

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



**CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE**

Lima, diez de octubre
de dos mil dieciocho.-

I. VISTOS

1.1. Objeto de consulta

Es materia de consulta ante esta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Suprema, la sentencia contenida en la resolución número seis, de fecha diez de agosto de dos mil dieciocho, obrante a fojas treinta y cuatro del expediente principal en copias certificadas, emitida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por haber realizado control difuso inaplicando el numeral 2 del artículo 173 y el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Alan Valentín Segundo Serrate como autor del delito contra libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor, en agravio de la menor de iniciales R.L.V.T., ***imponiéndole la citada Sala al imputado cuatro (04) años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres (03) años***, bajo el estricto cumplimiento de las siguientes reglas de conducta previstas en el artículo 58 del Código Penal: **a)** prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez de Investigación Preparatoria; **b)** comparecer mensualmente al Juzgado de Investigación Preparatoria, personal y obligatoriamente para informar y justificar sus actividades; y **c)** reparar el daño ocasionado por el delito, es decir, cumplir con cancelar el monto de la reparación civil; bajo expreso apercibimiento de aplicársele cualquiera de las alternativas del artículo 59 del Código Penal en caso de incumplimiento.

1.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta

El Colegiado de la Sala Superior sustenta la inaplicación de la norma penal, refiriendo que el *numeral 2 del artículo 173 (en cuanto a la pena conminada) y el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal (en cuanto a la prohibición de*

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

atenuantes para el delito de violación sexual), son incompatibles con los artículos 139 inciso 22 y con el artículo 2, numeral 2 de la Constitución, respectivamente.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO. Delimitación del objeto de pronunciamiento

El presente caso es uno de materia penal cuya sentencia es elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme a lo previsto en la norma del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debido a que la sentencia de instancia, vía control difuso, ha inaplicado las normas del numeral 2 del artículo 173 y el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

SEGUNDO. Sobre el control difuso

2.1. Es importante reiterar lo señalado por esta Sala Suprema en sentencia de doctrina jurisprudencial vinculante¹, que en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, ***prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía², debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, estando habilitados por mandato constitucional para tales fines, ejercer la revisión judicial de las leyes***, esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú, y artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

2.2. Asimismo, ***las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción***, como lo ordena nuestra Constitución en el artículo 109, y reconoce el derecho fundamental de igualdad ante la ley, correspondiendo a los jueces cautelar la seguridad jurídica; en ese contexto, el control difuso resulta muy gravoso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que las normas del

¹ Consulta N° 1618-2016 / Lima Norte, fecha dieciséis de agosto del año dos mil dieciséis.

² Reconocida en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado.

**CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE**

ordenamiento jurídico que son obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, ***sean inaplicadas en algunos casos particulares a diferencia de la generalidad de aquellos casos que se encuentran en el mismo supuesto normativo, en razón de las circunstancias específicas del caso en que se acredita que la aplicación de la norma vulnera derechos fundamentales*** (quien enjuicie una norma debe probarlo); por lo que, el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme parámetros de compatibilidad constitucional y solo para los fines constitucionales.

2.2.1. En ese contexto, 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 se esta vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, tampoco se está actuando en contra del ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.

2.2.2. La motivación no puede ser en abstracto ni genérica, ineludible y forzosamente los jueces tienen que motivar en relación a los datos y particularidades del caso concreto; en ese orden el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculados a los datos y particularidades del caso, ***sustentados en razones, datos y circunstancias fácticas del procesado que conlleven en su situación específica a determinar que la norma legal concretiza la vulneración a algún derecho fundamental***; reiterando, que no está permitido un control en abstracto de las leyes, el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto *erga omnes*, tribunal que ha señalado en relación al control difuso, que ***está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes***³.

³ "El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también ***se establece como límite a su ejercicio, puesto que, como antes se ha recordado, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes***". Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2 008-AA, fundamento 19 (el subrayado es nuestro).

**CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE**

2.3. Es así, cuando *el Juez advierta que alguna norma aplicable al caso concreto, no admite interpretación conforme a la Constitución, debe proceder a realizar el control difuso*, actuando diligentemente en tanto es un proceso gravoso y complejo, habiendo establecido la doctrina jurisprudencial antes señalada, las siguientes reglas en compatibilidad con el ordenamiento constitucional y que facilitan la labor del Juez:

a) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales; **b)** Realizar un juicio de relevancia de la norma; **c)** Agotar la interpretación de la norma conforme a la Constitución; **d)** En caso de no encontrar una interpretación constitucional de la norma, proceder al control difuso identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia⁴.

TERCERO. Aplicación de reglas para el control difuso

3.1. La sentencia consultada impone *cuatro (04) años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres (03) años*, inaplicando las normas del artículo 173 numeral 2 del Código Penal y del

⁴ Las reglas del control difuso precisadas en la doctrina jurisprudencial Consulta N° 1618-2016 / Lima Norte, son las siguientes:

i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política del Perú, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en nuestra Carta Magna; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.

ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular.

iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva**, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la última ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución Política del Perú, es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal; por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo.

iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que **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 (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, en cuanto a la pena conminada y a la prohibición de atenuantes para el delito de violación sexual.

3.2. Por lo que, se inicia con la regla de presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales inaplicadas, que integran el cuerpo normativo del Código Penal, y promulgadas conforme a la Constitución superando el control de producción normativa⁵; por ende, son normas legales válidas y vigentes que además goza de obligatoriedad conforme a la norma constitucional del artículo 109 de la Constitución.

