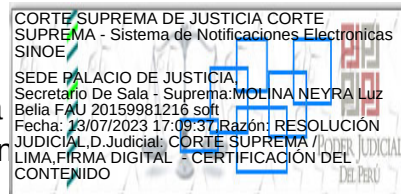


Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

Lima, veintiocho de junio
de dos mil veintitrés.-

VISTA; en discordia: la presente causa en la fecha, con el expediente principal y el cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema, luego de verificada la votación con arreglo a ley, con el voto del señor Juez Supremo **TAPIA GONZALES**, que se **adhiriere** al voto de los señores Jueces Supremos **TOLEDO TORIBIO**, **BERMEJO RÍOS** y **CORANTE MORALES**, incorporados de fojas sesenta y siete a setenta y nueve, y ochenta y dos del cuaderno de consulta y el voto en minoría de los señores Jueces Supremos **PARIONA PASTRANA**, **YAYA ZUMAETA** y **BUSTAMANTE ZEGARRA**, que obran de fojas cincuenta y cuatro a sesenta y siete del citado cuaderno; se emite la siguiente resolución:

MATERIA DE CONSULTA

Es materia de consulta la sentencia de conformidad de fecha veinte de setiembre de dos mil diecinueve, emitido por el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho en el que, obrante a foja sesenta, mediante control difuso, resuelve **inaplicar al caso concreto el artículo 5 de la Ley N.º 30838, por infringir el derecho a la igualdad ante la ley, por ser incompatible con el derecho a un juicio oral sin dilaciones indebidas y al principio de economía procesal**; que aprueba el acuerdo de conclusión anticipada de proceso, en consecuencia, se condena a Shuberth José Díaz Riofrio a título de autor de la conducta punible de tocamientos sin consentimiento consumado, y como tal le impusieron cinco años de pena privativa de la libertad efectiva.

El presente caso, se sustentó en que el acusado ejerciendo violencia ha realizado tocamientos en la víctima, cuanto ésta se encontraba dormida en su habitación.

Durante la audiencia de juicio oral, tras los alegatos de inicio del representante del Ministerio Público, el acusado se declaró responsable del delito imputado y

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

responsable de la reparación civil, por lo que su abogado solicito acogerse a la conclusión anticipada del juicio.

II. SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CONSULTA

2.1. Para Jerí Cisneros, la consulta es un instituto que en sentido estricto no constituye un recurso impugnatorio, pero que tiene efectos procesales semejantes a la apelación. Para dicho autor, consultar es elevar una resolución judicial al Tribunal Superior para su aprobación, implica un reexamen de lo ya resuelto y se encuentra limitado a los casos en que la ley expresamente lo ordena, no proviene la decisión judicial, importa por último que la resolución en cuestión sea necesaria y oficiosamente revisada por el superior, sin el cual no causaría ejecutoria¹.

2.2. La consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público que viene impuesta por la Ley que no es en esencia un recurso sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al Superior y a éste, efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior².

2.3. El artículo 408 del Código Procesal Civil que señala: *“La consulta solo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas: (...) 3. Aquella en la que el juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; (...) También procede contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.”* Siendo así, puede advertirse que, en instancia judicial, *“(...) la consulta opera porque el legislador considera necesaria la revisión de la sentencia por el superior, sin lo cual no hay ejecutoria. (...)”³*, por lo que, de acuerdo a los supuestos regulados en el artículo citado, corresponde que el órgano jurisdiccional eleve el expediente

¹ JERÍ, J. “Teoría de la impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar a la apertura de instrucción por el agraviado”. En: http://sisbid.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/jeri_cj/Cap6.pdf

² Consulta N° 2692-2011-Lima, de fecha 22 de setiembre de 2011, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema.

³ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. “Comentarios al Código Procesal Civil”. Gaceta Jurídica Lima. Pág. 306

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

al superior, y éste al recibirlo efectúe el **control de constitucionalidad** que corresponda respecto de lo resuelto por la instancia inferior.

2.4. En el caso de autos, se advierte que la sentencia elevada en consulta resuelve inaplicar una norma legal por colisionar con la Constitución, siendo la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema competente para conocer la misma, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 14 e inciso 3 del artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

3.1. 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: Control Difuso y 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.

3.2. El artículo 138, segundo párrafo, de la Norma Fundamental, señala que sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y de jerarquía de las normas. En otras palabras, dicho control constituye a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior; pero además, constituye un mecanismo idóneo de control de 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.

3.3. El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualesquiera clases de procesos o especialidad, encuentre que hay incompatibilidad en su interpretación, de un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con arreglo al primero,

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

en cuyo caso las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Norma que debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso⁴ y que contiene el siguiente enunciado: *“Cuando exista incompatibilidad entre una 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”*.

