

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

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

Lima, diez de junio
de dos mil veintidós

I. VISTA: la causa en discordia; con los señores Jueces Supremos Pariona Pastrana, Arias Lazarte, Rueda Fernández, Toledo Toribio, Quispe Salsavilca, Yaya Zumaeta, Cárdenas Salcedo, Yalan Leal, Huerta Herrera y Bustamante Zegarra; **adhiriéndose** el señor Juez Supremo Quispe Salsavilca al voto de los señores Jueces Supremos Pariona Pastrana, Rueda Fernández y Yalan Leal, obrante de fojas ciento veinticinco a ciento treinta y cinco y a fojas ciento cincuenta y seis del cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema; se emite la presente sentencia:

I.1 De la resolución materia de la consulta.

Es materia de consulta ante esta Sala Suprema, la sentencia contenida en la resolución número doce de fecha veintiocho de setiembre de dos mil dieciocho, obrante a fojas sesenta del expediente principal, emitida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones-en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, elevada en consulta por haber realizado control difuso inaplicando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Brandon Luigui Bernedo Tinoco, como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, que revocó la pena impuesta (por mayoría), ascendente a treinta años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva, y reformándola, impusieron al sentenciado dieciocho años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva.

I.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta

El Colegiado de la Sala Penal Liquidadora sustenta la inaplicación de la norma penal, refiriendo que el procesado al tiempo suscitados los hechos recién había superado la minoría de edad cuya inmadurez propia de la

**CONSULTA
EXP. N°11249-2019
AREQUIPA**

juventud era aún intensa, por lo que debe aplicársele la responsabilidad restringida contemplada en el artículo 22 del Código Penal.

II.- CONSIDERANDO

PRIMERO: Delimitación del objeto de pronunciamiento

Es objeto de pronunciamiento la sentencia penal que vía control difuso, ha inaplicado la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, revocando la pena ascendente a treinta años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva, y reformándola, impuso al sentenciado dieciocho años de pena privativa de libertad con carácter de efectiva, por delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad previsto en el numeral 2 del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal, que prevé una pena legal no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad, sosteniendo su decisión en la vulneración del principio de igualdad; sentencia elevada en consulta, conforme a la norma del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEGUNDO: Sobre el control difuso

2.1. Es importante ratificar lo señalado por esta Sala Suprema en la sentencia de doctrina jurisprudencial vinculante¹, de la prevalencia de la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía², debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, estando habilitados por mandato constitucional **para tales fines** a ejercer el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, y al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

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

² Reconocida en el artículo 51 de la Constitución.

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

2.2. Asimismo, reiterar que **las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias** como lo ordena nuestra Constitución Política en el artículo 109, incumbiendo a los jueces preservar la seguridad jurídica; resultando en ese contexto muy gravoso el control difuso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que normas jurídicas que son obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, sean inaplicadas en algunos casos particulares en razón de las circunstancias específicas en que se acredita que la aplicación de la norma vulnera derechos fundamentales (quien enjuicie una norma debe probarlo); por lo que, el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme a los parámetros de compatibilidad constitucional y solo para los fines constitucionales.

2.2.1. 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; no estando permitido un control en abstracto de las leyes, el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto *erga omnes*, sobre el control

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

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

difuso, **que está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes**³.

2.3. Teniendo establecido la doctrina jurisprudencial en la Consulta N° 1618-2016-Lima Norte, pautas sobre el ejercicio del control difuso, en compatibilidad con el ordenamiento constitucional y que facilitan la labor del juez:

- a) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales.*
- b) Realizar un juicio de relevancia de la norma.*
- c) Agotar la interpretación de la norma conforme a la Constitución.*
- d) En caso de no encontrar una interpretación constitucional de la norma, proceder al control difuso identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia*⁴.

³ "El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también se establece como límite a su ejercicio, puesto que, como antes se ha recordado, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes". Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2008-AA, fundamento 19 (el subrayado es nuestro).

⁴ Consulta N° 1618-2016 / Lima Norte: *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 indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo. *iv.* En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que **es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención**, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

TERCERO: Aplicación de reglas para el control difuso

3.1. La sentencia consultada revocó la pena impuesta (por mayoría) ascendente a treinta años de pena privativa de libertad, y reformándola, impusieron al sentenciado dieciocho años de pena privativa de libertad por el delito de violación sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, al haber inaplicado 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 anotado.

