

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



**CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE**

Lima, cinco de diciembre
de dos mil dieciocho.-

I. VISTOS; con el acompañado:

1.1. Consulta.

Es materia de consulta ante esta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, la sentencia de fecha quince de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento noventa y cinco del expediente principal, emitida por la **Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte**, por haber realizado control difuso, declarando inaplicable al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra **Diego Alexander Acosta Toledo** por el delito contra el patrimonio-robo agravado en grado de tentativa, en agravio de José Luis Guerrero Pérez, imponiéndole al imputado cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años.

1.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta.

El Colegiado penal de la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, sustenta la inaplicación de la norma penal, refiriendo que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, colisiona con el principio de igualdad.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO. Delimitación del objeto de pronunciamiento

Absolviendo la consulta, en primer término, se procederá a precisar las reglas para el ejercicio del control difuso, en segundo orden, se verificará si la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal supera el examen de constitucionalidad, para finalmente resolver sobre la aprobación o no de la sentencia elevada a esta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema atendiendo a las particularidades del caso concreto.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

SEGUNDO. Sobre el control difuso

2.1. Conforme lo ha señalado esta Sala Suprema, en la **Consulta N° 1618-2016 - Lima Norte**, de fecha dieciséis de agosto del año dos mil dieciséis, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía (reconocida en el artículo 51 de la Constitución), debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, habiendo sido habilitados por mandato constitucional para tales fines, como ejercer la revisión judicial de las leyes, esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución.

2.2. Asimismo, los jueces deben tener presente que ***las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción***, como lo ordena el artículo 109 de la Constitución; que, se encuentra reconocido el derecho fundamental de igualdad ante la ley, y ***que corresponde a los jueces cautelar la seguridad jurídica***; que 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 ordenamiento jurídico que son obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, sean inaplicadas en algunos casos particulares a diferencia de la generalidad y sólo para los fines constitucionales, por lo que, ***el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme a los parámetros de compatibilidad constitucional***.

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 están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando en contra del ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.*

2.2.2. Es ineludible reiterar que la ***facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitado al caso particular, constituye un control en concreto***

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

con efecto inter partes, 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 vinculado a los datos y particularidades del caso; 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***¹.

2.3. Sustentando en la citada ejecutoria, como doctrina jurisprudencial, que los jueces en los procesos judiciales a su cargo, deben preservar la primacía de la norma constitucional, en el ejercicio de la facultad jurisdiccional delegada por el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, en los casos sometidos a su competencia; asimismo, deben considerar la presunción de validez constitucional de las normas legales; sin embargo, de advertir alguna norma aplicable al caso concreto, ***que no admita interpretación conforme a la Constitución, procederán a realizar el control difuso; debiendo tener sumo cuidado, pues se trata de un proceso gravoso y complejo.*** Precisando las reglas para el ejercicio del control difuso:

a) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucional de las normas legales; b) Realizar un juicio de relevancia de la norma; c) Agotar la interpretación de la norma conforme a la Constitución; y 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 exigencia².

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2008-AA fundamento 19.

² Las reglas del control difuso precisadas en la doctrina jurisprudencial, 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 Política²; gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución²; 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

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

TERCERO. Sobre la presunción de constitucionalidad de la norma inaplicada

3.1. La sentencia consultada condena a Diego Alexander Acosta Toledo como coautor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa y le impone la pena privativa de la libertad reducida de cuatro años, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, inaplicando la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal que excluye de la reducción de la pena legal a los agentes del ilícito de robo agravado.

3.2. El examen de la norma inaplicada, se inicia con ***la presunción de su constitucionalidad, validez y legitimidad***, norma que integra el cuerpo normativo del Código Penal promulgado por Decreto Legislativo N.º 635 publicado en el diario oficial “El Peruano” el cuatro de agosto de mil novecientos noventa y uno; superando el control de producción normativa conforme el procedimiento constitucional del artículo 108, por ende las normas se encuentran vigentes y son de carácter obligatorio conforme a la norma constitucional del artículo 109.

