechos el acusado tenía diecinueve años, se aplica la atenuante del artículo 22 del Código Penal, por lo que, el nuevo rango punitivo es de uno y

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°9601-2020
AREQUIPA**

seis meses a tres años. No se ha acreditado que el acusado tenga antecedentes lo que constituye una atenuante genérica, y no hay agravantes genéricas; por tanto, la pena debe colocarse en el extremo mínimo del tercio inferior, es decir, un año y seis meses; y debe descontarse además un séptimo por conclusión anticipada, lo que es un promedio de dos meses y medio, lo que resulta finalmente un año, tres meses y quince días.

Por su parte, la pena básica que corresponde al delito de tenencia ilegal de armas es no menor de seis ni mayor de quince años, sin embargo, se debe crear un nuevo rango punitivo porque al momento de la comisión de los hechos; el acusado tenía diecinueve años, lo que, constituiría una causa de atenuación de punibilidad (artículo 22 del Código Penal), por lo que, el nuevo rango punitivo es de tres años a seis años. Además, como se indicó, no se ha acreditado que el acusado tenga antecedentes lo que constituye una atenuante genérica, y no hay agravantes genéricas; entonces, la pena debe colocarse en el extremo del tercio inferior, es decir tres años; y debe descontarse además un séptimo por conclusión anticipada, lo que es un promedio de cinco meses, en aplicación de un redondeo a favor de la parte acusada, lo que resulta finalmente dos años y siete meses. Al tratarse de un concurso real de delitos (artículo 50 del Código Penal), corresponde sumar ambas penas, lo que resulta en tres años, diez meses y quince días.

La igualdad jurídica que debe ser de aplicación para todo ciudadano, en el presente caso para el acusado, el cual cometió dos delitos siendo que solo para el delito de tenencia ilegal de armas el Código Penal contempla la aplicación de la eximente imperfecta o incompleta, por lo que, se puede crear un nuevo marco punitivo pero ello, al ser un dispositivo legal legislativo no prevé las circunstancias o el contexto en el cual se ha desarrollado y para el presente caso ese delito pudiese considerarse más gravoso, caso contrario, está el delito de microcomercialización de drogas el cual en este caso no reviste mayor peligrosidad a comparación del otro delito.

Resulta inconstitucional el paramentar los delitos que puedan acceder a la reducción punitiva mediante la creación de un nuevo margen punitivo sin tener en cuenta las circunstancias en el cual se desarrolló el ilícito. Asimismo, es necesario recalcar que, aun cuando estas reglas provienen de una doctrina de carácter

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9601-2020
AREQUIPA**

vinculante, ello - al hablar de requisitos – está realmente sustentándose en una falacia de circular, puesto que, con el uso de estas reglas o requisitos, se está tratando de demostrar que es inconstitucional porque colisiona con la Constitución, y eso justamente es inconstitucionalidad de la norma. En, todo caso esta colisión del precepto normativo, con el espíritu de la ley constitucional de no discriminación ha quedado evidenciado, sin que haya otra manera de salvarse dicha contradicción que no sea la inaplicación del último párrafo del artículo 22 del Código Penal.

1.4 En ese contexto, como podemos observar, es objeto de consulta la inaplicación vía control difuso del artículo 22 último párrafo del Código Penal, por lo que, en primer término, se procederá a precisar las reglas para el ejercicio del control difuso y luego se verificará si en la sentencia consultada se ha procedido conforme a las mismas, para finalmente determinar si corresponde su aprobación o no.

SEGUNDO: SOBRE EL CONTROL DIFUSO EN EL PERÚ

2.1 La Constitución Política del Perú, en su artículo 138 prescribe: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*, asimismo, en el artículo 51 señala que: *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”*.

2.2 A modo de complemento, corresponde observar el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, en cuyo artículo 14 señala que: *“[...] cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. [...] En*

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9601-2020
AREQUIPA**

todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. [...]”.

2.3 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.º 1109-2002-AA/T C, s entencia del seis de agosto de dos mil, dejó establecido: “6. (...) *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 él 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” (resaltado agregado).* 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 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, etc¹.

¹ 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° 9601-2020
AREQUIPA**

2.4 En resumen, ante un supuesto en donde exista una confrontación entre una norma legal con una norma de carácter constitucional, es lógico que todos los órganos de justicia están en la obligación de preferir la última en salvaguarda de la supremacía de nuestra Carta Magna y garantizar la estabilidad de nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de dotar al país de seguridad jurídica.