3.2. Al respecto es necesario reiterar lo señalado en la citada doctrina jurisprudencial, de que la norma inaplicada no ha sido objeto de proceso ni sentencia de inconstitucionalidad, manteniendo la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad, es una norma legal válida y vigente que además goza de obligatoriedad conforme a la norma constitucional del artículo 109 de la Constitución Política del Perú.

3.3. Continuando con el análisis se determina la vinculación de la norma con el caso concreto superando el juicio de relevancia, en tanto el artículo 22 del Código Penal 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 años y menor de veintiún años, de la reducción de la pena cuando hubieren cometido el delito de libertad sexual en su modalidad de violación sexual de menor de edad; norma que se vincula en forma directa e indisoluble con la determinación de la pena para el procesado Brandon Luigui Bernedo Tinoco,* que en sentencia ha sido encontrado responsable como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, cometido cuando había cumplido recién dieciocho 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.

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

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

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, cuyo análisis ha sido desarrollado del considerando tres punto cuatro (3.4) al considerando tres punto ocho punto dos (3.8.2) de la sentencia de doctrina jurisprudencial⁵, determinando que las normas prevén la posibilidad de reducción de la pena para agentes menores de veintiún (21) años y mayores de sesenta y cinco (65) años (en este punto anotamos que no significa que la edad sea la razón suficiente ni el único supuesto habilitante, sino aquellas circunstancias concomitantes a ella que en casos particulares justifiquen la reducción de la pena), creando supuestos

⁵ Consulta N° 1618-2016 / Lima Norte: "3.4.1. (...) 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. 3.5 (...) reafirmando como principio la vinculación a la pena legal prevista en el ordenamiento jurídico y producida conforme al procedimiento constitucional, conteniendo el Código Penal las penas mínimas y máximas para cada hecho punible. Asimismo, se vincula con la norma del artículo V 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 graduación. Las normas del artículo 22 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 al crear una posibilidad para algunos agentes con imputabilidad restringida, supuesto normativo que se vincula y sustenta en los fines de la pena. (...), a todos los agentes con imputabilidad restringida no se les podrá reducir la pena, ello dependerá de las particularidades del agente y del caso, evaluadas y motivadas en la decisión del juez. 3.6. En efecto, 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) respecto al tratamiento diferenciado entre agentes con imputabilidad restringida indistintamente del ilícito cometido, en que la reducción es una posibilidad; d) por la exclusión de los reincidentes, de los integrantes de organización criminal y de los agentes de delitos graves y pluriofensivos, a la posibilidad de reducción de la pena legal. (...). 3.8. (...) 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. La norma del artículo 22 del Código Penal cumple dichas exigencias al establecer (...). En este último supuesto, la norma guarda concordancia con el principio de vinculación a la pena legal previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, con la norma del artículo VII que establece que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor, con el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo VIII 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 sociedad, 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 resocializadora, 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 a la propiedad, derecho a la integridad, dignidad y seguridad de la persona agraviada, 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 pluriofensivos. 3.8.2. Concluyendo, que estamos ante un tratamiento jurídico desigual legítimamente establecido, 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 jurídico manteniendo la norma la presunción de constitucionalidad en abstracto.

CONSULTA
EXP. N°11249-2019
AREQUIPA

de excepción al tratamiento general de vinculación a la pena legal; que esta reducción no es automática sino una posibilidad que requiere ser fundamentada en la resolución judicial según cada caso; en cuanto a la prohibición de aplicación de la reducción de la pena por imputabilidad restringida para autores de determinados delitos graves y pluriofensivos, se trata de un tratamiento jurídico desigual justificado en forma objetiva, razonable y legítimamente establecido, compatible con los fines constitucionales de la pena de reeducación, rehabilitación, reinserción del penado a la sociedad, requiriendo en los casos señalados en el segundo párrafo de la norma que la pena concreta (al igual que la generalidad de casos que no cuentan con imputabilidad restringida), se determine dentro de los límites legales; no evidenciando ningún supuesto de inconstitucionalidad normativa.

3.5 Insistiendo en la interpretación vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶, que 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).