3.3. El artículo 22 del Código Penal, en el texto vigente al momento de los hechos, artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N.º 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece³, contiene varias normas sobre imputabilidad restringida, de las cuales se relaciona con el caso concreto, *la que excluye a los*

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 Constitución², 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).

³ "Artículo 22. Responsabilidad restringida por la edad

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

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, **robo agravado**, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, 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."

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

*agentes mayores de dieciocho y menores de veintiún años, de la reducción de la pena cuando hubieren cometido el delito de robo agravado; **norma que se vincula en forma directa e indisoluble con la determinación de la pena para el procesado Diego Alexander Acosta Toledo**, que en sentencia ha sido encontrado responsable como coautor del delito de robo agravado en grado de tentativa, cometido cuando tenía **diecinueve años 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**.*

3.4. Procediendo a la interpretación, se observa que la disposición legal contiene varias normas referidas a la imputabilidad restringida:

3.4.1. El artículo legal contiene como regla general en el primer párrafo, que: “**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 (...)”; 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 aún se trate de **agentes con imputabilidad restringida e indistintamente del tipo de ilícito cometido, no siempre conllevará una reducción de la pena mínima legal**.

3.4.2. Asimismo, el primer párrafo de la norma establece restricciones contemplando la salvedad para algunos casos de reincidencia, y el segundo párrafo (enjuiciado), precisa exclusiones a la reducción de la pena, para los agentes integrantes de una organización criminal, a los que hayan incurrido entre otros delitos, el de robo agravado.

3.5. La norma materia de análisis, se vincula con los principios generales del Código Penal, del artículo II del Título Preliminar que prevé que **nadie será sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas**

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

en la ley vigente al momento de la comisión⁴; reafirmando como ***principio la vinculación a la pena legal*** prevista en el ordenamiento jurídico y producida conforme al procedimiento constitucional, contenidas en el Código Penal para cada hecho punible. Asimismo, se vincula con la norma del artículo V del Título Preliminar del referido código que establece que ***sólo 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 graduación⁵.

Las normas del artículo 22 establece 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 al crear una posibilidad para algunos agentes 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 podrá reducir la pena, lo cual dependerá de las particularidades del agente y del caso evaluadas y motivadas en la decisión del juez.

3.6. Confirmando que ***la norma en cuestión, si 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

⁴ Principio de Legalidad

Artículo II.- 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.

⁵ Garantía Jurisdiccional

Artículo V.- 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 27399 - 2018
LIMA NORTE

pena legal, notando ***que de la excepción creada a la regla general, el segundo párrafo del artículo 22 distingue que algunos agentes no son comprendidos en la regla de excepción, manteniendo para ellos la vinculación a la pena legal.***

3.7. En este caso, *el problema que se plantea en el cuestionamiento de la norma reside en la exclusión a los agentes del delito de robo agravado (con imputabilidad restringida), de la posibilidad de reducción de la pena,* correspondiendo examinar si dicha restricción, infracciona la Constitución en relación al derecho a la igualdad.

3.7.1. En principio, el ***derecho fundamental a la igualdad*** se encuentra reconocido y protegido en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad, que todos son iguales ante la ley, que tienen derecho a igual protección de la ley, y protección contra todo acto de discriminación⁶; y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asumiendo los Estados el compromiso de respetar los derechos fundamentales y garantizar su pleno ejercicio sin discriminación alguna, al derecho a la igualdad ante la ley con derecho a igual protección de la ley⁷.

3.7.2. Reconocido en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en dos dimensiones, una la ***igualdad como prohibición de discriminación*** (por el cual es discriminatorio todo trato diferenciado que atente contra la dignidad de la persona humana, sea por condiciones de superioridad o inferioridad, no obstante no toda distinción de trato puede considerarse violatoria por si misma de la dignidad humana); la segunda, ***igualdad ante la ley*** que deriva

⁶ Artículo 1º. Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 7º. Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

⁷ Artículos 1º. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 24º. Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

la concepción de igualdad como prohibición de trato arbitrario (sustenta que la ley se aplica igual a todos los individuos).

3.7.3. La interpretación vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁸, establece que ***un trato diferenciado basado en criterios razonables y objetivos, que se sustente en desigualdades reales y objetivas, no constituye discriminación*** (OC-4/84 del diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafo cincuenta y seis y cincuenta y siete).