2.5 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 constituyen **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 en el fundamento 2.5., ha enfatizado 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;(…). iv. En esencia 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 valoradas por esta Sala Suprema al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad en la sentencia elevada en consulta.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9601-2020
AREQUIPA**

2.6 De otro lado, esta Suprema Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la Consulta N° 17151-2013 - cuarto considerando - indicó que *“(...) la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por ésta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el ‘iter legislativo’, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental”.*

TERCERO: FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

3.1 En el presente caso, el artículo inaplicado regula el tema sobre la responsabilidad restringida por la edad, cuyo contenido establece:

“Artículo 22 del Código Penal

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”. (Subrayado agregado)

3.2 El Tercer Juzgado Unipersonal de Paucarpata de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, para aplicar al caso concreto del imputado Brayan Jesús Mamani Cosi

CONSULTA
EXPEDIENTE N°9601-2020
AREQUIPA

los alcances previstos en el artículo 22 del Código Penal, sobre la responsabilidad restringida por la edad que constituye una circunstancia privilegiada de atenuación de la pena, consideró que realizar la rebaja de la pena solo respecto al delito de tenencia ilegal de armas, sería discriminatorio y atentaría contra el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Estado, más aún si, en este caso, aquel debería ser considerado más grave, al tener una connotación más violenta que el delito de microcomercialización de drogas, siendo que, ambos hechos fueron realizados en un mismo momento y a la misma edad. Ante esta contradicción que la norma plantea en el caso concreto, se aprecia la arbitrariedad en la misma, y por lo tanto, la injusticia. Por lo tanto, después del análisis normativo de la disposición legal contemplada en el artículo 22 del Código Penal, se puede concluir que colisiona con el derecho fundamental, en este caso del acusado, en ser tratado jurídicamente igual respecto a ambos delitos cometidos en el año dos mil catorce, cuando aún tenía diecinueve años de edad, y según ésta disposición no se podría reducir prudencialmente la pena creando un nuevo marco punitivo puesto que, lo considera delito grave, empero ello debe atender a las circunstancias en las que se desarrolló el delito - se debe resaltar que, no se está ponderando un bien jurídico sobre otro, al contrario, se ha analizado que el delito de tenencia ilegal de armas pone en peligro en igual o mayor grado un bien jurídico (la vida), por lo que, también debería considerarse como "delito grave, o más grave"- por tanto la norma no es racional, siendo arbitraria y contraria al sentido constitucional de no discriminación.

3.3 Por su parte, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto a la cual el Estado se ha obligado a cumplir, prescribe: *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"*, así, como los de realización personales y familiares, al proyecto de vida, otros vinculados a la dignidad de la persona y otros derechos análogos, previstos en el numeral 3 de la Constitución Política del Estado.

3.4 Por ende, no cabe entender esta posibilidad de diferenciación como una puerta abierta para vaciar de contenido a la igualdad constitucional. Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado; solo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. De esta forma, quedan

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9601-2020
AREQUIPA**

proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos². Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras. Específicamente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 02437-2013-PA/TC, del dieciséis de abril de dos mil catorce, el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 5 que la igualdad ostenta dos facetas: como principio y como derecho subjetivo constitucional, precisando que el primer caso “(...) *constituye el enunciado de un contenido material objetivo que en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico (...)*”; y en el segundo caso, esto es, como derecho fundamental, “(...) *constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; (...). Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ('motivo' 'de cualquier otra índole') que jurídicamente resulten relevantes*”. Y, en el fundamento 6, ha reiterado su criterio de que el derecho a la igualdad “(...) **no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos**. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que “la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. (...). La igualdad jurídica presupone, pues, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es”. En el ámbito del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos, el mismo Tribunal Constitucional, ha precisado que: “(...) *no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribire todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, **no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato,***

² STC Exp. N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9601-2020
AREQUIPA**

siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables³. (Resaltado agregado)

3.5 En torno al principio de proporcionalidad de la pena exige de los poderes públicos (Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. Este principio *“exige efectuar una determinación adecuada de la pena que procure lograr una sanción justa y congruente con la gravedad de la acción realizada, los bienes jurídicos afectados y las circunstancias del hecho, debiendo también guardar relación con el daño ocasionado (...) en consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito se inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito.”*⁴ Respecto al referido principio no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional *“Sólo están sometidos a la Constitución y la ley”*.

3.6 En ese sentido, para que en el caso concreto sea posible conceder el beneficio de responsabilidad restringida por razón de la edad al delito de microcomercialización de droga, **se impone la exigencia al órgano jurisdiccional de explicar debidamente las circunstancias particulares que se presentan en el caso en concreto**, que nos lleven a inferir que la diferenciación, en principio legítima, realizada por el legislador, colisionaría con un derecho fundamental.