3.3. La disposición del numeral 2 del artículo 173 del Código Penal el texto vigente al momento de los hechos⁶, contiene varias normas, de las cuales se relaciona en forma directa e indisoluble con el caso, la que establece que si la víctima tiene de diez (10) años y menor de catorce (14) años, la pena será no menor de treinta (30) ni mayor de treinta y cinco (35) años; **norma que se vincula al caso con la determinación de la pena para el procesado Alan Valentín Segundo Serrate**, que en sentencia ha sido encontrado responsable como autor del delito contra la libertad, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, y **se ha aplicado al agente la pena de cuatro (04) años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres (03) años, superando la norma el juicio de relevancia.**

3.4. Continuando con el examen de vinculación de las normas con el caso concreto, se tiene que el texto vigente del artículo 22 del Código Penal al momento de los hechos⁷, contiene varias normas sobre imputabilidad restringida,

⁵ Promulgado por Decreto Legislativo N° 635, publica do en el Diario Oficial "El Peruano", con fecha cuatro de agosto de mil novecientos noventa y uno; superando el control de producción normativa conforme el procedimiento constitucional del artículo 108 de nuestra Carta Magna.

⁶ Los hechos ocurridos desde fines de mayo del dos mil dieciseis, tienen como norma vigente por razón de temporalidad el artículo 173 numeral 3 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley 30076, publicada el 19 de agosto de 2013, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: (...) 2. Si la víctima tiene de diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años".

⁷ En relación a la responsabilidad restringida por la edad, el artículo 22 del Código Penal, modificado por la Única Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 de julio de 2015 dispone q ue:

"Artículo 22.- Responsabilidad restringida por la edad

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

de las cuales una se relaciona con el caso concreto, la que establece que está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual; norma que se vincula en forma directa e indisoluble con la determinación de la pena para el procesado Alan Valentín Segundo Serrate, que en sentencia ha sido encontrado responsable como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, cometido cuando tenía veinte (20) años y diez (10) meses de edad, y que de acuerdo a la norma citada el acusado se encuentra excluido de la posibilidad de reducción de la pena mínima señalada en la ley; ***superando la norma el juicio de relevancia.***

3.5. Procediendo a la interpretación, se observa que la ***norma contenida en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal***, se vincula con los principios generales del Código Penal, del artículo II del Título Preliminar del citado Código que prevé que ***nadie será sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en la ley*** vigente al momento de la comisión⁸; **reafirmando como principio la vinculación a la pena legal** prevista en el ordenamiento jurídico y producida conforme al procedimiento constitucional, contenida en el Código Penal para cada hecho punible. Asimismo, se vincula con la norma del artículo V del referido cuerpo legal, el cual establece que ***solo el Juez competente puede imponer las penas y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley***; acogiendo el principio de legalidad en la pena y en la graduación⁹.

3.5.1. En cuanto al mínimo legal de la pena no se advierte incompatibilidad constitucional, encontrando más bien sustento y compatibilidad en el literal b) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución, el cual prevé que: *"No se permite*

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 de una organización criminal o que haya incurrido en delito de 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".

⁸ En relación al Principio de Legalidad, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal dispone que: *"Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".*

⁹ La Garantía Jurisdiccional es regulada en el artículo V del Título Preliminar del Código Penal, el cual establece que: *"Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley".*

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

forma alguna de restricción personal, salvo en los casos previstos por la ley": y que el literal d) del numeral 2 del mismo artículo establece la calificación previa por ley de manera expresa e inequívoca para el procesamiento y condena, añadiendo que ***nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley.***

Es pertinente anotar que, el **delito de violación de la libertad sexual**, así como su tentativa, dañan gravemente otros derechos fundamentales como el derecho a la indemnidad sexual y de dignidad de la persona humana agraviada que también goza de protección constitucional en el artículo 1 y fundante que establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, que protege el derecho a la integridad moral, psíquica y física; respecto del cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos anota, la gravedad de este delito que afecta derechos fundamentales: *"108. Este Tribunal recuerda, (...) no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es "una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres", que "trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases". "109. La Corte, siguiendo la jurisprudencia internacional (...), ha considerado anteriormente que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima"*¹⁰.

Cabe agregar, que el daño a las víctimas de violación sexual no se limita a un daño físico y corporal, lesiona significativa y gravemente la dignidad de la persona y causa daño moral y psicológico, el agravio es mayor en el caso de las menores de edad (niños/as y adolescentes), que se encuentran en un estado de desarrollo incompleto y en plena formación de su personalidad, menores que gozan de

¹⁰ Caso Rosendo Cantú y otras vs México, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez.

**CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE**

protección constitucional compatible con la doctrina de protección integral, y también protegidos por el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a que se respete ampliamente su derecho a la integridad, y no ser sometido a tratos crueles ni degradantes, teniendo derecho a que se respete debidamente su dignidad inherente al ser humano, habiendo señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva 17, que **la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de sus derechos, y que los Estados tiene la obligación de adoptar medidas positivas efectivas en ese sentido¹¹**; asimismo, el artículo 6 reconoce el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, a ser valorada, educada, libre de patrones estereotipados de comportamientos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación¹²; contando con sólidos sustentos en derechos fundamentales y convencionales, la represión de este tipo de ilícito, como su tentativa, tan gravoso y pluriofensivo, que afecta el derecho fundamental a la indemnidad sexual y dignidad de las menores de edad de diez (10) años a menos de catorce (14) años, **existiendo justificación para establecer en la ley penas elevadas por violación de menores de edad, como la establecida en treinta (30) años como pena mínima.**

Concluyendo en suma que la norma en abstracto mantiene la presunción de constitucionalidad, más aún cuenta con sustento constitucional y legal para establecer penas privativas de la libertad fijando límites legales.