El tratamiento diferenciado en relación a la imputabilidad restringida, justificada en el tipo del ilícito penal cometido por el agente, comprendiendo delitos considerados de gravedad y pluriofensivos, como el caso del delito contra la libertad sexual en modalidad de violación sexual de menor de edad, cuenta con justificación objetiva y razonable adoptada por muchos Estados Constitucionales y Democráticos como el nuestro, diferenciando el tratamiento jurídico para los agentes, regulando supuestos que permiten reducir, sumar penas, o al contrario lo prohíben, dependiendo de las características, mayor o menor lesividad del ilícito cometido, atendiendo a la

⁶ Interpretación vinculante conforme a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución.

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

función preventiva y al principio de legalidad, lo cual no impide que los jueces al momento de determinar la pena concreta lo realicen conforme a los principios antes señalados y a los principios de culpabilidad, lesividad, humanidad, proporcionalidad; por lo que no estamos ante un supuesto de desigualdad de trato en razón de fines arbitrarios, ni vulneratorios de la dignidad humana, sino en base a justificaciones objetivas y razonables acogidos por el legislador; además como se tiene señalado, la norma legal mantiene la presunción de validez y constitucionalidad al no haber sido sancionada en control concentrado en proceso de acción de inconstitucionalidad; situación distinta que en un caso específico y conforme a la norma del segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú, el juez en control concreto y por las particularidades del caso sujeto a decisión judicial, encuentre incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, haciendo prevalecer la primera.

Concluyendo que no se evidencia inconstitucionalidad ni afectación al derecho fundamental a la igualdad; que la restricción contemplada en la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas⁷; por el contrario parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes que inciden en la gravedad, lesividad y el carácter pluriofensivo del ilícito penal, conectando con la finalidad constitucional de la pena, restricción compatible con la dignidad humana y el objetivo de resocializar, rehabilitar y reinsertar al penado a la sociedad, por el tiempo de la pena legal considerada por el legislador democrático, óptima y necesaria para tales delitos para su resocialización.

⁷ 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.

CONSULTA
EXP. N°11249-2019
AREQUIPA

Es pertinente anotar en este punto, que los cuestionamientos a las elevadas penas fijadas por el legislador para ciertos delitos, constituyen enjuiciamientos no vinculados a la norma denunciada del artículo 22, sino a la pena legal prevista en cada tipo penal, los que no son materia de consulta ni de control difuso; además que las alegaciones de penas excesivamente severas o elevadas, no constituye un argumento constitucionalmente válido para pretender inaplicar la reducción por imputabilidad restringida para casos que no se encuentran dentro de los supuestos ni de la finalidad de la norma.

CUARTO: Control de Constitucionalidad en el caso concreto

4.1. En el caso de autos, la sentencia consultada condena al acusado por delito contra la libertad sexual en su modalidad de violación sexual de menor de edad, previsto en el inciso 2) del primer párrafo del artículo 173 del Código Penal.

4.2. Al respecto, se puntualiza que el objeto de la consulta es la inaplicación de la norma (segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal) 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 a partir del considerando octavo hasta el décimo tercero de la misma, sustentándose principalmente, en la edad del acusado al momento de los hechos, esto es, haber cumplido recién dieciocho años, y que el artículo 2 numeral 2 de la Constitución prohíbe la discriminación de cualquier índole, 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

**CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA**

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”*⁸, la aplicación del test se realizará atendiendo a sus **tres fases** delimitadas por: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto⁹, 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 del delito contra la libertad sexual en su modalidad de violación sexual de menor de edad. 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 Política del Perú.

Si bien en la sentencia consultada se ha sustentado el control difuso en la afectación al derecho a la igualdad, consideramos que ello no es correcto, como se tiene explicado en el considerando octavo de la citada resolución,

⁸ 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*

⁹ “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 DIKAIION N° 17- Diciembre 2008. Universidad de la Sabana. Bogotá, Pp. 172

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

que 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.

De acuerdo a los hechos determinados por las instancias de mérito, desde el mes de marzo de dos mil dieciséis el imputado ha abusado sexualmente de la menor agraviada en unas cinco o seis oportunidades, todas ellas en horas de la noche y en la habitación de la menor, la primera vez ocurrió como a mediados del mes de marzo del año dos mil dieciséis, y la última vez ocurrió el viernes doce de agosto de dos mil dieciséis, también en horas de la noche.

4.5 Sin sustituirnos en el juez de instancia y en mérito a los elementos fácticos de la sentencia, se desprende que en el proceso se le aplicó los beneficios de la conclusión anticipada en razón de la aceptación de los cargos, se redujo la pena de treinta a dieciocho años de pena privativa de libertad con carácter efectiva, en función a la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, debido a que el acusado recién había superado la minoría de edad.

