

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



CONSULTA
EXPEDIENTE N°28284-2018
LIMA NORTE

Lima, nueve de julio
de dos mil veintiuno

I. VISTA en discordia; la presente causa en la fecha, luego de verificada la votación con arreglo a ley, con el voto de la señora Jueza Suprema **HUERTA HERRERA**, que se adhiere al voto de los señores Jueces Supremos **PARIONA PASTRANA, ARIAS LAZARTE Y RUEDA FERNÁNDEZ** incorporados de fojas treinta y cuatro a cincuenta y dos del cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema, más el voto singular obrante de fojas cincuenta y dos a sesenta y ocho; se emite la siguiente sentencia, y el voto en minoría de los señores Jueces Supremos **TOLEDO TORIBIO Y BUSTAMANTE ZEGARRA**, que obra de fojas sesenta y ocho a setenta y dos del cuaderno de consulta; asimismo, **habiéndose dejado oportunamente** en Relatoría de esta Sala Suprema el voto emitido por el señor Juez Supremo **TOLEDO TORIBIO**, obrante de fojas sesenta y ocho a setenta y dos del cuaderno de consulta; **el mismo que no suscribe la presente resolución**, de conformidad con lo establecido en los artículos 141, 142, 148 y 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dejándose constancia de los mismos para los fines pertinentes de acuerdo a ley.-----

CONSIDERANDO:

I.1.Consulta:

1. Es objeto de consulta la sentencia conformada de fecha veintisiete de junio de dos mil dieciocho¹, expedida por la Segunda Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que resolvió condenar a Juan Jair Vílchez de la Cruz como autor del delito contra el patrimonio en

¹ Corrientes a fojas ciento veintiuno del expediente principal.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Verónica Rosario Gonzales Chávez, imponiéndole como sanción cuatros de años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta además del pago de reparación civil ascendiente a S/. 800.00 (ochocientos y 00/100 nuevos soles) a favor de la agraviada; entre los fundamentos de la determinación judicial de la pena hace la **inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal**, en mérito de tutelar el derecho a la igualdad, prevista en el artículo 22, inciso 2, de la Constitución Política del Perú.

I.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta:

1. Es objeto de consulta corresponde a la inaplicación, vía control difuso, de la norma penal prevista en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal², que declara la exclusión de la aplicación de la atenuante privilegiada de la responsabilidad restringida cuando el agente es integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delitos de violación de la libertad sexual, 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, entre otros; pues es incompatible con el artículo 2, numeral 2 de la Constitución Política del Estado, referido al **derecho de igualdad ante la ley**.

2 Artículo modificado por la Única Disposición Complementada Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015 en el Diario Oficial "El Peruano", vigente a la fecha actual y al momento de la comisión de los hechos, del 09 de septiembre de 2015.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

II. ANTECEDENTES PRINCIPALES DE LA RESOLUCIÓN EN CONSULTA:

II.1. Hechos materia de proceso penal:

1. Se advierte de los hechos descritos en el Atestado Policial N° 152-2015-REGPOL-L-DVTER-N3-SMP/CB-DEINPOL, de fecha diez de septiembre de dos mil quince³ que, los hechos materia de proceso ocurrieron el día nueve de septiembre de dos mil quince a las 21:50 horas, en circunstancias en que la agraviada se encontraba en el interior de una panadería ubicada en la intersección del jirón Villa Rica y jirón El Chaco San Martín de Porres, cuando fue sorprendida por una persona de sexo masculino, posteriormente identificado en la intervención policial como Juan Jair Vílchez de la Cruz, jalándose de manera violenta su cartera, forcejeando con la agraviada y arrastrándola tres metros desde el interior del establecimiento; no obstante, el referido no pudo sustraer las pertenencias, optando por huir a bordo de su bicicleta, siendo posteriormente aprehendido por efectivos policiales y dirigido a la comisaria de la jurisdicción.

II.2. Juicio de tipicidad de los hechos:

1. Los hechos así descritos, fueron tipificados en el delito de **robo agravado en grado de tentativa**, cuya fórmula legal a la fecha de comisión de los actos delictivos (nueve de septiembre de dos mil quince), se subsume en el inciso 2 del primer párrafo del artículo 189 Código Penal, en consonancia con el artículo 188 (tipo penal básico) y con el artículo 16 (tentativa) del mismo Corpus Iuris; en tanto los

3 Corrientes a fojas dos del expediente principal.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

hechos acontecieron en horas de la noche, a las 21:50 horas y, el imputado no logró consumir el acto delictivo al no haberse apoderado ilegítimamente de los bienes de la agraviada y mucho menos aprovecharse de los bienes muebles. Las disposiciones penales precitadas son las que se detallan:

ROBO (TIPO BASE)

Artículo 188 del Código Penal: **“El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física (...)”**.

ROBO AGRAVADO

Artículo 188 del Código Penal: **“La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: (...) 2. **Durante la noche o en lugar desolado**”**.

TENTATIVA

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”**.

II.3. Fundamentos de la Sala Penal de Instancia respecto al objeto de consulta:

1. Del acta de sesión de audiencia de juicio oral de fecha veintiséis de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento veintiocho, se aprecia que el procesado Juan Jair Vílchez de la Cruz se acogió a la

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

conclusión anticipada contemplada en el artículo 372 del Código Procesal Penal, aceptando los cargos imputados por el Ministerio Público y las consecuencias jurídicas producto de su actuar delictuoso, lo que motivó que la Sala Penal de Reos Libres emitiera la sentencia conformada de fecha veintisiete de junio de dos mil dieciocho, de fojas ciento veintiuno.