3.6. Siguiendo con la interpretación en compatibilidad con la Constitución, se aprecia que el segundo párrafo de la disposición del artículo 22 del Código Penal contiene varias normas referidas a la imputabilidad restringida:

3.6.1. Una regla general en el primer párrafo: *“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*

¹¹ IIDH, Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos, Instituto Interamericano de Derechos humanos, Asamblea General 2007-2009, p. 142.

¹² La violencia de género en las menores de edad en razón de patrones culturales, también fue abordado en el IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, existiendo una tendencia a la protección efectiva de las menores de edad frente a hechos de violación sexual, aún en los casos de comunidades indígenas y campesinas con patrones culturales distintos.

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

de realizar la infracción"; cabe anotar que, **la norma no contiene mandato de reducción de la pena mínima legal en forma obligatoria e irrestricta para todos los agentes con imputabilidad restringida**, contemplando la *posibilidad* de reducción prudencial, lo cual exige del Juez evaluación y determinación motivada de la decisión en cada caso, **significando que aun cuando se trate de agentes con imputabilidad restringida e indistintamente del tipo de ilícito cometido, no siempre conllevará una reducción de la pena mínima legal.**

3.6.2. El primer párrafo de la norma establece restricciones para algunos casos de reincidencia, y **el segundo párrafo** (enjuiciado), precisa exclusiones a la reducción de la pena, entre otros, para los agentes que hayan incurrido en delito de violación de la libertad sexual.

3.6.3. La disposición legal materia de interpretación, se vincula con los principios generales del Código Penal, que en su artículo II del Título Preliminar prevé que ***nadie será sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en la ley*** vigente al momento de la comisión¹³; **reafirmando como principio la vinculación a la pena legal** prevista en el ordenamiento jurídico y producida conforme al procedimiento constitucional, contenida en el Código Penal para cada hecho punible. Asimismo, se vincula con la norma del artículo V del Título Preliminar del citado Código, el cual establece que ***solo el Juez competente puede imponer las penas y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley***; acogiendo el principio de legalidad en la pena y en la graduación¹⁴. No obstante, las normas del artículo 22 del Código Penal establecen excepciones a dicho principio y un tratamiento diferenciado **posibilitando la reducción de la pena legal a algunos supuestos de imputabilidad restringida**; extrayendo que **la vinculación a la pena legal es la regla general y principio del Código Penal, y que el tratamiento diferenciado en la ley lo ocasiona el artículo 22 del referido Código al crear una posibilidad para algunos agentes**

¹³ El artículo II del Título Preliminar del Código Penal, respecto al Principio de Legalidad, establece que: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

¹⁴ El artículo V del Título Preliminar del Código Penal refiere que: "*Solo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley*".

**CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE**

con imputabilidad restringida, supuesto normativo que se vincula y sustenta en los fines de la pena.

Reiteramos, **que la norma que prevé la reducción de la pena, en sí no es una norma universal e igualitaria para todos los supuestos de imputabilidad restringida**, sino que desde ya contiene distinciones al establecer como "posibilidad", significando que a todos los agentes con imputabilidad restringida no se les reducirá la pena, incluso aquellos que no estén en el supuesto del segundo párrafo, lo cual dependerá de las particularidades del agente y del caso evaluadas y motivadas en la decisión del Juez.

3.6.4. Confirmando que **la norma en cuestión, sí contiene un tratamiento desigual: a)** desde la consideración de imputabilidad restringida; **b)** del beneficio de reducción de la pena para algunos agentes con imputabilidad restringida, creando una excepción a la vinculación a la pena legal prevista para todos los casos; **c)** el tratamiento diferenciado entre agentes con imputabilidad restringida indistintamente del ilícito cometido, en que la reducción es una posibilidad; **d)** la exclusión de los reincidentes, de los integrantes de organización criminal y de los agentes de delitos graves y pluriofensivos, de la posibilidad de reducción de la pena legal, notando que **de la excepción creada a la regla general, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal distingue que algunos agentes no son comprendidos en la regla de excepción, manteniendo para ellos la vinculación a la pena legal.**

3.6.5. *Continuando con la interpretación conforme a la Constitución*, se advierte que el cuestionamiento a la norma reside en la exclusión a los agentes del delito de violación sexual (con imputabilidad restringida), de la posibilidad de reducción de la pena, por colisionar supuestamente con los principios de proporcionalidad y de resocialización.

3.6.6. Al respecto, la norma del artículo 22 del Código Penal al establecer que aquellos que tienen imputabilidad restringida que sean reincidentes, integrantes de organización criminal, y los que hubieran cometido **delitos graves** y

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

pluriofensivos, se mantengan en el régimen común, guarda concordancia con el principio de vinculación a la pena legal previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, con la norma del artículo VII del mismo Código, la cual establece que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor¹⁵, con el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo VIII de la citada normativa, pues la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y lo cual se justifica con los fines constitucionales de la pena, **reeducación, rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad**¹⁶, en concordancia a la función de la pena contemplada en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, en tanto la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora¹⁷, justificando la exclusión de la reducción de la pena mínima legal, para el agente que incurre en delitos graves que lesionan varios bienes protegidos constitucionalmente, no infringiendo el derecho a la dignidad del acusado.

Concluyendo que en el caso del ilícito de delito de violación de la libertad sexual, igual que la generalidad, la pena será dentro de los límites legales, atendiendo que el tiempo requerido para los fines de la pena y reinserción con éxito a la sociedad, se prevé que será mayor conteniendo una exigencia legítima y específica al mantener los límites legales de la pena cuando se incurren en delitos de gravedad y pluriofensivos¹⁸.