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 treinta años, interesando para efectos de la consulta el supuesto de imputabilidad restringida, el cual no solo tiene por sustento la edad, sino esencialmente la violación del derecho a la igualdad, ameritando una pena menor, conllevando que en el caso específico del procesado Brandon Luigui Bernedo Tinoco, 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.

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

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

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 la norma antes citada 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, **APROBARON** la sentencia contenida en la resolución número doce, de fecha veintiocho de setiembre de dos mil dieciocho, obrante a fojas sesenta del expediente principal, emitida por la **Cuarta Sala Penal de Apelaciones-en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa**, consultada por haber realizado

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

CONSULTA
EXP. N°11249-2019
AREQUIPA

control difuso inaplicando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Brandon Luigui Bernedo Tinoco, por el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales B de Y.D.T; y, se devuelva. ***Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Rueda Fernández.-***

S.S.

PARIONA PASTRANA

RUEDA FERNÁNDEZ

QUISPE SALSAVILCA

YALÁN LEAL

Nama/ree

El Secretario de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, CERTIFICA: el voto suscrito por los señores Jueces Supremos Pariona Pastrana y Rueda Fernández, dejados oportunamente en relatoría en cumplimiento a lo establecido en el artículo 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el mismo que obra de fojas ciento veinticinco a ciento treinta y cinco del cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema.

EL VOTO EN DISCORDIA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS ARIAS LAZARTE, TOLEDO TORIBIO Y BUSTAMANTE ZEGARRA, ES SIGUE: -----

VISTOS; el expediente principal, acompañado, cuadernillo de casación formado en esta Sala Suprema y, **CONSIDERANDO:**

I. MATERIA DE CONSULTA:

Es materia de consulta la sentencia de vista contenida en la resolución número doce, de fecha veintiocho del setiembre de dos mil dieciocho, expedida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en Adición Sala Penal

**CONSULTA
EXP. N°11249-2019
AREQUIPA**

Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, copiada a fojas doscientos nueve, que revocó la sentencia de primera instancia que condenó a Brandon Luigui Bernedo Tinoco como autor del delito contra la libertad sexual en su figura de violación de la libertad sexual de menor de edad; y, reformándola le redujo la pena a dieciocho (18) años de pena privativa de libertad con carácter efectiva, e **inaplicó el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el principio de igualdad contenido en la Constitución Política del Perú.**

II. ANTECEDENTES PRINCIPALES DEL PROCESO:

2.1. En el proceso penal se emitió la sentencia de primera instancia copiada a fojas veintiuno, condenando a Brandon Luigui Bernedo Tinoco a **treinta (30) años de pena privativa de la libertad efectiva**, como autor del delito de contra la libertad sexual en su figura de violación sexual en agravio de la menor de iniciales B. de Y.D.T, se fijó una reparación civil ascendente a diez mil soles (S/ 10,000) y, demás puntos allí contenidos.

2.2. Impugnada la misma, por sentencia de vista emitida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en Adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, que se halla contenida en la resolución número doce, de fecha veintiocho del setiembre de dos mil dieciocho, copiada a fojas doscientos nueve, se **revocó** la sentencia apelada, que condenó a Brandon Luigui Bernedo Tinoco como autor del delito contra la libertad sexual en su figura de violación sexual en agravio de la menor de iniciales B.D.D.T, **reformándola** le impusieron **dieciocho (18) años de pena privativa de la libertad con el carácter efectiva, además de tratamiento terapéutico, entre otros.**

2.3. En el referido pronunciamiento final, la referida Cuarta Sala Penal invocando el control difuso inaplica la prohibición contenida en el artículo 22, segundo párrafo del Código Penal, impone al procesado **dieciocho (18)**

**CONSULTA
EXP. N°11249-2019
AREQUIPA**

años de pena privativa de la libertad con el carácter efectiva; sosteniendo que dicha norma colisiona con la garantía constitucional de igualdad ante la ley, prevista en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Estado, considerando que el procesado Brandon Luigui Bernedo Tinoco, al momento de la comisión del hecho punible –*ocho de octubre de dos mil doce*- contaba con diecinueve (19) años de edad, en consecuencia, tendría la condición de agente con responsabilidad restringida por la edad que es incompatible con el derecho constitucional a la igualdad; sobre dicha base reduce la pena por responsabilidad restringida, además de evaluar que el procesado aceptó los cargos resultando la pena proporcional con el daño ocasionado. Y atendiendo a criterios de prevención especial, en el presente caso, resulta necesaria la imposición de una pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva de corta duración.

III. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL:

PRIMERO: El control constitucional, es el marco general del tema materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas control difuso y control concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente.

SEGUNDO: El artículo 138 segundo párrafo de la Norma Fundamental, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas. En otras palabras dicho control constituye a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la

**CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA**

compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior; pero además, constituye un mecanismo idóneo de control de excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; de modo tal que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado.

TERCERO: El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualesquiera clase de procesos o especialidad, encuentre que hay incompatibilidad en su interpretación, de un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con arreglo al primero, en cuyo caso las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Norma que debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso¹⁰ y que contiene el siguiente enunciado: *"Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución"*.

CUARTO: Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N.º 1109-200 2-AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil dos, dejó establecido: *"6. (...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no*

¹⁰ ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

*es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes **presupuestos**: a. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. b. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"*¹¹. (palabra y consonantes destacadas que no aparecen en el original). La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una "controversia", concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.¹²

QUINTO: Asimismo, esta Suprema Sala con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N.º 1618-2016-LIMA NORTE**, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituyen **doctrina jurisprudencial vinculante**; en el cual se precisó que: "**2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional,**

¹¹ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N.º 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N.º 28301.

¹² CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre der 2004, p.29.

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

*que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.” Y en el fundamento 2.5., ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: “**i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...).** **ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, (...)** **iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva** distinguiendo entre disposición y norma;(…).** **iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...).” Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en Adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en la sentencia de vista elevada en consulta.***

SEXTO: De otro lado, esta Suprema Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la Consulta N.º 17151-2013 -LIMA cuarto considerando- indicó que: “(...) *la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por ésta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el*

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

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el 'iter legislativo', están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental".

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

SÉTIMO: En el presente caso, es pertinente traer a colación los hechos fijados por la instancia superior penal, así tenemos que la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en Adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa en el considerando (correspondiente al ítem "De la revisión y análisis del caso concreto"), de la sentencia , objeto de consulta, estableció que: "(...), *La menor agraviada de iniciales B.D.D.T, quien cuenta con 13 años de edad, es prima hermana del acusado Brandon Luigui Bernedo Tinoco, siendo que desde el mes de marzo de 2015 Cecilia Leonor Tinoco Choque, madre de la menor agraviada alquilo una habitación a su hermana Delia Tinoco Choque, madre del denunciado, la cual se ubica en el segundo piso en el interior de su vivienda sito en Villa Hermosa H-9 Cerro Juli, distrito de José Luis Bustamante y Rivero, siendo, siendo que el imputado ocupaba una habitación continua a la menor agraviada, que desde el mes de marzo de 2016 el imputado ha abusado sexualmente de la menor agraviada en unas cinco o seis oportunidades, todas ellas en horas de la medianoche, ingresando el denunciado a la habitación de la menor, le tapaba la boca e introducía su pene en la vagina de la menor, abusando de ella, siendo la última vez que ocurrió dicha agresión fue el viernes doce de marzo de 2016, posteriormente a ello, el día 15 de agosto la menor escapo de su vivienda y se fue a la casa de su tía paterna Luz Marina Díaz, donde contó lo ocurrido a su tía paterna July Angélica Díaz Torres, quien enterada de los hechos acudió a la comisaria a denunciar los hechos, siendo que cuando fue sometida a reconocimiento médico se determinó que presenta desfloración*

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

antigua como se tiene del certificado médico legal 020687 de fecha 15 de agosto de 2016”.

OCTAVO: El artículo inaplicado regula el tema sobre la responsabilidad restringida por la edad, cuyo contenido establece:

- Artículo 22 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N.º 30076, aplicable por razón de temporalidad, prescribe 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, 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.” (subrayado agregado)

Observamos que la norma penal citada es expresa al señalar que no resulta aplicable la responsabilidad restringida por la edad cuando se trate de determinados delitos – como la **violación de la libertad sexual**– restricción que se justifica en razón a la protección de bienes jurídicos especiales como la indemnidad sexual, o por la extrema gravedad que configura el ilícito penal.