2. De los fundamentos jurídicos que comportan la determinación judicial de la pena, del apartado VI, de fojas ciento veinticuatro a ciento veintiséis de la sentencia elevada a consulta, es de señalarse que la pena concreta impuesta al imputado, correspondiente a cuatro años de la pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conductas, atendió a diferentes causas de atenuación que conllevó al Colegiado Penal a disminuir la pena conminada en el tipo penal del artículo 189 primer párrafo, inciso 2, siendo no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad. Las mismas que responden: a) Tentativa, como atenuante privilegiada prevista en el artículo 16 del Código Penal, que conlleva a disminuir la pena por debajo del mínimo legal; b) Conclusión anticipada, como atenuante privilegiada prevista en el artículo 372 del Código Procesal Penal y que, siguiendo el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, da mérito a la reducción de la pena menor de la sexta parte fijada para el proceso especial de terminación anticipada; c) Concurrencia de atenuantes previstas en el artículo 46 del Código Penal, como la carencia de antecedentes penales y; d) La inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal que regula la imposibilidad de disminuir la pena por responsabilidad restringida como atenuante privilegiada, en casos de delitos de robo agravado. En mérito a esta última, es

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

decir, a la inaplicación, vía control difuso, del artículo 22 es que se ha elevado la sentencia conformada de fecha veintisiete de junio de dos mil dieciocho, lo que es competencia de esta Sala Suprema de Derecho Constitucional y Social Permanente.

II.4. La responsabilidad restringida prevista en el artículo 22 del Código Penal

1. El artículo 22 que regula la responsabilidad restringida fue incorporado en el Código Penal de 1991, tras una serie de modificaciones, a la fecha actual se encuentra vigente la disposición penal publicada el 27 de julio de 2015 en el Diario Oficial “El Peruano”, a partir de la última modificación que trajo la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181. Su regulación atiende a la responsabilidad restringida como eximente imperfecta y/o atenuante cualificada en razón de la edad del agente, siendo la franja etaria de dieciocho a veintiún años de edad, así como de sesenta y cinco a más, en el momento que se haya cometido el delito.
2. Cabe señalar que, dicha eximente contemplada en el artículo en cuestión, yace en la categoría de la culpabilidad, perteneciente a la teoría tripartida del delito. Recordemos pues que, dentro de los elementos de la culpabilidad, el primero de ellos reposa en la imputabilidad o capacidad de culpabilidad – condición previa e indispensable de la culpabilidad. Esta tiene dos ámbitos: a) el sujeto debe alcanzar una edad determinada: dieciocho años; y b) el sujeto no debe padecer graves anomalías psíquicas, que eliminen el grado

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

mínimo de capacidad de autodeterminación exigido por nuestro ordenamiento jurídico.

3. Siguiendo la doctrina penal que desarrolla esta institución penal, encontramos lo dicho por el jurista Hurtado Pozo, en el sentido que, el fundamento de esa configuración jurídica (responsabilidad restringida) estriba, hasta cierto punto, en el individuo no alcanza la madurez suficiente y, a los individuos entre dieciocho y veintiún años no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente, pues su proceso de madurez no ha terminado; y, además, en que la edad avanzada del agente expresa un periodo de decadencia, de disminución de las actividades vitales, que se desemboca en una etapa de degeneración que afecta a las facultades vitales, por lo que la capacidad de culpabilidad debe ser considerada como limitada.
4. Pese a la incidencia de la edad del agente en la responsabilidad restringa y a los efectos que causa en la comprensión de la conducta delictiva del agente, no llegando a ser total o plena; debemos indicar que, el legislador desde el año mil novecientos noventa y ocho por medio del artículo 1 de la Ley N° 27024 incorpora una exclusión de aplicación de dicha atenuante privilegiada en determinados delitos, como tráfico ilícito de drogas, terrorismo, violación sexual y demás, siendo que, desde el diecinueve de agosto de dos mil trece, con el artículo 1 de la Ley N° 30076, se agrega a este cúmulo de ilícitos penales, el delito de robo agravado, manteniéndose hasta la última modificación del veintisiete de julio de dos mil quince por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181. Respecto a esta proscripción del párrafo segundo del artículo *in comento*, la Corte Suprema, en el X Pleno Jurisdiccional de las Salas

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

Penales Permanente y Transitorias que, trajo consigo el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ-116, señaló en el fundamento jurídico, que la clase de delitos como condición de exclusión de la responsabilidad restringida, atendía a la categoría de la antijuricidad, así tenemos: “Las restricciones que se iniciaron en mil novecientos noventa y ocho y prosiguieron con la última reforma legislativa de dos mil quince, están referidas a la comisión de veintiún modalidades delictivas, que pueden calificarse de muy graves. Estas se encuentran en el injusto penal: antijuricidad, no en la categoría culpabilidad. Luego, es pertinente preguntarse si tales excepciones a la regla de disminución de la respuesta penal, son constitucionalmente admisibles desde el principio de igualdad ante la ley”.

III. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL:

PRIMERO: 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 Política), 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, 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 que prevé: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal los jueces prefieren la primera”.