No obstante, como también lo tiene señalado este Tribunal Supremo en abundante jurisprudencia¹⁹, el que la norma en abstracto admita interpretación compatible con la Constitución, no excluye que en concreto ante un caso específico la misma norma legal pueda resultar inconstitucional.

¹⁵ En relación a la responsabilidad penal, el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal regula que: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

¹⁶ El fin perseguido de la norma, el cual está vinculado a la finalidad de la pena, que de acuerdo a la norma del numeral 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, el fin constitucional de la pena es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

¹⁷ Respecto a los fines de la pena y medidas de seguridad, el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal sostiene que: "La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

¹⁸ Conforme señala Robert Alexis, en el caso que no hubiera ninguna razón suficiente para la permisión de tratamiento igual se encuentra ordenado un trato igual, en cambio, si hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual (citado por José Víctor García Izaguirre, El Test de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Editorial Adrus, 2012, p. 433).

¹⁹ Consulta N° 286-2013-Arequipa, Consulta N° 555-2013-Arequipa, Consulta N° 10807-2013-Arequipa, Consulta N° 3221-2013, Consulta N° 7598-2016-Cañete, Consulta N° 146 34-2013, Consulta N° 02822-2013, Consulta N° 02050-2015, Consulta N° 9548-2012, Consulta N° 08075-2014, Consulta N° 10277-2014, Consulta N° 05699-2015, Consulta N° 04980-2015, Consulta N° 10807-2013, Consulta N° 12895-2013, Consulta N° 12102-2013, Consulta N° 00833-2015, Consulta N° 02747-2015, Consulta N° 00600-2015, Consulta N° 154 9-2015.

**CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE**

En tal supuesto, se debe continuar con las reglas del control difuso, acudir al test de ponderación u otro similar, identificando el o los derechos fundamentales vulnerados del agente, evaluar la intensidad de la intervención según las circunstancias e incidencias del caso, debiendo tener presente que **la graduación y reducción de la pena es ejercida por el Juez Penal conforme a ley, y que cuando ejercita el control difuso actúa como Juez Constitucional atendiendo a la protección de derechos fundamentales, requiriendo que su actuación se ajuste a los fines y parámetros constitucionales.**

CUARTO: Control de Constitucionalidad en el caso concreto

4.1. No obstante, siendo la persona humana el fin supremo de la sociedad y del Estado, de existir afectación a un derecho fundamental del agente del caso particular, es necesario identificar cuál es ese derecho y evaluar la intensidad de la intervención según las circunstancias e incidencias del caso para el ejercicio del control difuso, debiendo tener presente que la graduación y reducción de la pena es ejercida por el Juez Penal conforme a ley, y que **cuando ejercita el control difuso actúa como Juez Constitucional atendiendo a la protección de derechos fundamentales**, requiriendo acudir al test de ponderación para determinar que la intensidad de la intervención conlleve a quebrar los límites impuestos por la norma legal; más **dicho examen no puede ser parcializado ni solo desde la perspectiva de los derechos de una de las partes involucradas en el ilícito cometido**, pues en este caso, el fin perseguido por la norma está vinculado al bien jurídico protegido de la agraviada menor de edad a la indemnidad sexual; **tampoco puede sustentarse en alegaciones genéricas y abstractas de afectación**, pues ello significaría un control abstracto que no está autorizado en el artículo 138 de la Constitución Política, sino que el permitido es el control en concreto por las esenciales particularidades del caso que denoten una afectación a derechos fundamentales, más no ha cuestionar la norma en abstracto.

**CONSULTA N.º22575 - 2018
LAMBAYEQUE**

4.2. En el asunto materia de análisis, la sentencia sustenta la condena por delito de violación sexual en la modalidad de violación de menor de edad, inaplicando el segundo párrafo del artículo 22 y el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, en la parte que contempla la determinación judicial de la pena; sin embargo, **la sentencia consultada no contiene ningún fundamento para ejercitar el control difuso en el caso particular del sentenciado Alan Valentín Segundo Serrate**, no siendo suficiente señalar que el *numeral 2 del artículo 173 y el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal* son incompatibles con la Constitución, por colisionar con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, además con la dignidad del acusado Alan Valentín Segundo Serrate, pues como se tiene anotado en los considerandos precedentes, **el establecimiento de penas privativas de la libertad cuenta con compatibilidad constitucional, por lo que, si se realiza el control difuso debe acreditarse que en el caso particular la norma es vulneratoria de algún derecho fundamental, por cuanto, quién enjuicie una norma legal que goza de presunción de constitucionalidad, tiene la carga constitucional de probar dicha inconstitucionalidad.**

La Sala de mérito no ha tenido en cuenta que **en nuestro Estado Constitucional y Democrático de Derecho se encuentran atribuidas las competencias, y en lo que se refiere al control de inconstitucionalidad en abstracto de una norma legal, es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, de conformidad al numeral 1 del artículo 202 de la Constitución Política, y no de los jueces del Poder Judicial, a quienes si bien se les ha atribuido un control de constitucionalidad en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, este se encuentra limitado al control concreto para los casos particulares de los procesos a cargo del Juez y que le corresponde resolver.**

4.3. Por el contrario, la resolución consultada contiene argumentos en forma genérica que van orientados al control abstracto de las normas legales, lo cual no se encuentra en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución y del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza la revisión judicial de las leyes para el caso concreto que se está decidiendo. Cabe