3.4. 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/TC**, sentencia del seis de agosto de dos mil dos, 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”⁵ (palabra y consonantes destacadas que no aparecen en el original).

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

⁴ ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

⁵ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs. 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.º 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N.º 28301.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

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, etc.⁶

3.5. Asimismo, esta Sala Suprema con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N.º 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 [...]” (frases destacadas por el Colegiado).*

Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Sala Superior en la sentencia de vista elevada en consulta.

⁶ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre der 2004, p.29

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

3.6. De otro lado, esta Sala Suprema en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce, en la Consulta N.º 17151-2013, en su 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 esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo 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 estas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental*”.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

4.1. En el caso de autos, la sentencia elevada en consulta que condenó a Schubert José Díaz Riofrio, a quien se le atribuye, en calidad de autor, la comisión del delito contra la Libertad-violación de la libertad sexual, en la modalidad de tocamientos sin consentimiento –previsto en el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal–, contra la fémina de iniciales Y. R. M, y como tal le impusieron cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, así como inaplicaron el artículo 5 de la Ley N.º 30838, por resultar incompatible con el derecho a la igualdad ante la ley, derecho a un juicio oral sin dilaciones y economía procesal.

4.2. En cuanto, al citado artículo 5 de la Ley N.º 30838, esta norma establece la improcedencia de la terminación anticipada y juzgamiento anticipado respecto a lo siguiente:

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

Ley N° 30838

Artículo 5. *“No procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.”*
(resaltado agregado)

4.3. Conforme se puede observar, la citada norma señala expresamente que no resulta procedente, entre otros, la conclusión anticipada cuando se trate de determinados delitos contra la libertad sexual, dentro de ellos, el previsto en el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal, cuando se refiere a la modalidad de tocamientos sin consentimiento, prohibición que se justifica en razón a la extrema gravedad que configura el ilícito penal y la protección de bienes jurídicos especiales como la vida e integridad y la salud pública.

4.4. Al respecto, los fundamentos de la sentencia recurrida sobre el asunto en consulta se sustenta en que –para el Juzgado unipersonal– el artículo 5 de la Ley N.º 30838, prohíbe la conclusión anticipada del juicio para los agentes del delito previsto en el artículo 176 del Código Penal, el cual es incompatible con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y economía procesal, esto implicaría ahorro de tiempo, gastos y esfuerzo, pues es un trato discriminatorio ofensivo a la dignidad humana, pues señala que no se halla ninguna justificación razonable u objetiva para prohibir tramitar el juzgamiento con celeridad (conclusión anticipada) para los agentes del delito en cuestión, más aún cuando se trata de un agente sin antecedentes penales.

4.5. Asimismo, sostiene que la imposición de la pena y su cumplimiento posibilita la protección del bien jurídico afectado por el delito, además contribuye a la paz social; por lo tanto, señala que la norma en cuestión **es idónea** porque protege el bien jurídico tutelado. Sin embargo, **no es necesaria**, por cuanto prohibir la conclusión anticipada del proceso para exigir el cumplimiento de la pena concreta total a imponerse al acusado por el delito de tocamientos sin consentimiento, no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico “libertad sexual”, en cuanto que existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de pena privativa de libertad reducida que pueda permitir

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

alcanzar el mismo objetivo. Por lo tanto, señala que al no superar el **subprincipio** de necesidad, debe inaplicarse al caso concreto el artículo 5 de la Ley N.º 30838, por resultar incompatible con el derecho a la igualdad, derecho a un juicio oral sin dilaciones y economía procesal.

4.6. Para determinar si la norma legal referida, vulnera el derecho constitucional del acusado, corresponde emplear la técnica de ponderación que 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 en particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado”*⁷, en la aplicación del test se realizará atendiendo a sus **tres fases** delimitadas por: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto⁸, las que por cierto son excluyentes en el sentido que si no supera una de las fases, la norma resulta inconstitucional y ya no es necesario proceder con las fases subsiguientes:

4.7. En primer orden, a través del **examen de idoneidad**, se evalúa el medio empleado por el legislador, 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”**.

4.8. La norma del citado artículo 5 de la Ley N.º 30838, contiene la prohibición o improcedencia de la terminación y conclusión anticipada respecto a los delitos contra la libertad sexual, como el del presente caso, que es de tocamientos sin consentimiento. La finalidad de esta norma es que –debido a la gravedad del delito–, el imputado no tenga oportunidad alguna de acogerse a los citados beneficios.