SEGUNDO: El control constitucional, es el marco general del tema de materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas Control Difuso y Control

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

Concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente.

TERCERO: Los jueces deben tener presente que las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción, como lo ordeno el artículo 109 de la Constitución Política, asimismo, que se encuentra reconocido el derecho fundamental de igualdad ante la ley, y que corresponde a los jueces cautelar la seguridad jurídica; en ese sentido, 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 parámetros de compatibilidad constitucional y, debe ser un recurso residual.

CUARTO: En ese orden de ideas, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualesquiera clase de procesos o especialidad, encuentre que hay incompatibilidad en su interpretación, de un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con arreglo al primero, en cuyo caso las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. La precitada norma debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VI, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

judicial de constitucionalidad llamado también control difuso ⁴y que contiene el siguiente enunciado: *“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”*.

QUINTO: Asimismo, esta Sala Suprema con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N° 1618-2016-Lima Norte**, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituye doctrina jurisprudencial vinculante; en el cual se precisó que: “2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar a la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando a la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos”. Y en el fundamento 2.5 ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: “i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, (...) iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva distinguiendo entre disposición y norma; (...) iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en conteo que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificado los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, en el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el

⁴ Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...). Reglas que, en el presente caso, son valoradas por la Segunda Sala Penal de Reos Libres de Corte Superior de Justicia de Lima Norte en la sentencia elevada en consulta.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

SEXTO: La sentencia conformada expedida por la Segunda Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fecha veintisiete de junio de dos mil dieciocho, a fojas ciento veintiuno, ha sido elevado en consulta por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, que cotejándolo con el caso concreto, prevé la exclusión de la disminución de la pena en merito a la atenuante cualificada de la responsabilidad restringida a la atención a la edad, expresamente en los delitos de robo agravado y otros.

Así, la norma inaplicada en la que a continuación señala:

- **Artículo 22 del Código Penal:** “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción (...) **Está excluido el agente integrante de una organización criminal en que haya incurrido en delito de (...) robo agravado (...)**”⁵.

5 Artículo vigente a partir de la modificación del artículo anterior por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 11B1, publicado el 27 de julio de 2015, en el Diario Oficial "El Peruano".

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

SÉTIMO: Siguiendo los parámetros jurisprudenciales vinculantes de la Consulta N° 1618-2016 contenidos en el considerando segundo, debemos emprender el examen de la norma inaplicable en el análisis de **presunción de constitucionalidad**, validez y legitimidad; respecto a esto, diremos que se trata de una norma que integra el cuerpo normativo penal –sin vicios de legalidad en su proceso de promulgación – publicada en el diario oficial “El Peruano” el veintisiete de julio de dos mil quince, superando en ese sentido, el control de producción normativa conforme el procedimiento constitucional del artículo 108, por ende las normas se encuentran vigente y son de carácter obligatorio conforme a la norma constitucional del artículo 109.

OCTAVO: La norma en mención, político- criminalmente está orientada a reforzar el tratamiento penal en delitos que, en un análisis sistemático del Código Penal, una mayor gravedad en función del bien jurídico afectado y de la pena, en correspondencia con la escala de valores del legislador peruano. Es por ello, en un afán de prevención general negativa, elevando el recurso penal intimidatorio del estado a fin de disuadir a la comunidad de la comisión futura de esta clase de delitos; e incluso de retribución, pues al impedir la disminución de la pena en los delitos comprendidos en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal (entre ellos el robo agravado, sancionado en el artículo 189 del mismo cuerpo legislativo), se está ante la dureza de la sanción penal traducida en la determinación concreta de la pena, es decir, si bien no se está aumentando la pena conminada; no obstante, en el marco penal concreto, se está impidiendo la reducción de la pena en el caso concreto por aplicación de la responsabilidad restringida, en merito a determinados, entre ellas a la del robo agravado. Es así que, en el caso seguido contra el imputado Juan Jair Vílchez de la Cruz, el colegiado penal a dispuesto la disminución de la pena por responsabilidad restringida en la que se encontraba el mencionado, ya que en el momento de la comisión del

CONSULTA
EXPEDIENTE N°28284-2018
LIMA NORTE

delito de robo agravado tenía veinte años de edad, como se puede colegir a partir de la revisión de la ficha RENIEC obrante a fojas diecisiete; eso quiere decir, que se a inaplicado, a través del control difuso, el párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, que incluye en los casos de delito de robo agravado y otros, la aplicación de la atenuante privilegiada de responsabilidad restringida, para privilegiar el derecho – principio de la **igualdad** del condenado, en tanto se sostuvo una diferenciación discriminatoria e injustificada; estableciendo así que se ha superado el **examen de relevancia** de la norma inaplicada por la Sala Penal.

PRINCIPIO- DERECHO A LA IGUALDAD

NOVENO: Este principio – derecho a la igualdad se encuentra positivizado en el número 2 del artículo 1° de la Constitución Política del Estado : “Toda persona tiene derecho a : (...) 2. 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”. Analizando este dispositivo constitucional, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) la noción de la igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona. Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”⁶.