3.7.4. En ese sentido, se anota que toda restricción o tratamiento diferente en la ley no conlleva necesariamente una afectación al derecho a la igualdad, en tanto la exigencia es el trato igual entre iguales admitiendo un trato diferente entre desiguales, por lo que el examen se circunscribe a determinar: ***si es o no una diferencia no justificada de trato en la reducción de la pena, entre agentes de delitos con imputabilidad restringida, por razón del delito cometido.***

3.8. En consecuencia el derecho del agente a la igualdad ante la ley, reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución garantiza el trato igual entre iguales, y desigual entre desiguales, ***siendo posible realizar distinciones en base a criterios objetivos y razonables considerando desigualdades de hecho, como instrumento para proteger a quienes deban ser protegidos por circunstancias de mayor o menor fragilidad o desamparo en que se encuentren.***

3.8.1. Exigencias que cumple la norma del artículo 22 del Código Penal al establecer en primer lugar ***un tratamiento desigual por razón de la edad del agente*** confiriéndole imputabilidad restringida; en segundo lugar estableciendo la ***posibilidad del beneficio de la reducción de la pena*** sólo para aquellos con imputabilidad restringida, con exclusión de la generalidad de agentes, brindando un tratamiento legal diferente y especial, debido a que la pena requerida ***puede*** ser en algunos casos menor al mínimo legal; y en tercer lugar de aquellos que tienen imputabilidad restringida que sean reincidentes, integrantes de organización criminal, y los que hubieren cometido ***delitos graves y***

⁸ Interpretación vinculante conforme a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

pluriofensivos, los mantiene en el régimen común, constituyendo un trato igualitario con relación a la generalidad de imputados, y uno diferente con relación a otros agentes con imputabilidad restringida que tienen la posibilidad de acceder a la reducción de pena.

En este último supuesto, la norma guarda concordancia con el principio de legalidad, vinculación a la pena legal previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, asimismo, con la norma del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal que establece que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor⁹, con el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del mismo cuerpo legal, que establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y el trato diferente se justifica con los fines constitucionales de la pena, **reeducación, rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad¹⁰, 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 resocializadora¹¹, 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**, así en el caso del ilícito de robo agravado el agente actúa vulnerando el derecho de propiedad, derecho a la integridad, dignidad y seguridad de la persona agraviada¹², para ellos 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 pluriofensivos¹³.

⁹ Responsabilidad Penal

Artículo VII.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

¹⁰ El fin perseguido de la norma, el cual está vinculado a la finalidad de la pena, que de acuerdo a la norma del inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política, el fin constitucional de la pena es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

¹¹ Fines de la Pena y Medidas de Seguridad

Artículo IX.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

¹² El delito de robo agravado daña gravemente otros derechos fundamentales como la propiedad, el derecho a la integridad, dignidad y seguridad de la persona agraviada que también goza de protección constitucional en el artículo primero y fundante que establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como la propiedad en el artículo 70 que establece que el derecho a la propiedad es inviolable, y que el Estado lo garantiza.

¹³ 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, página 433).

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

3.8.2. Concluyendo, que estamos ante un tratamiento jurídico desigual legítimamente establecido¹⁴, compatible con los fines constitucionales de la pena, por lo que la norma en ninguna de sus regulaciones evidencia supuesto de inconstitucionalidad, pues como se tiene señalado, **no todo tratamiento jurídico diferente concluye en un trato discriminatorio, pues en principio no toda distinción de trato es ofensiva a la dignidad humana, sino cuando ella carece de justificación objetiva y razonable**, existiendo desigualdades de hecho que legítimamente se traducen en desigualdades de tratamiento jurídico¹⁵, manteniendo la norma la presunción de constitucionalidad en abstracto.

No obstante, 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 sustentarse en alegaciones genéricas de afectación al derecho a la igualdad y/o de otro derecho fundamental, no siendo admisible un control en abstracto como si fuera una regla general para todos los casos, reiterando que se exige un control en concreto.