⁷ Grandez Castro, Pedro, “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”, Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Palestra, Lima 2010, *Página 347*

⁸ “El primer sub-principio exige una adecuación de los medios a los fines, es decir, que los medios empleados resulten aptos para lograr la finalidad legítima perseguida. El sub- principio de necesidad examina que el medio empleado sea el menos restrictivo sobre el derecho fundamental en juego. Por último, mediante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se suele realizar una ponderación entre los principios jurídicos, aunque esto se traduce en un examen entre las neveras y los sacrificios de la medida” En SAPAG, Mariano. “El Principio de Proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al Poder del Estado: un estudio comparado”. Revista DIKAION N° 17- Diciembre 2008. Universidad de la Sabana. Bogotá, Pp. 172

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

4.9. Entendiendo la finalidad del legislador, no se puede establecer que la citada prohibición se tenga como un supuesto de desigualdad cuando se trata de un supuesto de trato diferenciado. Para ello, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 02437-2013-P A/TC, 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 proscribiera 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, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

4.10. De acuerdo a los hechos determinados por el juzgado, en el presente caso se tiene que el imputado se encontraba alojado desde el seis al diez de noviembre de dos mil dieciocho, en el hospedaje “Las Cumbres”, ubicado en Huamanga-Ayacucho, ocupando una habitación en dicho hotel, el cual era de propiedad de los padres de la agraviada y en donde, también, la agraviada residía. El día de los hechos diez de noviembre de dos mil dieciocho a la una de la mañana, el acusado ingresó a la habitación de la mientras esta dormía, al darse cuenta de la presencia del acusado lo botó de la habitación, sin embargo, este se abalanzó sobre ella y le tocó su parte íntima superior del cuerpo (senos), al gritar fue auxiliada por su hermano, Juan Carlos Rojas Marquina, quien encaró y forcejeó con el acusado por unos momentos, luego este huyó, pero fue intervenido por los miembros del serenazgo de Huamanga.

4.11. La acusación se sustentó en que el imputado ejerciendo violencia ha realizado tocamientos en la víctima cuanto esta se encontraba dormida en su habitación. Durante la audiencia de juicio oral, tras los alegatos de inicio del representante del Ministerio Público, el acusado se declaró responsable del delito imputado y responsable de la reparación civil, por lo que su abogado solicitó acogerse a la conclusión anticipada del juicio.

Sin sustituirnos en juez, de los elementos fácticos de la sentencia se desprende que en función a la inaplicación del artículo 5 de la Ley N.º 30838 y que el acusado no contaba con antecedentes penales, es que se le impuso cinco años de pena privativa de la libertad efectiva.

4.12. En ese orden, se advierte que la inaplicación del artículo 5 de la Ley N° 30838, ha sido sustentada en la sentencia consultada por el hecho que el acusado Shuberth José Díaz Riofrio no contaba con antecedentes penales y que sería inconstitucional que no pueda acogerse al procedimiento de conclusión anticipada, ello con la finalidad de reducir la pena que va de seis a nueve años, dado que de lo contrario afectaría su derecho de igualdad frente a los demás agentes que sí pueden acogerse a dicho beneficio, ameritando una pena menor, conllevando que en el caso específico del procesado, la inaplicación de la norma en controversia vulneraría, además, su derecho a un juicio oral sin dilaciones y economía procesal.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

Sin embargo, los motivos que sustentaron la dación de la Ley N.º 30838, que es la de fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, en particular, lo establecido en el artículo 5, en cuanto contempla los delitos exceptuados de la aplicación de la terminación anticipada y conclusión anticipada, como lo es el delito de violación de la libertad sexual; tenemos que en el caso concreto no se afecta el derecho de igualdad ante la ley –previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú–, desde que por la naturaleza del ilícito penal, se establecen restricciones que se justifican en razón a la extrema gravedad que configura el ilícito penal sub materia –tocamiento sin consentimiento en agravio de una menor de catorce años– y la protección de bienes jurídicos especiales como la vida e integridad y la salud pública; por consiguiente, los casos de improcedencia contemplados en el artículo 5 de la Ley N.º 30838 se encuentran arreglados a la Norma Fundamental, no siendo incompatible ni inconstitucional. Precisando que su inaplicación normativa exige que este se efectúe no en abstracto sino en atención a las particularidades del caso concreto y objetivamente sustentado, como así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada, al precisar que el trato desigual debe fundarse en una justificación objetiva y razonable, lo cual se ha dado en el presente caso.