DÉCIMO: Ahora bien, es preciso a continuación efectuar una interpretación de la norma inaplicada. El párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, pertenece al sistema normativo penal de nuestro ordenamiento jurídico, advirtiéndose específicamente que está destinada a limitar la aplicación de los efectos jurídicos en la pena concreta producto de la atenuante privilegiada de la responsabilidad restringida, únicamente a determinados delitos, diferenciando el tratamiento en la determinación de la pena únicamente en razón de un endurecimiento del aparato criminal para reforzar la prevención y – sobre todo- sanción de los hechos punibles, en otras palabras, por cuestiones político-criminales. Por lo que, para el caso objeto de consulta, por tratarse de un delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, se advierte que la norma inaplicada impediría la reducción de la pena del condenado Juan Jair Vílchez de la Cruz, en atención a que, a la fecha de comisión del acto delictivo del nueve de setiembre de dos mil quince, tenía veinte años de edad; nuevamente, producto de una diferenciación en merito a un endurecimiento del sistema penal.

DÉCIMO PRIMERO: Seguidamente, corresponde someter la inaplicación de la norma en cuestión a un **test de proporcionalidad**, consistente en el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a efectos de determinar la norma que prevalecerá, es decir, la norma legal establecida en el párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, que prevé la imposibilidad de disminuir la pena concreta en base a la responsabilidad restringida por la edad del agente o; el inciso 2 artículo 2 de

6 " Sentencia del Tribunal Constitucional N 18-2003-PI/TC, punto denominado "La igualdad ante la Ley y el concepto de diferenciación".

CONSULTA
EXPEDIENTE N°28284-2018
LIMA NORTE

la Constitución Política del Perú, que reconoce el derecho a la igualdad ante la ley. En ese sentido, al efectuarse el **examen de idoneidad** del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, se advierte que su aplicación no resulta idónea para salvaguardar el principio- derecho a la igualdad, ya que es evidente que en dicha norma se trasluce un trato legal diferenciado en virtud de la clase de delito que ha cometido el agente, impidiendo que los jueces penales al momento de determinar la pena concreta como consecuencia del actuar delictivo, la disminuyan prudencialmente en mérito a la edad comprendida entre los dieciocho a veintiún años, y de los sesenta y cinco a más, configurando la eximente imperfecta de responsabilidad restringida. Debemos indicar que, el tratamiento legal diferenciado para que revista conformidad constitucional debe superar un examen de razonabilidad, que determine que la razón de ser la norma en nuestro ordenamiento jurídico es válida y justificada, o, como la doctrina lo señala: “que la norma no sea absurda, injustificada, arbitraria o falta de realismo”⁷.

DÉCIMO SEGUNDO: Para el caso concreto, se advierte que el imputado Juan Jair Vílchez de la Cruz tenía al momento de cometer el delito de robo agravado, la edad de veinte años, como se ha podido corroborar de la ficha RENIEC obrante a fojas diecisiete, por lo cual, nos regiremos al análisis de idoneidad y razonabilidad de la norma in comento respecto a dicha circunstancia etaria que, al margen del tipo del delito cometido, configura per se la responsabilidad restringida, prevista en el artículo 22 del Código Penal. A tales efectos, no es plausible analizar la atenuante privilegiada sin pasar por alto la naturaleza que guarda, esto quiere decir, sin analizarlo dentro de su naturaleza penal, más específicamente, dentro de la teoría del delito. Es a partir de ello que decimos que la responsabilidad restringida tendrá

⁷ DÍEZ PICAZO, LUIS: Sistema de Derechos Fundamentales, Madrid, 2013, pp. 187 188.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

connotación y relevancia dentro de la categoría de la culpabilidad, entendida como el juicio de reproche que hace el Estado al autor de una acción antijurídica tras constatarse su imputabilidad y la exigibilidad de una conducta distinta a la que realizó; eso implica que, el autor ha debido tener una capacidad plena al momento de cometer su actuar delictivo. Desde luego, la edad comprendida entre los dieciocho y veintiún años-como ocurre en el caso concreto con el imputado-, no corresponde a una eximente de responsabilidad penal al no tratarse de una de las causales de inimputabilidad, establecidas en el artículo 20 del Código Penal; sin embargo, claramente se trata de una capacidad penal incompleta, donde el sujeto que infringe la norma penal no ha alcanzado un grado de madurez total para comprender la norma infringida y comportarse de acuerdo a dicha comprensión, tal es así que, es el propio Código Penal, estas vez en el artículo 21 reconoce dicha situación personal del procesado y, exhorta a los jueces a disminuir prudencialmente la pena, mencionada que, "en los casos del artículo 20 (**inimputabilidad**), cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal" (**el resaltado es nuestro**).

DÉCIMO TERCERO: Ahora bien, el párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, prohíbe dicha resolución prudencial de la pena por la edad del agente, en mérito a la entidad y gravedad del delito; esto pese a que responde a razones de endurecimiento del tratamiento penal, y quizá a bien intencionadas estrategias legislativas para disminuir la tasa de criminalidad de estos delitos –entre ellos el de robo agravado–; pero bajo ningún modo aterriza en la capacidad de la persona en comprender su acción delictiva, lo que es razón de ser de la responsabilidad restringida, sino que, se sitúa en la antijuridicidad, importando la transgresión del ordenamiento jurídico penal.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