**CONSULTA N.º22575 - 2018
LAMBAYEQUE**

añadir que, los Jueces al inaplicar normas a casos particulares sin cumplir los supuestos para el control difuso, **están vulnerando el principio de igualdad ante la ley, inaplicando injustificadamente y contra los fines del control difuso, la norma que señala la pena legal; por lo que, se desaprueba la sentencia consultada.**

III. DECISIÓN:

Por tales consideraciones resolvieron **DESAPROBAR** la resolución elevada en consulta por haber efectuado el control difuso inaplicando el numeral 2 del artículo 173 y el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; mediante la sentencia contenida en la resolución número seis, de fecha diez de agosto de dos mil dieciocho, obrante a fojas treinta y cuatro del expediente principal en copias certificadas, emitida por el Segundo Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; en consecuencia, se declare **NULA** la citada resolución debiendo la citada Sala Superior emitir nuevo pronunciamiento; en el proceso penal seguido contra Alan Valentín Segundo Serrate como autor del delito contra libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor, en agravio de la menor de iniciales R.L.V.T.; y los devolvieron. Interviniendo como Jueza Suprema ponente la señora: **Rueda Fernández.-**

S.S.

MARTÍNEZ MARAVÍ

RUEDA FERNÁNDEZ

WONG ABAD

CARTOLIN PASTOR

BUSTAMANTE ZEGARRA

/Mvm

**EL VOTO SINGULAR DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS WONG ABAD
Y CARTOLIN PASTOR, ES COMO SIGUE:-----**

I. VISTOS: El expediente principal; y **CONSIDERANDOS:**

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia emitida por el Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha diez de agosto de dos mil dieciocho, obrante a fojas treinta y cuatro, mediante la cual, ejerciendo control difuso, inaplicó al caso concreto el mínimo y máximo de la pena privativa de la libertad de treinta a treinta y cinco años prevista en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal, así como el artículo 22 segundo párrafo del mismo cuerpo normativo.

SEGUNDO: En primer lugar, es del caso señalar que el **control de constitucionalidad** de las leyes, como sabemos, puede realizarse de **forma concentrada**, constitutiva y abstracta; y, en **forma difusa**, declarativa y concreta²⁰.

El **primer sistema** es **concentrado** porque el único órgano que puede realizarlo es el Tribunal Constitucional; es **constitutivo** porque la sentencia que constata la inconstitucionalidad *“tiene como efecto específico el cese de la eficacia de la ley ex nunc y erga omnes”*²¹ y; finalmente, es **abstracto**, *“porque las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes son examinadas sobre la base de los recursos de sujetos específicamente legitimados para proponerlas y constituyen el objeto principal de dichos recursos, en tanto son totalmente hipotéticos y eventuales sus reflejos sobre las aplicaciones concretas que de la ley pudieran haberse hecho”*²².

En cambio, el **segundo sistema** es **difuso** por cuanto la potestad de inaplicar una ley inconstitucional está otorgada a todos los jueces; es **declarativo** *“porque el juez que declara inconstitucional la ley no la anula: se limita a no tenerla en cuenta, dando fe de la incompatibilidad existente entre la ley y la constitución”*²³ y; además, es **concreto** *“porque el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de la ley no representa el resultado de una ponderación abstracta y general de su alcance, sino resuelve, incidenter tantum y con efectos únicamente inter partes, acerca de la aplicación que la ley debe tener en el juicio en el curso del cual la decisión se adopta”*²⁴.

²⁰ MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A. *“La Odisea Constitucional Constitución, teoría y método”*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004; p. 156.

²¹ Ibid., p. 156.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

Nuestra Constitución, como sabemos, acoge ambos sistemas: el primero lo desarrolla en el numeral 4 del artículo 200 y en los artículos 202 a 204; mientras que la potestad de control difuso aparece en el artículo 138.

TERCERO: Ahora bien, el mencionado **control difuso** es un poder-deber (potestad) conferido a los jueces por la segunda parte del ya citado artículo 138 de la Constitución:

“(…) 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 norma de rango inferior”.

Como fácilmente puede advertirse, el control de constitucionalidad otorgado a los jueces deriva del carácter de norma suprema que ostenta la Constitución Política del Perú²⁵.

Así lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional²⁶ citando a autorizada doctrina:

“La Constitución es la fuente suprema del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad²⁷.”

En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales²⁸”.

CUARTO: Para el correcto ejercicio de la potestad de control difuso que es la forma que ahora nos ocupa, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido los siguientes criterios²⁹:

²⁵ Como se infiere inmediatamente no solo del artículo 138 ya citado, sino, también, de lo establecido por los artículos 51 y 38 de la Constitución Política del Estado:

“Art. 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal (...)”.

“Art. 38. Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

²⁶ STC 00047-2004AI/TC, de fecha 24 de abril de 2006, Fundamento 10.

²⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho Tomo II*, Tecnos, Madrid, 1992; p. 28.

²⁸ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN, Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997; p. 285.

²⁹ Sentencia dictada en el Expediente N° 02132-2008-P A/TC, dictada el 09 de mayo de 2011. Fundamentos 17 a 26.

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

- a) Verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional.
- b) Relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso.
- c) Identificación de un perjuicio ocasionado por la ley.
- d) Verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley objeto de control.
- e) Búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad.
- f) Verificación de que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de esta al caso concreto.

QUINTO: Sobre el tema de autos, se aprecia que a través de la sentencia objeto de consulta, el Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, condenó al procesado Alan Valentin Segundo Serrate, a cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por ser autor del delito de violación sexual de menor de edad.