4.13. En tal contexto, la prohibición prevista en el artículo 5 de la ley N° 30838 resulta **idónea para este caso concreto**, ya que la norma limita al procesado de acogerse al procedimiento de conclusión anticipada por haber cometido el ilícito penal de tocamiento sin consentimiento en contra de una menor de edad, lo cual no afecta su derecho de igualdad ni a un juicio oral sin dilaciones y economía procesal, si bien el procesado no contaba con antecedentes penales y reconoció su responsabilidad, de acuerdo a las circunstancias no procedería su inaplicación, en tanto que se aprovechó de que la víctima era una menor de edad, que se encontraba sola y durmiendo, a quien amenazó de hacerle algo peor, además que al ser descubierto éste huyó del lugar, lo cual pudo entorpecer el proceso en caso no se lo encontrara; siendo estos factores objetivos suficientes que traslucen en el caso concreto que la diferenciación que se substrahe del artículo 5 de la Ley N° 30838, no colisionaría con los derechos fundamentales de igualdad como argumenta el Juzgado Penal de origen; toda vez que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional no se vulnera dicho principio cuando se

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

establece una diferencia de trato, sobre bases objetivas y razonables, como acontece en el caso concreto.

4.15. Conforme a lo expuesto, el control difuso aplicado por el Juzgado no satisface los parámetros legales y jurisprudenciales establecidos en la presente resolución, por lo tanto, la referida norma prevista en el artículo 5 de la Ley N° 30838 sí resulta procedente al caso concreto; por lo tanto, corresponde desaprobar la resolución materia de consulta.

V. DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas, **DESAPROBARON** la sentencia de conformidad de fecha veinte de setiembre de dos mil diecinueve, emitido por el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, obrante a fojas sesenta, que ejerciendo control difuso, resuelve **inaplicar al caso concreto el artículo 5 de la Ley N.º 30838, por infringir el derecho a la igualdad ante la ley, al ser incompatible con el derecho a un juicio oral sin dilaciones indebidas y al principio de economía procesal;** por no resultar incompatible constitucionalmente con el derecho a la igualdad consagrado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. *Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Bermejo Ríos.*

S.S.

TOLEDO TORIBIO

BERMEJO RÍOS

CORANTE MORALES

TAPIA GONZALES

Hhsp/Crhc

LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TAPIA GONZALES, SON COMO SIGUEN:-----

i) Debe precisarse que el bien jurídico Libertad Sexual es especialmente relevante, máxime cuando en el caso concreto el sentenciado ha revelado una conducta a ponderarse como fluye de autos, pues los hechos no tuvieron

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

aparentemente una consecuencia más gravosa solo porque el hermano de la víctima intervino para auxiliarla.

ii) No se ha ponderado en la sentencia consultada que el sistema de justicia tiene que responder a la tutela de un sector vulnerable de la sociedad constituida por las mujeres, contra la violencia que estas sufren de diversos modos (y que encuentra respaldo en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer; “Convención De Belem Do Para”; Convenio N°190. Convenio sobre la violencia y el acoso. OIT , 2019, entre otros).

iii) Se aprecia que en la sentencia consultada no se ha realizado un correcto Test de Proporcionalidad, pues en el Sub Juicio de necesidad el juzgador realiza apreciaciones generales sin señalar por qué la medida alternativa menos lesiva para el derecho sacrificado e igualmente eficaz que eligió sería igualmente idónea, por cuanto de manera muy genérica hace mención a la “pena privativa de libertad reducida”, sin argumentar por qué esta medida alternativa sería igualmente eficaz y menos lesiva, limitándose a señalar que la medida analizada no resulta ser necesaria (fundamentos 44 - 47). Incluso en el sub juicio de idoneidad no se precisa cuál es el bien jurídico afectado que protege la norma, haciéndose solo una apreciación general.

iv) Finalmente si bien la víctima no es menor de edad, como contrariamente se señala en el fundamento 4.13 del voto discordante, sin embargo ello no enerva el razonamiento que hicieron los señores a cuya ponencia me adhiero por estar debidamente fundamentada.

S.S.

TAPIA GONZALES

Hhsp/Crhc

**EL VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS PARIONA
PASTRANA, YAYA ZUMAETA Y BUSTAMANTE ZEGARRA, ES COMO
SIGUE: -----**

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

VISTOS; y CONSIDERANDO:

I. OBJETO DE LA CONSULTA:

Es materia de consulta la sentencia de conformidad de fecha veinte de setiembre de dos mil diecinueve, obrante a fojas sesenta del expediente principal, expedida por el Cuarto Juzgado Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, que **inaplicó** al caso concreto el artículo 5 de la Ley N° 30838, por infracción al derecho a la igualdad ante la ley, por ser incompatible con el derecho a un juicio oral sin dilaciones y al principio de economía procesal, que aprueba el acuerdo de conclusión anticipada del proceso, en consecuencia, se condena a Shuberth José Díaz Riofrio a título de autor de la conducta pública de tocamientos indebidos sin consentimiento consumado, y como tal le impusieron cinco años de pena privativa de la libertad efectiva.