NOVENO: En el presente caso, la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en Adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, señala en el folio doscientos treinta y tres y doscientos treinta y cuatro del fallo superior

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

que a la fecha de comisión de los hechos (doce de octubre del año dos mil dieciséis), contaba con diecinueve años de edad, siendo, por ende, un agente de responsabilidad restringida; asimismo, la Sala Superior determinó que *corresponde efectuar una reducción de la pena a dieciocho años*. Igualmente, el Colegiado Superior señaló: *“con relación al caso concreto, tenemos que una indefensa menor agraviada que se encontraba recién experimentado su adolescencia, trece años de edad, frente a un agente que por su parte recién había superado la minoría de edad cuya inmadurez propia de la juventud era aún intensa. Por tanto, siguiendo los pasos que ilustra la citada casación 335-2015 del Santa. En aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores: a) ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual,... b) proximidad de la edad de sujeto pasivo a los catorce años... c) afectación psicológica mínima de la víctima... d) diferencia etárea entre el sujeto activo y pasivo”*; asimismo, agrega que aun cuando conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, se excluye de la reducción prudencial de la pena al agente con responsabilidad restringida, por haber incurrido en delito de violación sexual, en el presente caso por las razones antes expuestas, corresponde la inaplicación de la disposición de exclusión prevista en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal y aplicar en favor del encausado Brandon Luigui Bernedo Tinoco, la reducción punitiva prevista en el primer párrafo del citado artículo.

DÉCIMO: Con relación al derecho de igualdad ante la ley, el máximo intérprete de la constitucionalidad considera que la igualdad como principio *"implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático"* y, de otra parte, en cuanto a derecho fundamental *"comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades"*

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

arbitrarias"¹³. En resumen, de lo señalado por el Tribunal Constitucional se entiende que las personas que se encuentren en condiciones y supuestos equivalentes pueden tener la garantía de que los órganos públicos aplicarán la ley de manera idéntica para todos ellos.

DÉCIMO PRIMERO: En tal sentido, la jurisdicción, principal encargado de aplicar el derecho, ejerce sus funciones de regular o decidir derechos de los justiciables atendiendo a la aplicación uniforme de la ley para todos, **salvo situaciones singulares, objetivas y razonables**. Se prohíbe con ello toda diferenciación injustificada e irracional en la interpretación y aplicación de las normas al momento de impartir justicia, administrar o -en general- decidir sobre situaciones jurídicas. Se observa que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras esta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento genético de la norma; aquella alude a la vida misma de la ley, esto es, la exigencia de una aplicación igualitaria en su interpretación y ejecución¹⁴.

DÉCIMO SEGUNDO: En esa perspectiva, no cabe entender esta posibilidad de diferenciación como una puerta abierta para vaciar de contenido a la igualdad constitucional. Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado; solo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. De esta forma, quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos¹⁵. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras.

DÉCIMO TERCERO: En consecuencia, siendo que el artículo 22 del Código Penal contempla los delitos exceptuados de la aplicación de la responsabilidad

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 0018-2003-AI/TC.

¹⁴ La Constitución Comentada-Análisis Artículo por Artículo –Tomo I, Gaceta Jurídica, Edición Diciembre 2005, Pág. 87

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

restringida por la edad, como lo es la violación de la libertad sexual, tenemos que en dicho contexto normativo sí contiene un tratamiento desigual, ello en base a **criterios razonables y justificantes**, pues, para establecer (i) la *imputabilidad restringida* se tiene como criterio la edad del agente que la comete, el cual, a consideración del legislador puede afectar la comprensión del mismo; (ii) el *otorgamiento del beneficio de reducción de la pena*, el que solamente se concede a aquellas personas con responsabilidad restringida, lo que no implica que sea una norma universal y de aplicación igualitaria para todos los que se encuentren en el rango de la edad que establece la norma, sino que de por sí se establece una posibilidad dependiendo de las particularidades del agente que la comete, para lo cual se debe considerar los fines de la pena; (iii) los *fines de la pena*, aquello se vincula con la pena que debería fijarse al agente que comete cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 22 del Código Penal, considerando la finalidad de la pena, el cual conlleva a una reeducación, rehabilitación y reinserción a la sociedad del sentenciado.