¹⁴ Criterios acogidos de la OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 57: No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

¹⁵ Conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 56: Sin embargo, por lo mismo 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. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

CUARTO. Control de Constitucionalidad en el caso concreto

4.1. En el asunto materia de análisis, la sentencia sustenta la condena por delito de robo agravado, en que el ilícito se produjo el cinco de setiembre de dos mil catorce a horas 22:00, habiendo **Diego Alexander Acosta Toledo** cogido fuertemente del cuello cogoteando al agraviado, hecho que fue aprovechado por Walter Manuel D Acosta Villanueva despojándolo de su celular, condenándolo por el ilícito previsto y sancionado en el artículo 188 del Código Penal, concordante con el artículo 189 del mismo cuerpo normativo.

4.2. En cuanto a la determinación de la pena, la consultada señala que la ***pena abstracta para el delito sub materia oscila entre los doce y veinte años de pena privativa de libertad***, fijando una pena concreta de diez años, y atendiendo a que el imputado contaba con diecinueve años de edad en la fecha que acaecieron los hechos, inaplica el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, haciendo control difuso, reduciendo la pena a cuatro años de pena privativa de libertad.

4.3. Al respecto, ***se puntualiza, que el objeto de consulta es la inaplicación de la norma que excluye a los sentenciados de la reducción de la pena por imputabilidad restringida***; los fundamentos de la sentencia recurrida sobre el asunto, se encuentran medularmente en el considerando VI, indicando que en el presente caso considera que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, es incompatible con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución que establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley.

4.4. Se advierte, que ***la sentencia consultada no contiene ningún fundamento para ejercitar el control difuso en el caso particular del sentenciado Diego Alexander Acosta Toledo; tampoco contiene argumentos para decidir la reducción de la pena por imputabilidad restringida, pues no es suficiente limitarse a la edad; asimismo, llama la atención que el juez no ha tenido en cuenta que el control difuso es residual, y que su ejercicio debe estar motivado***, lo cual no ha sido cumplido en la sentencia consultada que se limita a referir ***que el segundo párrafo del artículo 22 de la norma penal colisiona con***

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

la garantía constitucional de igualdad ante la ley prevista en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, con un examen en abstracto, sin haber analizado y sustentado las particularidades del caso que sustentarían la supuesta colisión con el derecho a la igualdad ante la ley en el caso en concreto, para inaplicar una norma legal y vinculante, contraviniendo los fines constitucionales del control difuso; pues como se tiene señalado en el considerando tercero, la regla general se refiere a una "posibilidad" de reducir, y no una reducción automática, exigiendo en compatibilidad con la garantía de motivación¹⁶, que el juzgador exponga las razones y consideraciones del caso concreto, que lleven a reducir la pena por debajo del mínimo legal, y en el caso de los agentes que no cuenten con el beneficio de reducción de la pena, ***solo ampararía un control difuso con inaplicación de la norma legal, cuando se determine por las circunstancias y particularidades, y en forma debidamente motivada, la afectación concreta a un derecho fundamental.***

4.5. Por el contrario, la sentencia consultada *contiene argumentos en forma genérica que van orientadas al control abstracto de la norma legal, lo cual no se encuentra en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución y del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, que autoriza la revisión judicial de las leyes ***para el caso concreto que se está decidiendo***; agréguese, que como se tiene explicado en el considerando tercero de esta ejecutoria, ***la norma legal al establecer un trato diferenciado entre diferentes, no pierde la presunción de constitucionalidad al no evidenciar vulneración del principio de igualdad***, y más bien, 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 contiene la prohibición de aplicar la reducción de la pena***; por lo que se desaprueba la sentencia consultada.