II. ANTECEDENTES:

En cuanto al caso de autos, se tiene que:

2.1. Por Acusación Fiscal del diecisiete de abril de dos mil diecinueve, a fojas uno, el Ministerio Público formula acusación en contra de Shuberth José Díaz Riofrio, por el delito contra la libertad – violación de la libertad sexual – en la modalidad de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimientos, previsto en el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal, en agravio de Y.R.M., solicitando la imposición de la pena de siete años de pena privativa de la libertad, y solicita se fije una reparación civil de mil soles (S/ 1,000.00).

2.2. Mediante sentencia de conformidad del veinte de setiembre de dos mil diecinueve, el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, falla: (1) declarando **inaplicable**, por control difuso, el artículo 5 de la Ley N° 30838, por infracción al derecho a la igualdad ante la ley; (2) **aprobar** el acuerdo de conclusión anticipada del proceso, condena a Shuberth José Díaz Riofrio como autor de la conducta punible de Tocamientos indebidos, en agravio de la persona de iniciales de Y.R.M.; (3) **impone** a Shuberth José Díaz Riofrio, cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, la misma que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el diez de noviembre de dos mil dieciocho vencerá el nueve de noviembre de dos mil

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

veintitrés; (4) se fija la suma de setecientos soles (S/ 700.00) que el sentenciado debe pagar a favor de la agraviada, por concepto de reparación civil.

III. CONTROL CONSTITUCIONAL:

PRIMERO.- 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: Control Difuso y 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.

SEGUNDO.- El artículo 138, segundo párrafo de la Norma Fundamental, 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. En otras palabras dicho control constituye a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior; pero además, constituye un mecanismo idóneo de control de 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.

TERCERO.- El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualesquiera clase de procesos o especialidad, encuentre que hay incompatibilidad en su interpretación, de un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con arreglo al primero, en cuyo caso las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Norma que debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso⁹ y que contiene el siguiente

⁹ ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

enunciado: *"Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma 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".*

CUARTO.- 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, sen tencia del seis de agosto de dos mil dos, 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"*¹⁰. (palabra y consonantes destacadas que no aparecen en el original). 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

¹⁰ 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.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.¹¹

QUINTO.- 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**; para cuyo efecto precisó: “**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., enfatizó las **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 el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho en la sentencia elevada en consulta.

SEXTO.- De otro lado, esta Suprema Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la Consulta N° 17151-2013 – LIMA -cuarto considerando – indicó “(...) la inaplicación de una norma legal, que se interpreta

¹¹ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre der 2004, p.29.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

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".

IV. FUNDAMENTOS DEL PRESENTE VOTO:

SÉTIMO.- En el presente caso, se indica como hechos que, el imputado se encontraba alojado desde el seis al diez de noviembre de dos mil dieciocho en el hospedaje "Las Cumbres", ubicado en Huamanga -Ayacucho, ocupando una habitación en dicho hotel, el cual era de propiedad de los padres de la agraviada y en donde, también la agraviada residía. El día de los hechos, diez de noviembre de dos mil dieciocho, a la una de la mañana, el acusado ingresó a la habitación de la agraviada mientras esta dormía, al darse cuenta de la presencia del acusado lo botó de la habitación; sin embargo, este se abalanzó sobre ella, y le tocó su parte íntima superior del cuerpo (senos), al gritar fue auxiliada por su hermano, Juan Carlos Rojas Marquina, quien encaró y forcejeó con el acusado por unos momentos, luego este huyó, pero fue intervenido por los miembros del serenazgo de Huamanga. Por ello, se atribuye a Shuberth José Díaz Riofrio, ser autor del delito de tocamientos sin consentimiento consumado, previsto en el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal; siendo que la Quinta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huamanga solicita se imponga al acusado la pena de siete años de pena privativa de la libertad, y se fije una reparación civil de mil soles; pero, en la sentencia de conformidad se fijó **cinco años de pena privativa de la libertad**, fijando una reparación civil de S/ 700.00; así, en dicho pronunciamiento se inaplicó el artículo 5 de la Ley N° 30838, por infracción al derecho a la igualdad ante la ley, por ser incompatible con el derecho a un juicio oral sin dilaciones y al principio de economía procesal, que aprueba el acuerdo de conclusión anticipada del proceso, en consecuencia, se condena a Shuberth Díaz

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

Riofrio a título de autor de la conducta pública de tocamientos indebidos sin consentimiento consumado, y como tal le impusieron cinco años de pena privativa de la libertad efectiva.