A tal efecto, la Sala Superior inaplicó al caso concreto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, así como el mínimo y máximo de la pena privativa de la libertad (de treinta a treinta y cinco años) prevista en el inciso 2 del artículo 173 del mismo cuerpo normativo.

SEXTO: En tal sentido, corresponde a esta Sala Suprema pronunciarse sobre el control de la constitucionalidad realizado por el Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en tal sentido, corresponde examinar las normas involucradas en el control difuso efectuado por la Sala Superior consultante. Así, debemos señalar en primer lugar que el artículo 22 del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 1181, publicado el veintisiete de julio de dos mil quince³⁰, señala lo siguiente:

*«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*

³⁰ Aplicable al caso de autos por razones de temporalidad.

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

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 de 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». (Resaltado nuestro).*

Por su parte, el numeral 2 del artículo 173, modificado por la Ley N° 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece³¹, refiere lo siguiente:

«Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

(...)

*2. Si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será **no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años**». (Resaltado agregado).*

SÉTIMO: Pues bien, dicha norma sanciona un delito vinculado a la libertad sexual de los menores de edad; siendo que en esta clase de delitos la ley tiende no solo a tutelar su libertad sexual, sino, principalmente, su indemnidad sexual, pues, es la inocencia del menor, su desarrollo psicoemocional, el que se ve afectado por estos comportamientos delictivos³².

Al respecto, en el Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-11 6, de fecha seis de diciembre de dos mil once, se ha señalado que:

³¹ Texto aplicable al caso de autos por razones de temporalidad.

³² Expediente N° 2006-647, de fecha 16 de febrero de 2007. Sala de Emergencia de Lima Norte. Corte Superior de Justicia de Lima Norte

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

“16. En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, cuando el sujeto pasivo es incapaz porque sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o retardo mental, o por su minoría de edad, lo protegido no es una inexistente libertad de disposición o abstención sexual sino la llamada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”. Se sanciona la actividad sexual en sí misma, aunque exista tolerancia de la víctima, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad.”

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

“De inicio, es necesario subrayar la evidente y profunda afectación a la integridad de las niñas, los niños y adolescentes que esta clase de agravios produce. De un lado, se afecta irreversiblemente el ámbito espiritual y psicológico de los menores, en cuanto resultan ser víctimas de episodios traumáticos que determinaran (sic) sus personalidades y la manera en que se relacionarán con otros individuos. De otro lado, en algunos casos los menores se ven expuestos a enfermedades de transmisión sexual quedando sometidos a las graves consecuencias. En tal sentido, resulta evidente que el Estado actúe y legisle tomando en cuenta las particularidades de este tipo de delito, como es la situación de vulnerabilidad e inmadurez de la víctima, el contexto en el que se producen, la estructura procedimental con la cual el Estado pretende castigar este tipo de delitos y las medidas de apoyo al menor agraviado. De igual forma, es importante que los operadores jurídicos apliquen la legislación de conformidad con el principio de supremacía del interés del niño (artículo cuarto de la Constitución), tomando en cuenta precisamente la fragilidad de la personalidad de estos.”³³ (subrayado agregado).

NOVENO: En ese sentido, estimamos que para ejercer la potestad del control difuso deben expresarse motivadamente las razones que sustentan esa decisión; pues, de lo contrario, se estaría dejando de lado la naturaleza excepcional de

³³ Véase Fundamento 2.

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

dicha potestad, la cual requiere un sustento adecuado que no haga posible dudar de su necesidad, por ser evidente la colisión de la norma legal con la norma constitucional.

Tanto más, tratándose de casos como el presente en el que se encuentra de por medio la “indemnidad sexual” de una menor de edad y, por consiguiente, su interés superior.

DÉCIMO: Teniendo en cuenta lo anotado, apreciamos que en el caso de autos la sentencia objeto de consulta no justificó correctamente las razones por las cuales inaplicó lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 y el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal y, como consecuencia de ello, dispuso que la pena a imponerse debía ser de cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución.

En efecto, para reducir la pena establecida, la Sala Superior sostuvo lo siguiente:

“(...) en el caso concreto una pena privativa de la libertad de 30 a 35 años no es necesaria ni indispensable para alcanzar una protección al bien jurídico tutelado por la ley penal, debido a que con penas menos gravosas se puede llegar a proteger el fin perseguido, en este sentido debe considerarse que estamos ante un supuesto delictivo que genera una alteración de la paz social y en este caso incluso familiar. (...) en el presente caso si bien se trata de un caso de violación sexual, es por la edad de la víctima, si bien la agraviada es una persona de trece años y cinco meses de edad a la fecha de ocurridos los hechos, y conforme a la actividad probatoria desplegada no se ha acreditado la violencia ni la amenaza en contra de la agraviada, asimismo no existe afectación psicológica, por lo que se puede inferir que el daño psicológico ha sido mínimo y no intensa por lo que es posible ponderar la pena; debido a que la pena establecida en el tipo penal antes mencionado en este caso es desproporcional a la luz de la conducta realizada por el acusado, que si bien amerita condena, el Colegiado considera que la pena que le corresponde al acusado en el presente caso debe ser de carácter de suspendida.

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

(...) el Colegiado considera que en el presente caso también se advierte un conflicto entre el principio de legalidad de la pena (en cuanto a la pena abstracta – mínimo y máximo del artículo, 173 numeral 2 del Código Penal) con el principio de resocialización de reo previsto en el artículo 139° inciso 22) de la Constitución Política del Estado, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanas o degradantes previsto en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como ha precisado la Casación 335-2015 Del Santa (...) debido a que de imponerse una pena de treinta años de pena privativa de libertad, resultaría perjudicial para los fines de la pena (...).