¹⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado en relación al derecho fundamental a la motivación, que es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, que es una garantía de la correcta administración de justicia que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorga credibilidad a las decisiones judiciales, ***estando los jueces vinculados por el ordenamiento jurídico y en un Estado Constitucional de Derecho, a expresar los sustentos de su decisión al momento de emitir sus resoluciones a efectos de evitar excesos y arbitrariedades.*** Caso Tristán Donoso vs Panamá 27 de enero de 2009 párrafo 153, Caso Apitz Barbera y otros, 5 de agosto de 2008 fundamento 77.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones **DESAPROBARON** la resolución elevada en consulta por haber realizado control difuso, declarando inaplicable al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, mediante la sentencia de fecha quince de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento noventa y cinco del expediente principal; en consecuencia **NULA** la citada resolución, debiendo la **Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte** emitir nuevo pronunciamiento; en el proceso penal seguido contra Diego Alexander Acosta Toledo por el delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en agravio de José Luis Guerrero Pérez; y los devolvieron. Interviniendo como Jueza Suprema ponente la señora: **Rueda Fernández**.

S.S.

WALDE JÁUREGUI
MARTÍNEZ MARAVÍ
RUEDA FERNÁNDEZ
WONG ABAD
BUSTAMANTE ZEGARRA

Mat/Mvm

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

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia emitida por la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, dictada el quince de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento noventa y cinco, mediante la cual se condena a Diego Alexander Acosta Toledo, como coautor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, tiempo durante el cual se deben observar las siguientes reglas de conducta: no variar de domicilio ni ausentarse de la localidad

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

sin previo aviso al juzgado competente, comparecer mensualmente a efectos de registrar su firma ante la Oficina de Control Biométrico de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte y pagar la reparación civil en el plazo de dos meses.

El colegiado Superior al determinar el *quantum* de la pena consideró conveniente reducirla prudencialmente por responsabilidad restringida del imputado al momento de cometer el delito; en tal sentido, en la decisión judicial materia de consulta se ejerce control difuso al inaplicar en el caso concreto, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal (en su tenor modificado por la Ley N° 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece), conforme al cual se excluye del supuesto previsto en el primer párrafo del mismo artículo (referido a la responsabilidad restringida por la edad) a aquellos que hayan cometido, entre otros, el delito de robo agravado.

SEGUNDO: En principio, cabe indicar que la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público que viene impuesta por la ley, así, en estricto, no puede ser considerada un recurso sino como un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al superior jerárquico; y, a este el deber de efectuar el control de la constitucionalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

TERCERO: En este sentido, 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 concreta¹⁷.

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*»¹⁸ 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*

¹⁷ MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A. “*La Odisea Constitucional Constitución, teoría y método*”, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004; p. 156.

¹⁸ Ibid., p.156.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

principal de dichos recursos, en tanto son totalmente hipotéticos y eventuales sus reflejos sobre las aplicaciones concretas que de la ley pudieran haberse hecho»¹⁹.

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»²⁰* 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»²¹.*

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.

CUARTO: 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 Política, que establece:

«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».

Entonces, de acuerdo a ello, la Carta Magna reconoce la supremacía de la norma constitucional sobre cualquier otra, facultando a los Jueces a declarar inaplicables las que la contravengan²².

Así lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional²³ citando a autorizada doctrina:

«La Constitución es la fuente suprema del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad»²⁴.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² 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».

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00047-2004-AI/TC, fundamento 10.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

«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 constitucionales»²⁵.

QUINTO: Sobre el tema, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, señala que:

«...cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular».

En consecuencia, las sentencias en las que se realice control difuso deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 408 del Código Procesal Civil, para que sobre aquellas se efectúe el control de constitucionalidad.

SEXTO: Pues bien, se aprecia que la sentencia consultada al inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, se sustenta en el uso de la potestad otorgada por el artículo 138 de la Constitución Política, en la finalidad de la pena orientada a buscar la reeducación y reinserción del penado a la sociedad, en los principios de proporcionalidad y racionalidad en la individualización de la pena respecto al hecho delictivo en concreto, así como en las condiciones personales y laborales del acusado²⁶.

Así pues, la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, luego de evaluar en el caso concreto, *«...el perjuicio y trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de*

²⁴ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. “Fuentes del Derecho Tomo II”, Tecnos, Madrid, 1992; p. 28.

²⁵ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN, Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. “Lecciones de Teoría del Derecho”, MacGraw-Hill, Madrid, 1997; p. 285.