OCTAVO.- El artículo inaplicado regula el tema sobre la “improcedencia de la terminación anticipada y conclusión anticipada”, de acuerdo al siguiente tenor:

- Artículo 5 de la Ley N° 30838, establece: *“No procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal”.*

Observamos que la norma penal citada es expresa al señalar que no resulta procedente la terminación anticipada o conclusión anticipada en los procesos de los delitos previsto en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal –como es el delito de **tocamientos sin consentimiento** - prohibición que se justifica en razón a la protección de los bienes jurídicos especiales como la libertad, la dignidad y la moral sexual.

NOVENO.- También es menester traer a colación la fundamentación sustancial que sirvió de base al Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga para aplicar al caso concreto control difuso, así tenemos que, *“(...) la regla prevista en el artículo 5 de la Ley N° 30838, si contiene un tratamiento desigual: (i) desde la consideración de la justicia penal negociada, que busca eficacia y celeridad del proceso penal; (ii) de la eficacia del derecho sin dilaciones indebidas, de las que es depositario todo acusado de un delito; (iii) de la posibilidad de reducción de la pena; y, (iv) por la exclusión a los agentes del delito previsto en el artículo 176 del Código Penal. (...) No se encuentra, pues, criterios objetivo y razonables para excluir de la posibilidad de acogerse a la conclusión anticipada del juicio y beneficiarse con la reducción de la pena. El delito de tocamientos sin consentimiento no es un delito de suma gravedad como si lo son los delitos de asesinato, robo agravado, secuestro, etc., para los cuales la norma jurídica no prohíbe la conclusión anticipada y beneficio de reducción de la pena. (...) De modo que negar el trámite del juzgamiento sin dilaciones indebidas a pesar de la aceptación de los cargos formulados por el acusado, implica no sólo una violación del derecho de juzgamiento sin dilaciones indebidas, sino también afecta la*

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

celeridad del juzgamiento y economía procesal. Se trata pues de un tratamiento discriminatorio ofensivo a la dignidad humana pues no se halla ninguna justificación razonable y objetiva para prohibir a tramitar el juzgamiento con celeridad [conclusión anticipada] para los agentes del delito de tocamientos sin consentimiento, cuanto más se trata de un agente sin antecedentes penales”.

DÉCIMO.- Estando a ello, se debe mencionar acerca de la ***naturaleza jurídica de la conclusión anticipada***, también denominada conformidad, que se encuentra regulada en nuestro ordenamiento en el artículo 372 del Código Procesal Penal¹². Asimismo, las Salas Penales de la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario N° 5–2008/CJ-116, precisaron en su fundamento jurídico octavo que:

El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulada en la Ley, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. **La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso – en concreto, del juicio oral- a través de un acto unilateral del imputado y su defensa de reconocer los hechos objeto de imputación, concretos en la acusación fiscal, y aceptar las consecuencias jurídicas penales y civiles correspondientes.**

¹² Artículo 372 Posición del acusado y conclusión anticipada del juicio.-

1. El Juez, después de haber instruido de sus derechos al acusado, le preguntará si admite ser autor o partícipe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil.

2. Si el acusado, previa consulta con su abogado defensor, responde afirmativamente, el Juez declarará la conclusión del juicio. Antes de responder, el acusado también podrá solicitar por sí o a través de su abogado conferenciar previamente con el Fiscal para llegar a un acuerdo sobre la pena para cuyo efecto se suspenderá por breve término. La sentencia se dictará en esa misma sesión o en la siguiente, que no podrá postergarse por más de cuarenta y ocho horas, bajo sanción de nulidad del juicio.

3. Si se aceptan los hechos objeto de acusación fiscal, pero se mantiene un cuestionamiento a la pena y/o la reparación civil, el Juez previo traslado a todas las partes, siempre que en ese ámbito subsista la contradicción, establecerá la delimitación del debate a la sola aplicación de la pena y/o a la fijación de la reparación civil, y determinará los medios de prueba que deberán actuarse.

4. Si son varios los acusados y solamente admiten los cargos una parte de ellos, con respecto a estos últimos se aplicará el trámite previsto en este artículo y se expedirá sentencia, continuando el proceso respecto a los no confesos.