Por lo tanto, no es idóneo ni razonable configurar excepciones de la aplicación de las consecuencias jurídicas (reducción de la pena) por la responsabilidad restringida, en función de criterios alejados a este elemento de culpabilidad – en mérito a la capacidad y madurez personal del sujeto agente-, más aun cuando contraviene abiertamente el principio- derecho de igualdad ante la ley, no suponiendo razón válida la distinción efectuada por la norma penal, por el contrario, siendo un trato injustificado e inconstitucional. Estos argumentos se condicen con uno pronunciamiento previo por el X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, que trajo consigo el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116, de cuyos fundamentos jurídicos 14 y 15 se desprende lo siguiente : “Luego, si la edad del agente está referida a su capacidad **penal (en mérito a la responsabilidad restringida)**, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería una centrado en la gravedad de ciertos delitos **(comprendidos en el artículo 22 párrafo 2 del Código Penal)**. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerando, mientras que la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente (...). El grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido. La disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo 22 del código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano. Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado (...)”. **(El resaltado es nuestro)**

DÉCIMO CUARTO: Por lo tanto, se advierte que la aplicación de dicha norma contenida en el párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, en

CONSULTA
EXPEDIENTE N°28284-2018
LIMA NORTE

el presente caso, se aleja del fin constitucional que protege el principio-derecho a la igualdad ante la ley, motivo por el cual se concluye que esta norma no logra superar el examen de idoneidad, careciendo de motivo efectuar, prevaleciendo así el principio-derecho a la igualdad (artículo 2, numeral 2, de la Constitución Política del Estado) del condenado Juan Jair Vílchez de la Cruz. Sin perjuicio de ello, es menester señalar y aclarar que en efecto, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, ha emitido la consulta N°1618-2016- Lima Norte, en la que se resolvió desaprobar el control difuso que inaplica la exclusión de la responsabilidad restringida como atenuante privilegiada; no obstante, cabe indicar que, como se mencionó en considerando tercero que, el control difuso es residual y se evaluara caso por caso, además si bien es jurisprudencia vinculante, empero, como lo expresa la parte resolutive de la consulta mencionada, solo lo es el considerando segundo, el cual desarrolla los parámetros de aplicación de control difuso concreto, mas no el razonamiento efectuado en mérito a la responsabilidad restringida.

DÉCIMO QUINTO: Al tenerse que la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, por parte de la Segunda Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, supera el control de constitucionalidad para el caso que ha motivado la consulta, corresponde analizar si la inaplicación de dichas normas superan el control de convencionalidad. De esta manera, al encontrarnos analizando una consulta sobre la exclusión de la disminución de la pena en virtud de la responsabilidad restringida por la edad en delitos de robo agravado, se advierte que el principio- derecho a la igualdad se encuentra protegido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales han sido suscritos y ratificados por el Estado peruano.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

DÉCIMO SEXTO: A continuación, corresponde verificar si en el presente caso la aplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal colisiona con la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1; 2 y 7), la Convención Americana de Derechos Humanos (1 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2; 3; 14 y 26); que reconocen el derecho a la igualdad ante la ley. En ese sentido, analizando si la jurisdicción nacional o internacional ofrece una mayor protección al principio – derecho a la igualdad, se advierte que si bien la jurisdicción internacional generaría una mayor protección de estos derechos, ello no es motivo para que nuestra jurisdicción analice el presente caso en atención a las normas internacionales, con mayor razón si dicho principio- derecho se encuentra protegido por ambas jurisdicciones, advirtiéndose que en el presente caso nuestro ordenamiento jurídico resulta suficiente para salvaguardar el tratamiento legal igualitario que, por derecho, le corresponde al condenado Juan Jair Vílchez de la Cruz; no siendo necesario por lo tanto recurrir a un control de convencionalidad a fin de protegerlo.

DÉCIMO SÉTIMO: Por lo tanto, para efectos del presente caso, la inaplicación de la citada norma supera el control de constitucionalidad y convencionalidad; no existiendo dudas respecto a que el control difuso realizado por la Segunda Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte se encuentra conforme a derecho, **motivo por el cual corresponde aprobar la resolución materia de consulta**, por cuanto la aplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, en el proceso seguido en contra de Juan Jair Vílchez de la Cruz por el delito de robo agravado colisiona con el derecho a la **igualdad ante la ley**.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

V. DECISIÓN:

Por estos fundamentos; **APROBARON** la sentencia conformada de fecha veintisiete de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento veintiuno, expedida por la Segunda Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el proceso seguido contra Juan Jair Vílchez de la Cruz, como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo Agravado en grado de tentativa, en agravio de Verónica Rosario Gonzales Chávez; y los devolvieron.

S.S.

PARIONA PASTRANA

ARIAS LAZARTE

RUEDA FERNÁNDEZ

HUERTA HERRERA

Myam/cda

EL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA JUEZ SUPREMA RUEDA FERNÁNDEZ, ES COMO SIGUE:-----

I. VISTOS

1.1. De la resolución materia de la consulta

Es materia de consulta ante esta Sala Suprema, la sentencia contenida en la resolución sin número de fecha veintisiete de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento veintiuno del expediente principal, emitida por la

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

Segunda Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, consultada por haber realizado control difuso inaplicando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Juan Jair Vílchez De la Cruz, como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, imponiéndole la citada Sala Superior al imputado cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años.

1.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta

El Colegiado de la Sala Superior sustenta la inaplicación de la norma penal, refiriendo que contaba con veinte años de edad al momento de la comisión de los hechos, por lo que debe aplicarse a Juan Jair Vílchez De la Cruz la responsabilidad restringida contemplada en el artículo 22 del Código Penal, imponiendo la condena de cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años.

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 de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, 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 la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, imponiendo la pena de cuatro años de pena privativa de la

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, por delito de robo agravado en grado de tentativa.

SEGUNDO: Sobre el control difuso

2.1. Es importante reiterar lo señalado por esta Sala Suprema en sentencia de doctrina jurisprudencial vinculante⁸, que, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, **prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía⁹, debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, estando habilitados por mandato constitucional para tales fines, a ejercer la revisión judicial de las leyes**, esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, 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 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**

⁸ Consulta N° 1618-2016 / Lima Norte, fecha dieciséis de agosto del año dos mil dieciséis.

⁹ Reconocida en el artículo 51 de la Constitución.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

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 a parámetros de compatibilidad constitucional y sólo 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 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. 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 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***¹⁰.

¹⁰ "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**

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

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 en la Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte, 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; 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 exigencia¹¹.

abstractamente la validez constitucional de las leyes". Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2 008-AA, fundamento 19 (el subrayado es nuestro).

¹¹ 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, 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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

TERCERO: Aplicación de reglas para el control difuso

3.1. La sentencia consultada impone la pena reducida de cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva, suspendida en su ejecución por el plazo 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 delito de robo agravado.

3.2. Por lo que se **inicia con la regla de presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la norma legal inaplicada**, norma que integra el cuerpo normativo del Código Penal, y promulgado conforme a la Constitución superando el control de producción normativa¹², por ende, es una norma legal válida y vigente que además goza de obligatoriedad conforme a la norma constitucional del artículo 109 de la Constitución.

3.3. Continuando con el examen de vinculación de la norma con el caso concreto (juicio de relevancia), se tiene que el artículo 22 en el texto vigente al momento de los hechos, contiene varias normas sobre imputabilidad restringida, de las cuales una se relaciona con el caso concreto, *la que excluye a los agentes mayores de dieciocho y menores de veintiún años, de la reducción de la pena cuando hubieren cometido el delito*

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).

¹² Promulgado por Decreto Legislativo N° 635, publicado 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.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

de robo agravado; norma que se vincula en forma directa e indisoluble con la determinación de la pena para el procesado Juan Jair Vílchez De la Cruz, que en sentencia ha sido encontrado responsable como autor del delito contra el patrimonio- robo agravado en grado de tentativa, cometido cuando tenía veinte 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 en compatibilidad con la Constitución, se observa que la disposición legal contiene varias normas referidas a la imputabilidad restringida:

3.4.1. 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 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.**

3.4.2. 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 robo agravado.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

3.4.3. La disposición legal materia de interpretación, se vincula con los principios generales del Código Penal, que en el artículo II del Título Preliminar prevé que ***nadie será sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas 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 que 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 citado Código 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

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: "*Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley*".

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

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.

3.4.4. 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.**

3.4.5. 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 robo agravado (con imputabilidad restringida), de la posibilidad de reducción de la pena, vulnerando supuestamente su dignidad, el cual se vincula al derecho a la igualdad.

3.4.6. 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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

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 discriminación¹⁵; 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 ley¹⁶.

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 sí misma de la dignidad humana*); la segunda, **igualdad ante la ley** que deriva la concepción de igualdad como prohibición de trato arbitrario (sustenta que la ley se aplica igual a todos los individuos).

La interpretación vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷, 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

¹⁵ El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos refiere que: “*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*”. Asimismo, el artículo 7 de la citada declaración sostiene que: “*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*”.

¹⁶ El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “*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*”. Además, el artículo 24 de dicha convención regula que: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

¹⁷ Interpretación vinculante conforme a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafo cincuenta y seis y cincuenta y siete).

3.4.7. En ese sentido, 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.**

En consecuencia, el derecho del agente a la igualdad ante la ley, reconocido en el numeral 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.**

3.4.8. Exigencias que no 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 hubieran

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

cometido **delitos graves** y pluriofensivos, los mantienen 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.

3.4.9. Concluyendo, que estamos ante un tratamiento jurídico desigual legítimamente establecido¹⁸, 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 jurídico¹⁹, manteniendo la norma la presunción de constitucionalidad en abstracto.

CUARTO: Control de Constitucionalidad en el caso concreto

¹⁸ 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.

¹⁹ Conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-4/84 de fecha diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, 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, p. 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
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

4.1. En el caso de autos, la sentencia consultada condena al acusado por delito de robo agravado previsto en los artículos 188 y 189 del Código Penal.

4.2. Al respecto, se puntualiza que el objeto de consulta es la inaplicación de la norma (segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal) que excluye al sentenciado de la reducción de la pena por imputabilidad restringida. Los fundamentos de la sentencia recurrida sobre el asunto se encuentran en el considerando sexto de la misma, sustentándose principalmente, en la **edad del acusado** al momento de los hechos, esto es, veinte años, y que es agente primario, colisionando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal con la norma constitucional, que de aplicarse sería un **trato diferenciado a las personas en función al delito que cometen**, situación que nuestra Carta Magna no permite, concluyendo en general que la limitación impuesta vulnera el principio de igualdad ante la ley.

4.3. Para determinar si la norma legal referida, vulnera el derecho constitucional del acusado, corresponde emplear la técnica de ponderación que se materializa a través del **test de proporcionalidad** como canon argumentativo que sirve para solucionar conflictos de derechos, siendo el objeto del indicado test: *“el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso en particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado”*²⁰, en la aplicación del test se realizará atendiendo a sus **tres fases** delimitadas por: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el

²⁰ Grandez Castro, Pedro, “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”, Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Palestra, Lima 2010, *Página 347*

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

examen de proporcionalidad en sentido estricto²¹, las que por cierto son excluyentes en el sentido que si no supera una de las fases la norma resulta inconstitucional y ya no es necesario proceder con las fases subsiguientes:

4.4. En primer orden, a través del **examen de idoneidad**, se evalúa el medio empleado por el legislador, para la consecución del fin constitucional; es decir se analiza si la medida resulta adecuada para la consecución de la finalidad constitucional, constituyendo una observación “**medio-fin**”.

La norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal contiene la medida de intervención, proscribiendo la no reducción de la pena por responsabilidad restringida cuando se trate de delitos graves como es el caso de robo agravado. La finalidad perseguida es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, derecho fundamental previsto en el artículo 139 numeral 22 de la Constitución.

Si bien en la sentencia consultada se ha sustentado el control difuso en la afectación al principio de igualdad, consideramos que ello no es correcto, como se tiene explicado en el considerando tercero de la presente resolución, máxime en el caso concreto no se ha establecido un tratamiento diferenciado injustificado; no obstante, sí se advierte vulneración al derecho constitucional a la resocialización y reeducación por el periodo estrictamente necesario.

²¹ “El primer sub-principio exige una adecuación de los medios a los fines, es decir, que los medios empleados resulten aptos para lograr la finalidad legítima perseguida. El sub- principio de necesidad examina que el medio empleado sea el menos restrictivo sobre el derecho fundamental en juego. Por último, mediante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se suele realizar una ponderación entre los principios jurídicos, aunque esto se traduce en un examen entre las neveras y los sacrificios de la medida” En SAPAG, Mariano. “El Principio de Proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al Poder del Estado: un estudio comparado”. Revista DIKAION N° 17- Diciembre 2008. Universidad de la Sabana. Bogotá, Pp. 172

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

De acuerdo a los hechos determinados por las instancias de mérito, el nueve de setiembre del dos mil quince el acusado intentó arrebatar, en circunstancias en que la agraviada estaba en el interior de la panadería, su cartera de forma violenta, siendo detenido con posterioridad.

4.5 Sin sustituirnos en el Juez de instancia y en mérito a los elementos fácticos de la sentencia, se desprende que en función a la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal y a sus veinte (20) años de edad, se impuso al acusado cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años.

En ese orden, se advierte que la inaplicación de la medida de intervención, ha sido sustentada en la sentencia consultada para reducir la pena de doce a cuatro años suspendida, el cual no sólo tiene por sustento la edad, sino esencialmente que es agente primario, ameritando una pena menor, conllevando que en el caso específico del procesado Juan Jair Vílchez De la Cruz, la medida de intervención legislativa vulnera el derecho constitucional a la rehabilitación y reeducación dentro del plazo en estricto necesario, así como también a su libertad personal, pues al no permitir que esta persona acceda a la reducción de su pena ocasiona que esta se prolongue innecesariamente y para fines no constitucionales, transcurriendo más años sometido a la pena privativa de la libertad.

Como se tiene señalado, la finalidad de la pena involucra la resocialización y reducción del penado por el término o tiempo estrictamente necesario, pues aquel que se prolonga más allá de lo requerido no sólo vulnera el derecho constitucional anotado, sino también el derecho fundamental a la libertad, pues estarían privados de ella por razones carentes de justificación.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°28284-2018
LIMA NORTE

4.6. En tal contexto, la no reducción de la pena por responsabilidad restringida, contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, no resulta en **este caso concreto idónea**, ya que la norma limita el derecho de libertad personal del condenado, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso; concluyéndose que el medio empleado por el legislador (materializado a través del segundo párrafo del artículo 22 precitado), en el caso concreto, **no guarda una causalidad razonable**, estando más bien alejado del fin constitucional que persigue, en razón a que termina afectando derechos vinculados a la institución que debería tender a proteger, como lo son la rehabilitación y resocialización del penado en el tiempo estrictamente necesario, por lo que no supera el examen de idoneidad, deviniendo en inaplicable al caso concreto; careciendo de objeto el examen de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

4.7. Por lo expuesto, atendiendo a que en la pena impuesta ha prevalecido los derechos del acusado a pasar el tiempo estrictamente necesario para su rehabilitación y reeducación, así como su derecho a la libertad personal, corresponde aprobar el control difuso efectuado en la sentencia consultada.

III.- DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **MI VOTO** es porque **SE APRUEBE** la sentencia contenida en la resolución sin número de fecha veintisiete de junio de dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento veintiuno del expediente principal, emitida por la **Segunda Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte**, consultada por haber realizado control difuso inaplicando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Juan Jair Vélchez De la Cruz, (como autor) por

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

el delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa en agravio de Verónica Rosario Gonzales Chávez; y se devuelva.

Jueza Suprema: Rueda Fernández.-

S.S.

RUEDA FERNÁNDEZ

Eae/Mvm

EL VOTO EN MINORIA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS TOLEDO TORIBIO Y BUSTAMANTE ZEGARRA ES COMO SIGUE.-----

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia conformada, de fecha veintisiete de junio del dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento veintiuno, en cuanto inaplicó la prohibición de responsabilidad restringida contemplada en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal respecto al imputado Juan Jair Vílchez De la Cruz, por contravención al principio de igualdad, consagrado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

SEGUNDO: El control difuso previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consiste en la atribución jurisdiccional de inaplicar -al caso que el Juez viene conociendo- una norma legal o infralegal por apreciarla incompatible con la Constitución. El control difuso tiene carácter incidental, en tanto que se da al interior de un proceso, y es concreto o relacional, ya que en su ejercicio no se analiza la norma reputada inconstitucional en abstracto, sino con ocasión de su aplicación a un caso en particular. Por ello también, los efectos del control difuso son *inter partes* y no *erga omnes*, esto es, su alcance está circunscrito a los que participan en la controversia.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

TERCERO: En el presente caso, la Sala Penal de Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, condenó a Juan Jair Vílchez De la Cruz como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, previsto en el artículo 188 del Código Penal, concordante con el inciso 2 del artículo 189 y artículo 16 del mismo cuerpo normativo, en agravio de Verónica Rosario Gonzáles Chávez; en consecuencia, le impusieron cuatros años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución.

CUARTO: En este contexto, la sentencia citada, ha declarado a Juan Jair Vílchez de la Cruz como autor del delito imputado antes mencionado; no obstante, de conformidad con el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, la Sala Superior evaluando en atención a las circunstancias del caso en concreto y atendiendo a la naturaleza de la acción, a los medios empleados, circunstancias en que ocurrieron los hechos imputados y a la participación de los acusados, considera que debe rebajarse prudencialmente la pena, por cuanto a la fecha de los hechos contaba con veinte años de edad, debiendo reducirse la pena por tal beneficio; al considerar que la limitación impuesta vulnera el principio de relevancia constitucional de igualdad ante la ley, por lo cual encuentra justificado el control difuso del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, el mismo que fue inaplicado por el Colegiado Superior que elevó en consulta.

QUINTO: Para un mejor análisis del tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable en torno a la responsabilidad restringida de personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad. En principio, el artículo 22 de Código Penal promulgado por Decreto Legislativo N° 635 de acuerdo con su texto original previó que cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción, se podía reducir prudencialmente la pena señalada en la ley, para el hecho cometido. Sin embargo éste artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, posteriormente por el artículo 1 de la Ley N° 29439, publicada el diecinueve noviembre del dos mil nueve, de igual modo por la Ley N° 30076, publicada el diecinueve de agosto del dos mil trece, la misma que introdujo la situación agravante del segundo párrafo por el que queda excluido de la responsabilidad restringida el agente 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, etc.

SEXTO: La norma que modificó el artículo 22 del Código Penal, no puede interpretarse como inconstitucional, pues como se tiene expuesto, dicho precepto no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que la responsabilidad restringida por razón de edad, prevista para personas que tengan más de dieciocho y menos de veintiún años, no es aplicable en determinados delitos, debido a la extrema gravedad del ilícito penal, o la naturaleza del bien jurídico que protegen, por lo que no es de aplicación la atenuación de la responsabilidad penal.

SÉPTIMO: La modificación introducida por la Ley N° 30076 (vigente al momento de los hechos) tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal y, por tanto, no puede colisionar con el derecho de igualdad

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

ante la ley previsto en el artículo 2 inciso 2²² de la Constitución Política del Estado; puesto que, si bien por el principio de igualdad se asegura la plena identidad de los ciudadanos ante la ley, de tal modo que nadie puede ser discriminado por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica u otra razón de cualquier índole, tal igualdad debe ser entendida entre los iguales.

OCTAVO: En tal sentido, al establecer la ley un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la responsabilidad restringida, no se afecta el principio de igualdad previsto en la Constitución, pues debido a la gravedad de los hechos y naturaleza del ilícito penal, la ley penal puede imponer un tratamiento diferenciado, es por ésta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos y la naturaleza del bien jurídico protegido; por ésta misma razón resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución Política del Estado que la ley defina que en determinados delitos no opera la atenuación de la responsabilidad penal por motivo de la edad del agente, razonamiento similar al que se arribó en la consulta del Expediente N° 1618-2016-Lima Norte, la misma que fue emitida por esta Sala Suprema y que constituye doctrina jurisprudencial vinculante.

Por estos fundamentos, **NUESTRO VOTO** es porque **SE DESAPRUEBE** la sentencia conformada, de fecha veintisiete de junio del dos mil dieciocho, obrante a fojas ciento veintiuno, en cuanto inaplicó la prohibición de responsabilidad restringida contemplada en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal respecto al imputado Juan Jair Vílchez De la Cruz, por

²² Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 2. 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.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 28284-2018
LIMA NORTE

contravención al principio de igualdad, consagrado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado; en lo seguidos contra Juan Jair Vílchez De la Cruz en agravio de Verónica Rosario Gonzáles Chávez, sobre el delito de robo agravado en grado de tentativa; y los devolvieron.

Interviene el Señor Juez Supremo Ponente: Toledo Toribio.

S.S.

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Bjasm/Foms.