²⁶ Fundamento VI, ítem “Establecimiento de la pena concreta”, párrafos uno a diez, en la sentencia materia de consulta.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, la personalidad o capacidad del encausado que comprenda la edad, educación, condición económica y medio social»²⁷; concluye, que el acusado está incurso en la atenuante de responsabilidad restringida establecida en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, en base al principio de igualdad establecido en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, añade que: «...en el presente caso, no sólo estamos tomando en cuenta el mero criterio cuantitativo, a efectos de disponer la suspensión de la ejecución de la pena, sino que, fundamentalmente, estamos verificando un pronóstico favorable respecto de la conducta del acusado Diego Alexander Acosta Toledo. En otras palabras, no nos encontramos frente a un individuo que no tiene el más mínimo reparo en delinquir, sino que como volvemos a reiterar su intervención en el hecho que se enjuicia, por ser el único que registra, revela que ha sido un acto singular en su vida y no algo que denote una carrera delictiva. Siendo ello así, es evidente que la decisión de suspender la ejecución de la pena, en el caso concreto, no propiciará un clima de inseguridad ciudadana y de inadecuada defensa del ordenamiento jurídico»²⁸. Es decir, para el indicado colegiado Superior, en el caso concreto, al existir incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, debía reducirse la pena por configurarse responsabilidad restringida del imputado al momento de cometer el delito.

En consecuencia, atendiendo a lo expuesto, corresponde a esta Sala Suprema pronunciarse sobre el control de constitucionalidad realizado por la Sala Penal Superior, la cual en el presente caso, para fijar la pena inaplicó lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por preferir las circunstancias del hecho delictivo, en concordancia con el principio de igualdad y los fines de la pena en el régimen penitenciario, previstos en el inciso 2 del artículo 2 y el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado.

SÉTIMO: Bajo ese orden de ideas, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable en torno a la responsabilidad restringida de las personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad.

²⁷ Primer párrafo del Fundamento VI, ítem “Establecimiento de la pena concreta”, de la sentencia consultada.

²⁸ Penúltimo párrafo del Fundamento VI, ítem “Establecimiento de la pena concreta”, de la sentencia consultada.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

Así, debemos mencionar que el artículo 22 de Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo N° 635, dispuso en su texto original que cuando el agente tuviera más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años de edad, al momento de realizar la infracción, se podía reducir prudencialmente la pena señalada en la ley para el hecho cometido. Sin embargo, este artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho; por el artículo 1 de la Ley N° 29439, publicada el diecinueve de noviembre de dos mil nueve; y, posteriormente, por el artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece (el cual resulta aplicable por razón de temporalidad), cuyo segundo párrafo estableció que queda excluido de la responsabilidad restringida por la edad, el agente que haya incurrido, entre otros, en el delito de robo agravado.

OCTAVO: Establecido lo anterior, corresponde desarrollar el sustento y características del principio de igualdad. Debiendo señalarse que este derecho fundamental se encuentra consagrado en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, de acuerdo con el cual: *«...toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole»*.

Ahora bien, contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, nos encontramos frente a un derecho fundamental que no otorga la facultad general y en todo caso, para exigir un trato igual a las demás personas, sino para ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una situación similar.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento cuatro de la sentencia dictada en el Expediente N° 03525-2011-AA/TC, que el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas establece que una norma debe ser aplicada por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de hecho de la misma; mientras que la segunda, implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

De ahí que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; pues solo se estará frente a una diferenciación constitucionalmente prohibida cuando el trato desigual no se funde en causas objetivas y razonables.

Por ende, debe examinarse si la diferenciación realizada por el legislador respeta los límites establecidos.

NOVENO: A partir de lo expuesto, si bien el modificado artículo 22 del Código Penal, en principio, podría encontrar justificación atendiendo a la gravedad de los delitos expresamente excluidos de la atenuación de la pena; no obstante, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad restringida constituye el producto de la evaluación respecto a la madurez emocional y psicológica de los sujetos activos que se encuentran entre los dieciocho y veintiún años de edad, examen para el cual no resulta relevante la gravedad del delito involucrado.