5. La sentencia de conformidad, prevista en el numeral 2) de este artículo, se dictará aceptando los términos del acuerdo. No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado, el Juez estima que no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúa la responsabilidad penal, dictará sentencia en los términos en que proceda. No vincula al Juez Penal la conformidad sobre el monto de la reparación civil, siempre que exista actor civil constituido en autos y hubiera observado expresamente la cuantía fijada por el Fiscal o que ha sido objeto de conformidad. En este caso, el Juez Penal podrá fijar el monto que corresponde si su imposición resultare posible o, en todo caso, diferir su determinación con la sentencia que ponga fin al juicio. (*)

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

Este acto procesal tiene un carácter expreso y siempre unilateral –no un negocio procesal, salvo la denominada “conformidad premiada” establecida en el artículo 372, apartado 2) del nuevo código procesal penal, (...) es un acto unilateral de disposición de la pretensión, claramente formalizado, efectuado por el acusado y su defensa –de doble garantía-, que importa una renuncia a la actuación de pruebas y del derecho a un juicio público, que a su vez genera una expectativa de una sentencia conformada –en buena cuenta, constituye un acto de disposición del propio proceso al renunciar a los actos del juicio oral y del contenido jurídico material de la sentencia, al convenir desde ya la expedición de una sentencia condenatoria en su contra.

Asimismo, la doctrina¹³ ha precisado que el fundamento o justificación de la conformidad reside en la admisión de una renuncia a medios de defensa por parte del imputado, que puede implicar una aceptación de que la acusación formulada es fundada –fáctica y jurídicamente-, todo ello en el marco de principios de celeridad y economía procesal.

DÉCIMO PRIMERO.- Estando a ello, se debe advertir que la naturaleza jurídica de la conclusión anticipada; es de un instituto procesal de simplificación de juicio, donde el imputado renuncia a sus derechos de probar y contradecir prueba, aceptando los hechos imputados y consecuentemente una sentencia condenatoria. Específicamente en nuestro ordenamiento en el artículo 372, apartado 2) del Código Procesal Penal se regula la conformidad premiada; donde la aceptación de cargos trae consigo una reducción de pena¹⁴.

DÉCIMO SEGUNDO.- Por otro lado, tenemos la prohibición de la conclusión anticipada de juicio en el procesamiento del delito tocamientos sin consentimiento, insertada mediante el artículo 5 de la Ley N° 30838. Se trata de una diferenciación que se sustenta en el delito cometido.

Estando a lo señalado se advierte que la diferenciación frente a la ley procesal que se regula en el artículo 5 de la Ley N° 30838, no es un factor que se

¹³ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros, *Los procesos penales*, Tomo V, Ed. Bisch, Barcelona, 2002, p. 36, BARONA VILAR, Silvia, *La Conformidad en el Proceso Penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. p. 303.

¹⁴ Ver fundamento jurídico 16 del Acuerdo Plenario N° 5 – 2008/CJ-116.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

condiga con la naturaleza jurídica de la norma que regula la conclusión anticipada del juicio oral. Es decir, se pretende una diferenciación en base a una determinada clase de delitos; cuando en realidad la norma procesal que se prohíbe aplicar, desde sus orígenes se concentra en regular el proceso; generando una oportunidad a las partes –acusada y agraviada- culminar de forma celera el juicio oral; evitando con ello cargas –de diversa índole- que afectan a las partes a lo largo de todo el proceso judicial. En ese sentido no existiría una conexión objetiva y razonable que justifique la diferenciación.

DÉCIMO TERCERO.- Con relación al derecho de igualdad ante la ley, el máximo intérprete de la constitucionalidad considera que la igualdad como principio *"implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático"* y, de otra parte, en cuanto a derecho fundamental *"comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias"*¹⁵. En resumen, de lo señalado por el Tribunal Constitucional se entiende que las personas que se encuentren en condiciones y supuestos equivalentes pueden tener la garantía de que los órganos públicos aplicarán la ley de manera idéntica para todos ellos.

DÉCIMO CUARTO.- En tal sentido, tanto la Administración Pública como la Jurisdiccional, principales encargados de aplicar el derecho, ejercen sus funciones de regular o decidir derechos de los administrados y justiciables atendiendo a la aplicación uniforme de la ley para todos, salvo situaciones singulares, objetivas y razonables. Se prohíbe con ello toda diferenciación injustificada e irracional en la interpretación y aplicación de las normas al momento de impartir justicia, administrar o -en general- decidir sobre situaciones jurídicas. Se observa que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras esta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento genético de la norma; aquella alude a la

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 0018-2003-AI/TC.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

vida misma de la ley, esto es, la exigencia de una aplicación igualitaria en su interpretación y ejecución¹⁶.

DÉCIMO QUINTO.- 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 proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos¹⁷. 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*

¹⁶ La Constitución Comentada-Análisis Artículo por Artículo –Tomo I, Gaceta Jurídica, Edición diciembre 2005, Pág. 87.