(...) se advierte también que el acusado es un agente de responsabilidad restringida, pues tenía veinte años y diez meses de edad cuando cometió el ilícito penal, sin embargo el artículo 22° segundo párrafo del Código Penal establece que está excluido el agente, entre otros, el que haya incurrido en el delito de violación sexual. Al respecto este Colegiado considera que esta prohibición tampoco supera el test de proporcionalidad por lo que corresponde hacer uso de la facultad constitucional de control difuso de las leyes, por ser incompatible con la Constitución ya que se afectaría el principio –derecho de igualdad garantizado por el artículo 2°, inciso 2°.

DÉCIMO PRIMERO: Sin embargo, el colegiado no ha motivado debidamente porque la pena privativa de la libertad a imponerse al sentenciado debía ser, necesariamente, de cuatro años. Pues, pese a los factores que expone acerca del agente y de la víctima, no fundamenta cómo es que con dicha pena sí se satisface la protección del bien jurídico “indemnidad sexual” de la menor agraviada, teniendo en cuenta que la misma era una niña con menos de catorce años de edad. Asimismo, tampoco explica por qué la pena contenida en la norma deviene en desproporcional e irracional respecto al ilícito; limitándose a señalar, de manera general, que dicha pena no es necesaria ni indispensable para alcanzar una protección al bien jurídico tutelado por la ley penal.

En ese mismo sentido, tampoco expone las razones fácticas y jurídicas que justifiquen rebajar la condena a cuatro años de pena privativa de la libertad; no cumpliendo con explicar, a tal efecto, de qué forma la misma sí satisface la protección del bien jurídico “indemnidad sexual” de la agraviada.

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

De la misma forma, tampoco ha sustentado adecuadamente por qué considera no acreditada la afectación psicológica de la agraviada a causa de los hechos acontecidos.

Adicionalmente, se advierte que la sentencia de vista tampoco sustentó correctamente los motivos por los cuales debía inaplicarse lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, toda vez que se limitó a considerar, únicamente, que dicha prohibición resulta incompatible con la Constitución al afectar el principio – derecho de igualdad; sin embargo, no analizó si por la edad que tenía el condenado cuando cometió el ilícito penal (veinte años y diez meses), contaba o no con la suficiente madurez para distinguir la gravedad del delito y cómo pudo aquella haber influido en su conducta.

Sobre este punto, debe indicarse que la responsabilidad restringida se sustenta en el grado de inmadurez emocional y psicológica de los sujetos activos que tienen entre dieciocho y veintiún años de edad; por ello, al señalar el acotado artículo 22 que «el juez puede» apreciar esta circunstancia, se entiende que este debe sustentar razonablemente los elementos que permiten observar ese grado de inmadurez que justifica la aplicación de la responsabilidad restringida. Por consiguiente, la inaplicación que se efectúe respecto de la prohibición establecida en el segundo párrafo de dicho artículo 22, no debe atender solamente a la edad del inculpado y a la vulneración del derecho de igualdad; sino que, deben exponerse adecuadamente los motivos que permitan apreciar el indicado grado de inmadurez del agente.

DÉCIMO SEGUNDO: En ese orden de ideas, a fin de cumplir con la garantía de la motivación, no resulta suficiente la remisión a la sentencia casatoria N° 335-2015-Del Santa, ya que si bien de esta jurisprudencia se desprende la facultad dada a los jueces penales para pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal si estiman que dicha norma introduce una discriminación desproporcionada; no obstante, deben analizar la existencia de la circunstancia (inmadurez) que determina un trato desigual.

Asimismo, encontrándose también involucrada en el control difuso una norma que protege la indemnidad sexual de una menor de edad (inciso 2 del artículo 173 del

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

Código Penal) y, por ende su interés superior, la sala consultante se encontraba obligada a reforzar la motivación que implicase la inaplicación de cualquier norma destinada a proteger los referidos intereses.

DÉCIMO TERCERO: A ello, se debe agregar que en la Casación N° 344- 2017- Cajamarca, de fecha cuatro de diciembre de dos mil diecisiete, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado lo siguiente:

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

DÉCIMO CUARTO: En ese orden de ideas, era necesario, a fin de cumplir con la garantía de la motivación, que la sala superior exponga las razones que derivadas de las circunstancias y particularidades del caso concreto la llevaron a ejercer la potestad del control difuso; no resultando a tal efecto suficiente la remisión a la sentencia casatoria N° 335-2015-Del Santa y el análisis en base a la misma para eximirse de tal obligación.

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

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

fundamento de la presente resolución, al referirnos a las pautas establecidas por el Tribunal Constitucional respecto al control difuso.

DÉCIMO QUINTO: Finalmente, los magistrados juzgan necesario tener en cuenta lo manifestado en la acotada Casación N° 344-2017-C ajamarca respecto a lo siguiente:

“5.3. Para esta Sala Suprema, en un supuesto de hecho constitutivo de delito de violación sexual en perjuicio de menor cuya edad es inferior a catorce años, y con agente sujeto a responsabilidad restringida por tener edad entre dieciocho y veintiún años; si bien el consentimiento de la víctima puede repercutir en la mínima lesividad del bien jurídico protegido, conforme mayor sea la aproximación de la edad de la víctima a la edad de catorce años –consentimiento válido- y menor sea la diferencia etárea entre sujeto activo y pasivo, lo cierto es que a efectos de que la indicada mínima lesividad opere a manera de circunstancia atenuante analógica privilegiada y excepcional en la determinación judicial de la pena, debe existir acreditación suficiente y razonable respecto a la inexistencia del daño psicológico en la víctima o, en todo caso, debe justificarse adecuadamente que el mismo resulta ser mínimo.
(...)