En efecto, la responsabilidad restringida se fundamenta en la constatación por el Juez de un estado de inmadurez en el agente que provoca una falta de comprensión de la gravedad del delito o de las consecuencias del mismo; lo que puede provocar que la pena conminada legalmente resulte excesiva para cumplir los fines que constitucionalmente se le reconocen.

En consecuencia, si el elemento relevante es el estado de inmadurez del agente a causa de la edad, no se encuentra justificación –causas objetivas y razonables– para que la utilización de esta atenuante dependa del delito cometido, pues ello conllevaría a que dos personas en la misma situación de madurez sean tratadas en forma distinta: una con la imposición de una pena ajustada a su situación personal específica y la otra castigada con una pena excesiva.

DÉCIMO: Sobre la base de lo establecido, el segundo párrafo del modificado artículo 22 del Código Penal debe considerarse inconstitucional, pues la imposición de la pena sin el beneficio de la responsabilidad restringida, en los casos donde se cumple con el rango de edad previsto en la ley, implicaría un

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

exceso y desproporción que atentaría contra los derechos de igualdad, rehabilitación y reinserción social –los cuales, de acuerdo con el artículo 5 inciso 6²⁹ de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 139, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, constituyen la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad–, porque se impondría una pena, desconociendo en razón del delito, una atenuante cuyo fundamento resocializador es el grado de madurez del infractor penal; así como, contra la realización personal y familiar, el proyecto de vida y otros derechos vinculados a la dignidad de la persona que se encuentran previstos en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

Tanto más, si de acuerdo con los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal, que regulan los principios de lesividad y proporcionalidad, respectivamente, la pena necesariamente precisa que la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, no pueden sobrepasar la responsabilidad por el hecho, lo cual resulta respetuosa de la dignidad de la persona, como un límite del *ius puniendi* del estado.

DÉCIMO PRIMERO: Pues bien, en el presente caso apreciamos que conforme lo ha detallado la sentencia elevada en consulta, el día cinco de setiembre de dos mil catorce, a las veintidós horas aproximadamente, Diego Alexander Acosta Toledo redujo al agraviado “cogoteándole”, mientras el coacusado Walter Manuel D’Acosta Villanueva sustrajo el equipo celular de la referida víctima; sin embargo, ambos fueron capturados por los vecinos de la zona a media cuadra en un breve lapso de tiempo y luego entregados a la policía³⁰.

Asimismo, se observa en el considerando VI, ítem “Establecimiento de la pena concreta”, de la sentencia consultada, que la Sala Penal al determinar la pena a imponer a Diego Alexander Acosta Toledo realizó un análisis minucioso de las circunstancias del caso en concreto. En aquella parte considerativa estableció, en principio, que correspondería imponer una pena privativa de la libertad de diez años, tal como solicitó el Ministerio Público a fojas ciento veintiocho del

²⁹ «Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Derecho a la Integridad Personal: (...)

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados».

³⁰ Esto es narrado de forma detallada por la víctima en su manifestación de fecha seis de setiembre de dos mil catorce, obrante a fojas nueve del expediente principal.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

expediente principal, por cuanto al haber quedado el delito en grado de tentativa, resultaba aplicable la atenuante prevista en el artículo 16 del Código Penal³¹. Líneas seguidas añade que, también, resulta aplicable el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, atendiendo no solo a la edad del sentenciado a la fecha de los hechos, diecinueve años³² (principio de igualdad); sino además, a que este se acogió a la terminación anticipada al reconocer en la primera intervención del juicio oral ser autor del hecho punible imputado³³, asimismo, toma en cuenta las condiciones personales de aquel, tales como: que tiene educación secundaria incompleta, que no tiene antecedentes policiales ni judiciales, que no registra condena alguna, que tiene arraigo familiar por tener conviviente y un hijo menor de edad, que tiene arraigo laboral en una empresa de mototaxi, que presenta domicilio conocido y que no se ha tenido noticia de algún otro hecho delictivo³⁴. Aunado a ello, señala que en la dosificación de la pena se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad y los fines de la pena.