¹⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional - Expediente N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

*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 proscribe 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, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables**"¹⁸. (Resaltado agregado)*

DÉCIMO SEXTO.- En la perspectiva jurisprudencial constitucional citada y considerando los motivos que sustentaron la dación de la Ley N° 30838 – *fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*– en particular, lo establecido en el artículo 5º, en cuanto contempla los delitos ***exceptuados de la aplicación de la terminación anticipada y conclusión anticipada, como lo es el delito de tocamientos sin consentimiento, entre otros***; tenemos que en el caso concreto no se afecta el derecho de igualdad ante la ley previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, desde que por la naturaleza del ilícito penal, se establecen restricciones que se justifican en razón a la gravedad que configura el ilícito penal *submateria* y la protección de bienes jurídicos especiales como la libertad, la dignidad y la moral sexual; por consiguiente, los casos de improcedencia contemplados en el artículo 5 de la Ley N° 30838 se encuentran arreglados a la Norma Fundamental, y no es incompatible, ni inconstitucional. Precizando que, su inaplicación normativa exige que este se efectúe no en abstracto sino en atención a las particularidades del caso concreto y objetivamente sustentado, como así lo ha señalado el Tribunal Constitucional en las jurisprudencias citadas, al precisar que el trato desigual debe fundarse en una justificación objetiva y razonable.

DÉCIMO SÉTIMO.- En ese sentido, como lo ha señalado la sentencia consultada, "el acusado Shubeth José Díaz Riofrio, previa consulta con su

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03525-2011-PA/TC, del 30 de septiembre de 2011.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

abogado defensor, admitió ser autor del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil, acogiendo a la conclusión anticipada de juicio, previsto en el artículo 372.2 del Código Procesal Penal”; no obstante, tenemos que por razones objetivas, respecto a la **naturaleza y gravedad del delito cometido**, para que en el caso concreto sea posible aplicar la conclusión anticipada, se impone al órgano jurisdiccional la exigencia de explicar debidamente las circunstancias particulares que se presentan en el caso particular, que nos lleven a inferir que la diferenciación, en principio legítima, realizada por el legislador, colisionaría con un derecho fundamental.

DÉCIMO OCTAVO.- En esa perspectiva, las razones que ha esgrimido al Cuarto Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, 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, la pena máxima establecida por el Código Penal para el delito instruido es no menor de seis ni mayor de nueve años, y el sentenciado Shuberth José Díaz Riofrio ha reconocido la responsabilidad penal por los hechos materia de acusación, ha renunciado a su derecho a la presunción de inocencia y no auto incriminación, con lo cual se le podría aplicar una pena menor, como ha sucedido en el caso de autos, pues, se ha condenado al indicado procesado a una pena privativa de libertad efectiva de cinco años; en consecuencia, existen factores objetivos suficientes que traslucen en este caso concreto, que justifican la inaplicación del artículo 5 de la Ley N° 30838.

DÉCIMO NOVENO.- Conforme a lo desarrollado en la presente resolución y habiéndose determinado **en este caso concreto**, que la norma inaplicada en su interpretación no guarda compatibilidad con las normas constitucionales involucradas, corresponde aprobar la sentencia consultada, en el extremo analizado.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **NUESTRO VOTO** es porque se **APRUEBE** la sentencia de conformidad de fecha veinte de setiembre de dos mil diecinueve,

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 33925-2019
AYACUCHO

obrante a fojas sesenta, expedida por el Cuarto Juzgado Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en el extremo que ***inaplicó*** al caso concreto el artículo 5 de la Ley N° 30838, por infracción al derecho a la igualdad ante la ley, por ser incompatible con el derecho a un juicio oral sin dilaciones y al principio de economía procesal, que aprueba el acuerdo de conclusión anticipada del proceso; en el proceso penal seguido contra **Shuberth José Díaz Riofrio**, por el delito contra la libertad – violación de la libertad sexual – en la modalidad de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimientos, previsto en el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal, en agravio de Y.R.M.; y, se *devuelva*. **Juez Supremo: Bustamante Zegarra.**

S.S.

PARIONA PASTRANA

YAYA ZUMAETA

BUSTAMANTE ZEGARRA

Rpt/Cmp

LA SECRETARÍA DE LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA, CERTIFICA: que, el voto suscrito por los señores Jueces Supremos Pariona Pastrana, Yaya Zumaeta y Bustamante Zegarra, obrante de fojas cincuenta y cuatro a sesenta y siete del cuaderno de consulta y el voto de los señores jueces Supremos Toledo Toribio y Bermejo Ríos, obrante de fojas sesenta y siete a setenta y nueve del citado cuaderno, fueron dejados oportunamente en Relatoría, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 149° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.