3.7 Con relación a la responsabilidad restringida, corresponde tener en cuenta:

- i. Lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.° 00751-2010/PHC/TC de fecha quince de junio de dos mil diez, en el sentido que: *“De acuerdo al texto del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) y a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 (fojas dieciséis), queda a criterio*

³ STC N° 03525-2011-PA/TC, del 30 de septiembre de 2011.

⁴ PRIETO SANCHIS, Luis. Sobre los Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico. Editorial Palestra y Themis. Lima-Bogotá. 2013. pp. 184-185.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9601-2020
AREQUIPA**

del juez la reducción prudencial de la pena y/o inaplicación del segundo párrafo del artículo antes mencionado”, siendo que el referido Acuerdo Plenario, en el numeral 11, con carácter de doctrina legal, estableció: “Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente - que impide un resultado jurídico legítimo”. Por consiguiente, podríamos entender que nuestro Tribunal Constitucional ha aprobado, implícitamente, el criterio citado.

- ii. El Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, estableció que: “14. La respuesta, sin duda alguna, es negativa: la Ley incluye una discriminación no autorizada constitucionalmente. La antijuricidad penal se refiere a las conductas que son contrarias a las normas que rigen el Derecho Penal —típicas y no amparadas en una causa de justificación—, mientras que la culpabilidad se circunscribe al sujeto que comete esa conducta, respecto del que debe afirmarse que actuó pese a estar motivado por la norma que le impelía a adoptar un comportamiento distinto. Una atiende al hecho cometido —a su gravedad o entidad— y la otra a las circunstancias personales del sujeto. Luego, si la edad del agente está referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que la antijuricidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido, que tiene su propio baremo de apreciación. 15°. El grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido. La disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo 22° del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9601-2020
AREQUIPA**

penal, sino en la evolución vital del ser humano. Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado (...)

3.8 No obstante, debe indicarse que la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal no supone, de por sí, una automática reducción de la pena señalada para el hecho punible cometido por el agente, cuando éste tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años, toda vez que, por el contrario, la referida inaplicación supone la aplicación del primer párrafo del citado artículo 22 del Código Penal, que establece: *“Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años (...) al momento de realizar la infracción (...)”*. Es decir, que es el Juez quien podrá reducir prudencialmente la pena cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad al momento de ejecutar el delito. Lo cual implica que tal atenuante se aplica facultativamente sobre la base de las circunstancias en que se cometió el delito y la actuación del inculcado, las mismas que el juez de la causa determina para cada caso en concreto.

3.9 Ahora bien, de lo expuesto en los párrafos precedentes, y como se ha desarrollado en la **doctrina jurisprudencial vinculante** (Consulta N° 1618-2016-LIMA NORTE), la técnica de ponderación se materializa a través del test de proporcionalidad como canon argumentativo que sirve para solucionar conflictos de derechos, siendo el objeto del indicado test: “el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado”⁵; dicho test, se realiza a través de tres subprincipios: **i) subprincipio de idoneidad o de adecuación**; se evalúa el medio empleado por el juez que inaplica una norma por control difuso para la consecución del fin constitucional, es decir, se analiza si la medida resulta adecuada para la consecución de la finalidad constitucional, constituyendo una observación “medio fin”; **ii) subprincipio de necesidad**; comprende una comparación entre los medios empleados por el legislador para la consecución del fin constitucional y otros hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin, de modo tal que se evalúa si los otros

⁵ GRANDEZ CASTRO, Pedro, “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”, Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Palestra Editores: Lima, 2010, p. 347.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9601-2020
AREQUIPA

medios alternativos serían igualmente idóneos; constituyendo un análisis medio-medio; y, **iii) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto**; en el cual se realiza un juicio de comparación entre el grado de realización del fin constitucional y el grado de intensidad en la intervención en el derecho fundamental que configura su contrapartida y que se ha afectado, de modo tal que se evalúa el nivel de satisfacción de uno de los derechos en juego, en relación a la afectación del otro derecho en conflicto, pues cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

3.10 En cuanto al ***juicio de idoneidad***, cabe recordar que el artículo 298 del Código Penal (vigente a la fecha de los hechos), prevé una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años y de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa para quienes comercialicen o posean droga que no sobrepase los cien gramos en el caso de marihuana; entonces, la imposición de una pena privativa de la libertad para los autores o partícipes de aquel delito de microcomercialización de droga, es un medio idóneo para lograr proteger y resguardar la salud pública.