DÉCIMO SEGUNDO: De lo expuesto, tenemos que la Sala Penal en la decisión judicial analizada redujo la pena cuantitativamente en virtud a que el delito de robo agravado imputado quedó en grado de tentativa; asimismo, pasó a ejercer control difuso, sustentado en el principio de igualdad en cuanto al grado de inmadurez, sumado a las circunstancias del hecho delictivo y al estudio del ámbito social, familiar y laboral del imputado, los cuales, ciertamente, determinan en el sentenciado condiciones personales particulares que debían ser consideradas al momento de imponer la pena. Todo ello, justifica suficientemente que la Sala Penal en virtud de los principios de igualdad y de proporcionalidad, haya determinado una pena por debajo de la prevista en el artículo 189 del Código Penal. Lo contrario, la imposición de la pena sin considerar las circunstancias del caso en concreto, resultaría un exceso y desproporción que atentaría contra los derechos de rehabilitación y reinserción social –los cuales, de acuerdo con el artículo 5 inciso 6³⁵ de la Convención Americana de Derechos Humanos,

³¹ «Artículo 16 del Código Penal.- En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena».

³² Conforme se verifica en la ficha RENIEC, obrante a fojas treinta y uno del expediente principal, donde figura como fecha de nacimiento el día dos de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro.

³³ Véase a fojas noventa del expediente principal.

³⁴ Lo señalado se sustenta en los documentos obrantes de fojas ciento ochenta y siete a ciento noventa y cuatro del expediente principal.

³⁵ «Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Derecho a la Integridad Personal:

(...)

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

constituyen la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad–; así como, contra la realización personal y familiar, el proyecto de vida y otros derechos vinculados a la dignidad de la persona que se encuentran previstos en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

Por tales razones, considero que la imposición al condenado, de cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva³⁶, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, atendiendo a las circunstancias especiales del caso en concreto –responsabilidad restringida–, resulta razonable, suficiente y proporcional a fin de reprimir el delito cometido; máxime, si dicha reducción en la pena obedece, también, a que el delito quedó en grado de tentativa y que el procesado se acogió a la conclusión anticipada del proceso, tal como se verifica en el “Acta de Audiencia de Terminación Anticipada”, de fecha quince de setiembre de dos mil quince, obrante a fojas ciento ocho del expediente principal.

DÉCIMO TERCERO: Adicionalmente, cabe mencionar lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Expediente N° 00751-2010/PHC/TC, de fecha quince de junio de dos mil diez, en el sentido que: *«De acuerdo al texto del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) y a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 (fojas 17), queda a criterio del juez la reducción prudencial de la pena y/o inaplicación del segundo párrafo del artículo antes mencionado»*. Siendo que el referido Acuerdo Plenario, en el numeral 11, con carácter de doctrina legal, estableció que: *«Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente - que impide un resultado jurídico legítimo»*.

Por consiguiente, entendemos que nuestro Tribunal Constitucional ha aprobado, implícitamente, el criterio que orienta la presente resolución.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados».

³⁶ La pena solicitada por el titular de la acción penal fue de diez años, amparada en que el delito quedó en grado de tentativa, tal como se aprecia a fojas ciento veintiocho del expediente principal.

CONSULTA N.º 27399 - 2018
LIMA NORTE

DÉCIMO CUARTO: Por todo lo expuesto, se determina que la inaplicación de la prohibición contemplada en el artículo 22, segundo párrafo, del Código Penal, efectuada por la sentencia objeto de consulta, en mérito al control difuso que le otorgan la Constitución y la ley, en este caso en concreto, se encuentra arreglada a lo previsto en el artículo 138 de la Carta Magna, por lo que corresponde su aprobación.

Por tales fundamentos, **MI VOTO** es porque **SE APRUEBE** la sentencia consultada, de fecha quince de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento noventa y cinco, que resuelve **inaplicar** en el presente caso la prohibición prevista en el **segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal**, que condena a Diego Alexander Acosta Toledo, como coautor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años, tiempo durante el cual se le imponen ciertas reglas de conducta; en el proceso penal seguido contra Diego Alexander Acosta Toledo en agravio de José Luis Guerrero Pérez, por el delito de robo agravado, en grado de tentativa; y se devuelva. **Juez Supremo: Wong Abad.-**

S.S.

WONG ABAD

Miam/spa