5.6. Así, atendiendo a las condiciones personales de la víctima, si esta es menor de edad y no pudo consentir jurídicamente, el medio de corroboración al que se puede acudir, a efectos de verificar el daño que se le ocasionó, es la pericia psicológica de la víctima u otros que resulten pertinentes para el hecho que se imputa. La acreditación fehaciente de mínima lesividad en la víctima puede dar lugar a una proporcional reducción adicional de pena por debajo de los treinta años, quantum mínimo legal de la pena conminada para el delito de violación sexual de menor con edad entre diez y menos de catorce años.
(...)

5.8.1. (...)

Con base en ello, se determina, en primer lugar, que en los casos en que medie violencia o amenaza para el acceso carnal con menor-víctima de

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

edad fluctuante entre diez y menos de catorce años, el espacio punitivo para la individualización judicial de la pena siempre debe ser entre treinta y treinta y cinco años. En segundo lugar, se considera que en los casos en que: i) el sujeto activo cuente con responsabilidad o imputabilidad restringida (...); ii) se acredite fehacientemente que el acceso carnal fue consentido y que el daño psicológico en la víctima no se presenta o que resulta mínimo o insignificante (...); y iii) la víctima cuenta con trece años de edad o de una edad próxima a catorce años (consentimiento válido) al momento de la relación sexual. En tales casos, la pena legal conminada (no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años) resultará desproporcionada; de ahí que, en tales supuestos, un marco mínimo referencial de pena privativa de libertad –ya por debajo del mínimo legal, y en atención a las penas establecidas para los delitos sexuales referidos– que puede tenerse en consideración es el de diez años (dos años más que el extremo máximo conminatorio de pena previsto para el delito de actos contra el pudor en agravio de víctima de diez a menos de catorce años).

No debe soslayarse siempre que el consentimiento de una víctima menor de catorce años para las relaciones sexuales es jurídicamente inexistente en nuestro sistema jurídico, y que, en todo caso, si algún efecto puede tener en la individualización de la pena corresponde que el mismo se restrinja. La exigencia de acreditación fehaciente respecto al consentimiento y al daño psicológico inexistente en la víctima o de que este sea favorecido con una reducción significativa de la pena a serle impuesta, viabiliza el referido efecto restrictivo.

5.9. Siendo así, la concurrencia de responsabilidad restringida por la edad, acreditación del consentimiento para el acceso carnal de la víctima, y de inexistencia de daño psicológico mínimo en la misma, pueden propiciar la imposición de una pena privativa de libertad de diez años, esto es, por debajo del extremo mínimo de la pena conminada. Para la determinación proporcional del quantum punitivo final (diez años o más) cabe atender a la ponderación de los factores de proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años y diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo, referidos en la doctrina jurisprudencial vinculante establecida en la casación Del Santa.

CONSULTA N.º 22575 - 2018
LAMBAYEQUE

5.10. Si en el caso concreto que sea tratado, también se advirtiera la concurrencia de otros factores o causas de disminución de la punibilidad, tales como la concurrencia de eximentes imperfectas (error de prohibición imperfecto, error de comprensión culturalmente condicionado imperfecto, etc.), o si fuese de aplicación alguna regla de reducción por bonificación procesal, como la confesión sincera o el sometimiento a la conformidad procesal en el juicio oral; tales aspectos repercutirían ineludiblemente en una mayor reducción excepcional de la pena, pudiendo incluso llegar a suspenderse la misma en su ejecución, de ser el caso.”
(...)

“5.12. (...) la invocación del artículo veintinueve del Código Penal en la casación Del Santa, a efectos de generar un nuevo espacio de punibilidad ante la inaplicación, vía control difuso, de la pena conminada de treinta a treinta y cinco años prevista para el delito de violación de menor de edad, regulado en el numeral dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, resultaba innecesaria. El referido artículo veintinueve solo establece el parámetro de duración general de la pena privativa de libertad temporal (duración mínima de dos días y máxima de treinta y cinco años), el cual sirve, especialmente, al legislador al momento de incorporar o modificar figuras delictivas y al operador jurídico cuando se encuentra con tipos penales cuyas penas conminadas solo prevén o bien un mínimo o bien un máximo legal de pena. (...).”

DÉCIMO SEXTO: Por lo anotado, debe indicarse que esta Sala Suprema, con el criterio expuesto en la presente resolución, no prohíbe ni pretende desconocer la realización del control difuso en casos como el que nos ocupa; sino que, únicamente, está dejando establecido que cuando un juez (de primera o segunda instancia) considere que debe efectuar el referido control de constitucionalidad se encuentra obligado a motivar debidamente su decisión.

Por estas consideraciones: **NUESTRO VOTO** es porque se **DESAPRUEBE** la sentencia consultada de fecha diez de agosto de dos mil dieciocho, emitida por el Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, obrante a fojas treinta y cuatro; que resuelve, entre otros, **inaplicar** al presente caso lo

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

CONSULTA N.º22575 - 2018
LAMBAYEQUE

dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 y el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal; en consecuencia, **NULA** la citada resolución debiendo la citada Sala Superior emitir nuevo pronunciamiento; en el proceso penal seguido contra Alan Valentín Segundo Serrate como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor con iniciales R.L.V.T.; y se devuelva. **Juez Supremo: Wong Abad**

S.S.

WONG ABAD

CARTOLIN PASTOR

Rllc/spa