3.11 Respecto del ***juicio de necesidad***, la cual se vincula con la imposición de la pena, en este caso, la pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años para quien comete el delito previsto en el artículo 298 del Código Penal, en este caso, el sentenciado tenía diecinueve años de edad al momento de cometer el delito; pero, aquella medida no es un medio necesario e indispensable para lograr la protección del bien jurídico de salud pública, ya que existen otras medidas alternativas igualmente eficaces, de penas menores de privativa de la libertad, incluso suspendida y con rígidas reglas de conducta, que permitirían alcanzar el mismo objetivo. El Tribunal Constitucional en la STC N° 0012-2010-AI/TC, en los fundamentos jurídicos 66 y 67, señala: “En sentido análogo a lo estipulado en el artículo 139 numeral 22 de la Constitución, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece lo siguiente: El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”, “Una interpretación conjunta del artículo 139º, inciso 22, de la Constitución y el artículo 10.3 del Pacto, tal como lo dispone la Cuarta Disposición Final de la Constitución, permite sostener que la resocialización de un penado exige

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 9601-2020
AREQUIPA

un proceso (un “tratamiento” –en los términos del Pacto–, reeducativo –en los términos de la Constitución–), orientado a un objeto o fin, a saber, su rehabilitación y readaptación social, que permita asegurar su aptitud para ser reincorporado a la comunidad”. Entonces, la imposición de una pena de tres a siete años para una persona que tiene diecinueve años, termina siendo innecesaria, y no lograría cumplir con la finalidad de resocialización antes descrita; de esa forma la pena establecida en la norma inicialmente citada, para este caso en concreto, no supera el subprincipio de necesidad.

3.12 Referente al subprincipio de ***proporcionalidad en sentido estricto***, si bien es cierto que, al no haber superado el subprincipio de necesidad, sería innecesario este extremo tercer supuesto del test; pero al tratarse de un delito donde el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal prohíbe la reducción de la pena en agentes que se encuentren entre los dieciocho y veintiún años, resulta proporcional la pena suspendida de un año, tres meses y quince días impuesta al sentenciado por el delito de microcomercialización de drogas.

3.13 En esa perspectiva, las razones que ha esgrimido el Juez del Tercer Juzgado Penal Unipersonal, a efectos de ejercer el control difuso (estando a que el caso de autos es un caso singular), satisfacen los parámetros legales y jurisprudenciales reseñados en la presente resolución; dado que, se aprecia que, si bien es cierto la pena establecida por el Código Penal para el delito de microcomercialización de droga es no menor de tres ni mayor de siete años; también lo es, que dicha pena puede ser revisada en cada caso concreto, pues es el juez en ejercicio de su potestad de reducir prudencialmente la pena, puede negar tal reducción, sin que tal situación devenga en una vulneración del principio de igualdad ante la ley o en la existencia de un trato discriminatorio; de otro lado, se tuvo presente que el sentenciado Brayan Jesús Mamani Cosi ha reconocido la responsabilidad penal por los hechos materia de acusación, y además se consideró que el sentenciado no tiene antecedentes penales, agregándose que conforme al Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, el grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido; además de que el citado artículo si era aplicable para el delito cometido el mismo día por tenencia ilegal de armas; máxime si dadas las circunstancias del caso

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°9601-2020
AREQUIPA**

puntual la pena si bien ha sido suspendida, ello depende del cumplimiento de específicas reglas de conducta; consecuentemente, existen factores objetivos suficientes que traslucen en este caso concreto, que justifican la inaplicación del artículo 22 último párrafo del Código Penal.

3.14 En ese sentido, al haber justificado adecuadamente las razones por las cuáles se estimaba que en este caso concreto correspondía reducir prudencialmente la pena, este Supremo Tribunal considera que existía base válida sobre la cual debía reducirse la pena impuesta; en consecuencia, corresponde aprobar la sentencia consultada, en el extremo analizado.

III. DECISIÓN:

Por tales consideraciones: **APROBARON** la sentencia de conformidad, contenida en la resolución número cinco, de fecha veintisiete de enero de dos mil veinte, obrante a fojas sesenta y tres, expedida por el Tercer Juzgado Penal Unipersonal – Sede Módulo Básico de Justicia de Paucarpata de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, **que declaró inaplicable el artículo 22 último párrafo del Código Penal**, por vulnerar el derecho a la igualdad contenido en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Perú; en el proceso penal seguido contra Brayan Jesús Mamani Cosi sobre el delito de microcomercialización de drogas y tenencia ilegal de armas, en agravio del Estado Peruano; y *los devolvieron*. **Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Yalán Leal.-**

S.S.

QUISPE SALSAVILCA

YAYA ZUMAETA

YALÁN LEAL

HUERTA HERRERA

BUSTAMANTE ZEGARRA

Dkrp/ahv