DÉCIMO CUARTO: Estando las consideraciones glosadas, cabe concluir que resulta válido el tratamiento jurídico desigual de la norma materia de consulta, la cual debe contener compatibilidad con los fines de la pena de cada sentenciado en particular; por lo que, para efectuarse el control difuso del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en lo que compete a la restricción, no debe realizarse un análisis en abstracto sino en concreto, debiendo verificarse elementos o circunstancias que lleven a determinar en ese caso concreto, la exclusión de la reducción de la pena atendiendo a la edad del agente podría ocasionarle un perjuicio en alguno de sus derechos fundamentales.

DÉCIMO QUINTO: En ese entendido, si bien es cierto, que el sentenciado Brandon Luigui Bernedo Tinoco por el delito de la violación de la libertad sexual, cumpliría el presupuesto de la edad, de ser mayor de dieciocho y menor de veintiún años al momento de la comisión del ilícito (*y que al momento de los hechos doce de octubre del año dos mil dieciséis, contaba con diecinueve años*

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

de edad), también lo es que, no basta aquello para acceder a la reducción de la pena, respecto a la naturaleza del delito cometido; así, en la sentencia consultada no se trasluce que se haya efectuado un control difuso respecto del caso en particular; asimismo, carece de argumentos justificativos suficientes para reducir la pena por imputabilidad restringida, dado que la propia norma otorga la posibilidad de aplicar dicha imputabilidad restringida, lo que no debe confundirse con una reducción automática; por consiguiente, se puede concluir que en la sentencia de la Sala Superior objeto de consulta, su examen se ha efectuado de manera genérica orientados a un control abstracto de la norma y no, al caso particular, lo que entra en abierta contraposición con el supuesto contemplado en el último párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú y el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vinculado con la revisión judicial de las leyes para el caso concreto.

DÉCIMO SEXTO: En consecuencia, para que en el caso concreto sea posible conceder el beneficio de responsabilidad restringida, **se impone la exigencia al órgano jurisdiccional de explicar debidamente las circunstancias particulares que se presentan en el caso en concreto**, que nos lleven a inferir que la diferenciación, en principio legítima, realizada por el legislador, colisionaría con un derecho fundamental, lo que no se vislumbra de lo argumentado en el fallo revisado, respecto de la responsabilidad restringida del sentenciado; *máxime*, si tenemos en cuenta que, de acuerdo a las reglas del ejercicio de control difuso detalladas en el octavo considerando (denominando: Del examen de oficio sobre la determinación de la pena y control difuso) hasta el décimo tercer fundamento:, el ejercicio del control difuso requiere de una labor previa como es el de verificar en forma obligatoria una labor interpretativa escrupulosa, con el propósito de agotar los medios para salvar la constitucionalidad de la norma; además de haberse determinado en este caso concreto, que la norma inaplicada en su interpretación si guarda compatibilidad con las normas constitucionales que se invocan.

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

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

DÉCIMO SÉTIMO: Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso concreto, que la norma inaplicada en su interpretación si guarda compatibilidad con las normas constitucionales y no habiéndose realizado un correcto desarrollo del control difuso en la sentencia consultada, esta no corresponde ser aprobada. A lo que se agrega que conforme aparece de autos, se ha concedido recurso de casación en esta causa que se encontraría pendiente ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en consecuencia, no habiéndose realizado un correcto control difuso, mi voto es porque se desapruebe la presente consulta.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **NUESTRO VOTO** es porque **SE DESAPRUEBE** la sentencia de vista contenida en la resolución número doce, emitida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en Adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, copiada a fojas doscientos nueve, en el extremo que realizó el control difuso, declarando **inaplicable** al caso concreto, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Brandon Luigui Bernedo Tinoco en su calidad de autor del delito contra la libertad sexual en su figura de violación sexual en agravio de la menor de iniciales B de Y.D.T; en consecuencia, se declare **NULA** la sentencia elevada en consulta, **SE ORDENE** al Colegiado de mérito emita nuevo pronunciamiento conforme a las consideraciones glosadas en la presente resolución; y, *se devuelva.- Juez Supremo: Bustamante Zegarra.-*

S.S.

ARIAS LAZARTE

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Cgp/Cmp

El Secretario de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, CERTIFICA: el voto suscrito por los señores Jueces Supremos Arias

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

CONSULTA
EXP. N° 11249-2019
AREQUIPA

Lazarte y Toledo Toribio, dejado oportunamente en relatoría en cumplimiento a lo establecido en el artículo 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el mismo que obra de fojas ciento treinta y cinco a ciento cuarenta y siete del cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema.

EL VOTO DIRIMIENTE DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS YAYA ZUMAETA, CÁRDENAS SALCEDO Y HUERTA HERRERA, ES COMO SIGUE:-----

AUTOS Y VISTOS: Dado cuenta con el expediente principal formado con copia certificada de las piezas procesales del principal, así como con su cuaderno de consulta formado en este Tribunal Supremo, con los votos emitidos durante la votación de la causa en la cual surgió discordia, según resulta de dichos votos que se encuentran agregados en el citado cuaderno de consulta, de fojas 125 a 147; y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: De conformidad con el último párrafo del artículo 408° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procesos penales, la **consulta** procede contra las resoluciones de segunda instancia que **no son recurridas en consulta**, en las que el órgano jurisdiccional de mérito prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; tal como también lo señala el párrafo segundo del artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto señala que las sentencias que prefieran la norma constitucional, son **elevadas en consulta** a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, **si no fueran impugnadas**, como 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.

SEGUNDO: Así, en el presente caso, la Cuarta Sala Especializada en lo Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, como órgano jurisdiccional de segunda

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

CONSULTA
EXP. N°11249-2019
AREQUIPA

instancia ha emitido la sentencia de vista contenida en la resolución N°12 de fecha 28 de septiembre de 2018, de fojas 60 a 95 del principal, que confirma en la parte la sentencia apelada de primera instancia de fecha 18 de mayo de 2018, en cuanto declara al acusado Brandon Luigui Bernedo Tinoco, autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de Violación Sexual de Menor de Edad, previsto y sancionado en el inciso 2) del párrafo primero del artículo 173 del Código Penal en agravio de la menor de iniciales B. de Y.D.T. ; e inaplicando al caso concreto, vía control difuso, el párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, referido a la exclusión de la eximente incompleta de responsabilidad penal en consideración a la edad del agente al tiempo de los hechos, aplicando el párrafo primero de dicho artículo, la revoca en el extremo de la pena impuesta de treinta años de pena privativa de libertad, y reformándola impone al mencionado sentenciado dieciocho (18) años de pena privativa de libertad efectiva a computarse desde la fecha de reclusión el uno de abril de dos mil dieciocho y vencerá el treinta y uno de marzo de dos mil treinta y seis; confirmándose en lo demás que contiene; y, ordenándose la elevación en consulta.

TERCERO: Pero, la referida sentencia de vista ha sido **recurrida** por el sentenciado Brandon Luigui Bernedo Tinoco mediante el **recurso de casación** interpuesto el 19 de octubre de 2018, que en fotocopia certificada corre de fojas 96 a 115, del Cuaderno formado del principal y que se ha elevado; y mediante la resolución N° 13 de fecha 18 de octubre de 2018 (fojas 116 a 118), emitida por la antes citada Sala Superior Penal, se ha resuelto **admitir** el referido **recurso de casación** interpuesto, disponiéndose su **elevación a la Sala Penal de la Corte Suprema** de Justicia de la República.

CUARTO: En ese sentido, y estando a que la consulta contra una resolución de segunda instancia en la que se prefiere la norma constitucional, vía control difuso, opera sólo cuando la misma no ha sido recurrida vía el recurso de casación, conforme a los dispositivos legales glosados en el considerando primero supra, considero que el presente proceso debe derivarse a la Sala

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

CONSULTA
EXP. N°11249-2019
AREQUIPA

Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República que debe conocer del recurso de casación interpuesto por el sentenciado Brandon Luigui Bernedo Tinoco, no correspondiendo, pues, su conocimiento a esta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Por las razones expresadas, **NUESTRO VOTO** es para que el presente proceso penal se **REMITA** a la **Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República** para que proceda de acuerdo a sus facultades respecto al recurso de casación interpuesto por el sentenciado Brandon Luigui Bernedo Tinoco, contra la sentencia de vista expedida en el presente proceso. **Juez Supremo Huerta Herrera.**

S.S.

YAYA ZUMAETA

CÁRDENAS SALCEDO

HUERTA HERRERA

El Secretario de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, CERTIFICA: el voto suscrito por la señora Jueza Suprema Huerta Herrera, dejado oportunamente en relatoría en cumplimiento a lo establecido en el artículo 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el mismo que obra de fojas ciento cincuenta y uno a ciento cincuenta y dos del cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema.