

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



CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE

Lima, tres de diciembre
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 del señor Juez Supremo **YAYA ZUMAETA**, que se adhiere al voto de los señores Jueces Supremos **PARIONA PASTRANA, RUEDA FERNÁNDEZ Y YALÁN LEAL** incorporado de fojas ciento cuarenta y dos a ciento cincuenta y cinco; y, a fojas ciento sesenta y seis del cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema, se emite la siguiente sentencia; y el voto en minoría de los señores Jueces Supremos **ARIAS LAZARTE, TOLEDO TORIBIO, BUSTAMANTE ZEGARRA Y HUERTA HERRERA**; que obran de fojas ciento treinta y dos a fojas cuarenta y dos; y de fojas ciento sesenta a ciento sesenta y dos del cuaderno de consulta.

Con el expediente principal en copia certificada.

I.1 De la resolución materia de la consulta

Es materia de consulta ante esta Sala Suprema, la sentencia contenida en la resolución número cinco de fecha diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, obrante a fojas cuatrocientos treinta y siete, emitida por la **Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este**, por haber realizado control difuso inaplicando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Arnol Ángel Meléndez Pauyac, como autor del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de robo agravado, imponiéndole la citada Sala al imputado cinco años de pena privativa de la libertad efectiva.

I.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta

El Colegiado de la Sala Superior sustenta la inaplicación de la norma penal, refiriendo que al momento de la comisión de los hechos contaba con veinte años de edad, por lo que debe aplicarse a Arnol Ángel Meléndez Pauyac la responsabilidad

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

restringida contemplada en el artículo 22 del Código Penal, imponiendo la condena de cinco años de pena privativa de la libertad.

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 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debido a que la sentencia consultada, vía control difuso ha inaplicado la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, imponiendo la pena de cinco años, por delito de robo agravado previsto en el artículo 189 del Código Penal, que prevé un mínimo de pena legal de doce años de pena privativa de la libertad, sosteniendo su decisión en la vulneración del principio de igualdad.

SEGUNDO. Sobre el control difuso

2.1. Es importante reiterar lo señalado por esta Sala Suprema en sentencia de doctrina jurisprudencial vinculante¹, que, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, **prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía², debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, estando habilitados por mandato constitucional para tales fines, 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,

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°30043-2018
LIMA ESTE

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 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 solo para los fines constitucionales.

2.2.1. En ese contexto, **el control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial**, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no 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***³.

³ "El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también **se establece como**

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

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° 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 exigencia⁴.

límite a su ejercicio, puesto que, como antes se ha recordado, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes". Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2-008-AA, fundamento 19 (el subrayado es nuestro).

⁴ Las reglas del control difuso precisadas en la doctrina jurisprudencial Consulta N° 1618-2016 / Lima Norte, son las siguientes: **i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales**, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución, 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°30043-2018
LIMA ESTE

TERCERO: Aplicación de reglas para el control difuso

3.1. La sentencia consultada impone la pena reducida de cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, **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 normativa⁵, 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 de robo agravado; norma que se vincula en forma directa e indisoluble con la determinación de la pena para el procesado Arnol Ángel Meléndez Pauyac*, que en sentencia ha sido encontrado responsable como autor del delito contra el Patrimonio - robo agravado, 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:

⁵ 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
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

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.

3.4.3. La disposición legal materia de interpretación, se vincula con los principios generales del Código Penal, que en su artículo II del Título Preliminar prevé que ***nadie será sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en la ley*** vigente al momento de la comisión⁶; **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 graduación⁷. 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**

⁶ 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*”.

⁷ 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
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

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 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 el 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 iguales en dignidad, que todos son iguales ante la ley, que tienen derecho a igual protección de la ley, y

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

protección contra todo acto de discriminación⁸; 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 ley⁹.

Reconocido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en dos dimensiones, una la **igualdad como prohibición de discriminación** (*por el cual es discriminatorio todo trato diferenciado que atente contra la dignidad de la persona humana, sea por condiciones de superioridad o inferioridad, no obstante no toda distinción de trato puede considerarse violatoria por si misma de la dignidad humana*); la segunda, **igualdad ante la ley** que deriva 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 Humanos¹⁰, establece que **un trato diferenciado basado en criterios razonables y objetivos, que se sustente en desigualdades reales y objetivas, no constituye discriminación** (OC-4/84 del diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafo cincuenta y seis y cincuenta y siete).

3.4.7. 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**

⁸ 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*”.

⁹ 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*”.

¹⁰ Interpretación vinculante conforme a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución.

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

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* solo 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 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 establecido¹¹, 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**

¹¹ 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°30043-2018
LIMA ESTE**

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 jurídico¹², manteniendo la norma la presunción de constitucionalidad en abstracto.

CUARTO. Control de Constitucionalidad en el caso concreto

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 numerales 3 y 4 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 3.2 de la misma, sustentándose principalmente, en la edad del acusado al momento de los hechos, esto es, veinte 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.

¹² 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
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

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”*¹³, en la aplicación del test se realizará atendiendo a sus **tres fases** delimitadas por: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto¹⁴, 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 derecho a la 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

¹³ 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*

¹⁴ “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
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

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, el veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, el acusado arrebató junto a otro cómplice, y empleando arma blanca, un mil ochocientos soles (S/ 1,800), un celular y tarjetas a la agraviada mientras esta descendía de un vehículo de transporte público a la altura del Puente Santa Anita, siendo detenidos 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 años de edad, se impuso al acusado ocho años de pena privativa de la libertad. Posteriormente, aplicando el artículo 45-A del Código Penal, la Sala Penal arribó a la conclusión de que si bien es un delito consumado, no hay afectación patrimonial significativa, y que el acusado mostró arrepentimiento y ha reconocido su actuar ilícito, exteriorizando su conducta tendiendo a enmendar su conducta frente a la Sociedad, reduciéndole por ello la pena a cinco años y ocho meses de pena privativa de la libertad. Adicionalmente, en el proceso se le aplicó los beneficios de la conclusión anticipada en razón de la aceptación de los cargos y conforme al fundamento 23 del Acuerdo Plenario 5-2018/CJ-116, se redujo la pena aún más, en un octavo del previamente establecido, quedando finalmente la pena en cinco años (sesenta meses).

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 ocho años, y que en función a la conclusión anticipada, aceptación de cargos, reducción de un octavo, es que se establece la pena en cinco años, interesando para efectos de la consulta el primer tramo de la reducción de pena por el supuesto de imputabilidad restringida, el cual no solo tiene por sustento la edad, sino esencialmente la exteriorización de comportamiento del proceso de enmienda de su conducta ante la sociedad, ameritando una pena menor, conllevando que en el caso específico del procesado Arnol Ángel Meléndez Pauyac, 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

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

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 reeducación del penado por 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 condenado 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; **APROBARON** la sentencia consultada contenida en la resolución número cinco de fecha diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, obrante a fojas cuatrocientos treinta y siete, emitida por la **Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este**, que realizó

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

CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE

control difuso al caso concreto inaplicando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Arnol Ángel Meléndez Pauyac y otro, en agravio de Flor Maritza Cubas Muguera por el delito contra el Patrimonio, en la modalidad de robo agravado; y, *se devuelva. Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Rueda Fernández.*

S.S.

PARIONA PASTRANA

RUEDA FERNÁNDEZ

YAYA ZUMAETA

YALÁN LEAL

Eae/jps

La Secretaria 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, 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 cuarenta y dos a ciento cincuenta y cinco del presente cuaderno de casación.

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

I. VISTOS; el expediente principal en copia certificada; y, **CONSIDERANDO:**

I.1. MATERIA DE CONSULTA

Es objeto de consulta la sentencia contenida en la resolución número cinco, del diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, expedida por la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, obrante en copia certificada de fojas cuatrocientos treinta y siete a cuatrocientos cincuenta y cinco, en el extremo que declaró a Arnol Ángel Meléndez Pauyac como autor del delito de robo agravado, imponiéndole cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, para cuyo efecto **inaplicó** el segundo párrafo del artículo 22 del

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Perú.

I.2. REFERENCIAS PRINCIPALES DEL PROCESO

I.2.1. El proceso penal tiene como antecedente, la acusación fiscal de fojas trescientos cuarenta y siete, a través del cual el Ministerio Público acusó a Fernando Ruíz Ticsihua y a Arnol Ángel Meléndez Pauyac, como autores del delito de robo agravado, previsto en el artículo 188 e incisos 3 y 4 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, en agravio de Flor Maritza Cubas Muguerza, solicitando se les imponga al primero de los nombrados la pena de veintidós años de pena privativa de la libertad, por ser reincidente y, al segundo, la pena de trece años de pena privativa de la libertad y se fije en dos mil quinientos nuevos soles el pago por concepto de reparación civil, en forma solidaria.

I.2.2. La Sala Penal de Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, ejerciendo control difuso inaplicó la prohibición contenida en el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, en el caso del sentenciado Arnol Ángel Meléndez Pauyac, para cuyo efecto realizó un juicio de igualdad sobre el referido dispositivo legal, en sus aristas de: verificación de la diferencia legislativa, determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad, verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación, examen de idoneidad, examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto; concluyendo sobre el test de igualdad que la medida legal no supera el test de juicio de igualdad, considerando que se trata de una medida inconstitucional, que no resulta idónea, necesaria, ni proporcional al fin constitucional perseguido y, en su aplicación al caso concreto, consideró que el acusado Arnol Ángel Meléndez Pauyac, el día de los hechos, veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, contaba con veinte años de edad, existiendo así una circunstancia atenuante privilegiada, careciendo de circunstancia de agravación y atenuación, la afectación patrimonial no resulta significativa, y si bien se ejerció violencia física causando lesiones a la víctima para realizar el despojo; sin embargo, el procesado ha mostrado arrepentimiento y ha reconocido su actuar ilícito, evidenciado una conducta a enmendar; por lo que, corresponde una pena prudente, justa, razonable y proporcional de cinco años de pena privativa de la libertad efectiva.

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

II. CONSIDERANDO:

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 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 de la República. 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 difuso¹⁵ y que contiene el siguiente enunciado: "*Cuando exista incompatibilidad entre una norma*

¹⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE

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° 1109-2002-AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil, dejó establecido: "6. (...) *El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes **presupuestos**:*

***a.** Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. **b.** Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. **c.** Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"*¹⁶. (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.¹⁷

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

¹⁷ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre de 2004, p.29

CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE

QUINTO.- Asimismo, esta Suprema Sala con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N° 1618-2016-LIMA NORTE**, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**; en el cual se precisó que: “**2.2.3.** *El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.*” Y en el fundamento 2.5. ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: “**i.** *Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...).* **ii.** *Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso.(...)* **iii.** *Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva** distinguiendo entre disposición y norma;(...* **iv.** *En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...).*” Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este en la sentencia elevada en consulta.

SEXTO.- De otro lado, esta Suprema Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la **Consulta N° 17151-2013 – LIMA** - cuarto considerando - indicó 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*

CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE

decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el 'iter legislativo', están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental".

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

SÉTIMO.- En el presente caso, es pertinente traer a colación los hechos fijados por la instancia judicial, así tenemos que en la sentencia consultada se estableció como hechos imputados, los siguientes: *"3.2. (...) Se imputa a los hoy acusados Fernando Ruíz Ticsihua y Arnol Ángel Meléndez Pauyac haber participado en la comisión del delito de robo agravado en agravio de Flor Maritza Cubas Muguera, acaecido el 29 de marzo de 2016, a las 13:00 a horas aproximadamente, cuando la referida agraviada había descendido de un vehículo de transporte público a la altura del puente Santa Anita (...), los hoy acusados previa distribución de roles y en concierto de voluntades le sustrajeron sus pertenencias, para lo cual el hoy acusado Arnol Ángel Meléndez Pauyac le cogió el cuello (...) a fin de inmovilizarla para luego atemorizarla con palabras soeces y apuntándola con un arma blanca (...) amenazándola y exigiéndole la entrega de sus pertenencias (...) le sustrajeron su teléfono celular (...) billetera conteniendo la suma de S/. 1,800.00 soles, su DNI, una tarjeta del seguro del policlínico japonés (...) una tarjeta del Banco de la Nación (...) ambos huyeron con los objetos sustraídos hacia el vehículo (...) que los esperaba al otro lado del paradero (...)."*

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° 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*

CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE

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 el **robo agravado** – restricción que se justifica en razón a la protección de bienes jurídicos especiales como la vida e integridad, salud pública, o por la extrema gravedad que configura el ilícito penal.

NOVENO.- Como se ha adelantado la Sala Superior revisora ha inaplicado el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, fundamentando sustancialmente que a la fecha de los hechos – *veintinueve de marzo de dos mil dieciséis* –, el sentenciado Arnol Ángel Meléndez Pauyac contaba con veinte años de edad (nació el dieciocho de julio de mil novecientos noventa y cinco), además de considerar las circunstancias objetivas y subjetivas que identifica en el fundamento 3.2 del tercer considerando, sobre “La determinación de la penal del acusado Arnol Ángel Meléndez Pauyac”; expresando que la medida legal cuestionada no supera el test de juicio de igualdad, por lo que se trata de una medida inconstitucional que no deviene en idónea, necesaria ni proporcional al fin constitucional perseguido.

DÉCIMO.- Con relación al derecho de igualdad ante la ley, que constituye el derecho fundamental del cual se afirma que se vería vulnerado por aplicación de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, 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*

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

*reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias*¹⁸. 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 ejecución¹⁹.

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 artificiosos²⁰. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N° 0018-2003-AI/TC.

¹⁹ La Constitución Comentada-Análisis Artículo por Artículo –Tomo I, Gaceta Jurídica, Edición Diciembre 2005, Pág. 87

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

DÉCIMO TERCERO.- En ese escenario, siendo que el artículo 22 del Código Penal contempla los delitos exceptuados de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad, como lo es el robo agravado, tenemos que en dicho contexto normativo no se afecta el derecho de igualdad ante la ley previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, desde que por la naturaleza del ilícito penal, la norma penal establece distintas clases de pena; por consiguiente, el segundo párrafo del artículo precitado, se encuentra arreglado a la Norma Fundamental, y no es incompatible, ni inconstitucional, tanto más si la norma señala en qué casos resulta posible la aplicación de un beneficio penal como la reducción de una pena, de tal manera que su inaplicación normativa exige que éste se efectúe no en abstracto sino en atención a las particularidades del caso concreto y objetivamente sustentadas.

DÉCIMO CUARTO.- Estando a 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 lleve 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, como ya se dijo.

DÉCIMO QUINTO.- En ese entendido, si bien es cierto que Arnol Ángel Meléndez Pauyac, sentenciado por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, cumpliría el presupuesto de la edad, por ser mayor de dieciocho y menor de veintiún años al momento de la comisión del ilícito, también lo es que, no basta aquello para acceder a la reducción de la pena por razones objetivas, respecto a la naturaleza y gravedad del delito cometido, dado que para que en el caso concreto sea posible conceder el citado beneficio, **se impone la exigencia a órgano jurisdiccional de explicar debidamente las circunstancias particulares que se presentan en el caso particular**, que lleven a inferir que la diferenciación, en principio legítima, realizada por el legislador, colisionaría con un derecho fundamental. En base a ello, se colige que la sentencia consultada trasluce una

CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE

carencia de argumentos justificativos suficientes para revocar la sentencia apelada y con ello reformar el *quantum* de la pena impuesta, entre otros fundamentos que invoca la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, 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 tanto, se concluye que en la sentencia de la Sala Superior objeto de consulta, su examen se ha efectuado de manera genérica orientado 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 4 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.- Asimismo, debe considerarse que 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; siendo que en el caso consultado, se ha determinado que la norma inaplicada en su interpretación si guarda compatibilidad con las normas constitucionales.

DÉCIMO SÉTIMO.- En esa línea de argumentos, las razones que ha esgrimido la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, a efectos de ejercer control difuso, no satisfacen los parámetros legales y jurisprudenciales reseñados en el punto III del presente voto; dado que los hechos de que el sentenciado sea persona con responsabilidad restringida por edad, la no concurrencia de una circunstancia de atenuación ni agravación, de acuerdo al artículo 46 del Código Penal, la afectación patrimonial no resulta significativa, se ha mostrado arrepentimiento, ha reconocido su actuar ilícito, entre otros, no son aspectos objetivos suficientes a efectos de considerar que la diferenciación que se substrahe del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, en el caso concreto, colisionaría con el derecho fundamental a la igualdad.

DÉCIMO OCTAVO.- Conforme a lo desarrollado en los considerandos precedentes y habiéndose determinado en este caso particular, que la norma inaplicada en su interpretación si guarda compatibilidad con las normas constitucionales y no

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

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

habiéndose realizado un correcto desarrollo del control difuso en la sentencia consultada conforme a los lineamientos establecidos por el Tribunal Constitucional y esta Suprema Sala Constitucional, corresponde **desaprobar** la sentencia consultada.

III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **NUESTRO VOTO** es porque **SE DESAPRUEBE** la sentencia contenida en la resolución número cinco, emitida con fecha diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, por la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, obrante en copia certificada de fojas cuatrocientos treinta y siete a cuatrocientos cincuenta y cinco, en el extremo que realiza el control difuso declarando **inaplicable** al presente caso, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, respecto del sentenciado Arnol Ángel Meléndez Pauyac; en consecuencia, **NULA** la sentencia consultada; **SE ORDENE** al Colegiado de mérito emita nuevo pronunciamiento conforme a las consideraciones glosadas en la presente resolución; en el proceso penal seguido contra *Arnol Ángel Meléndez Pauyac y otro, por delito de contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, en agravio de Flor Maritza Cubas Muguerza*; y se devuelva.- **Juez Supremo: Bustamante Zegarra.-**

S.S.

ARIAS LAZARTE

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Mam/Cmp

La Secretaria 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 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 dos a ciento cuarenta y dos del presente cuaderno de casación.

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

**EL VOTO EN MINORÍA DE LA SEÑORA JUEZ SUPREMO HUERTA HERRERA; ES
COMO SIGUE:-----**

AUTOS Y VISTOS: Dado cuenta con el expediente principal formado con copia certificada de las piezas pertinentes del proceso penal 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 y no se alcanzó la mayoría necesaria para hacer resolución en esta Sala Suprema, según resulta de dichos votos que se encuentran agregados en el citado cuaderno de consulta, de fojas 132 a 142, parte inferior, y de fojas 142, parte inferior, a fojas 155; pero, no concordando con el criterio de uno ni del otro de los dos sentidos de los votos ya emitidos, y en observancia de la autonomía e independencia del juez, emito mi voto dirimente (discordante) por las razones siguientes; 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 casación**, 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 Sala Especializada en lo Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, ha emitido la **sentencia** contenida en la resolución N°5 de fecha 17 de marzo de 2017, de fojas 437 a 455 del expediente principal formado con la fotocopia de las piezas procesales pertinentes del proceso penal principal (en adelante: expediente o principal en fotocopias), que inaplicando al caso del coacusado **ARNOL ANGEL MELÉNDEZ PAUYAC**, la parte pertinente del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, modificado por la Ley N°30076, publicado el 19 de agosto de 2013, en cuanto excluye al agente que haya incurrido en delito de robo agravado, por colisión con el derecho constitucional a la igualdad en su artículo 2, inciso 2, de la

**CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE**

Constitución Política del Perú, y el artículo 24 de la Convención Internacional de Derechos Humanos y el artículo 7 de la declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declara al mencionado coacusado **Meléndez Pauyac autor del delito de Robo Agravado** previsto en el artículo 188 del Código Penal e incisos 3 y 4 del párrafo primero de su artículo 189, en agravio de Flor Maritza Cubas Muguerza, y como tal se le impone **cinco años de pena privativa de libertad efectiva** computada desde su detención el veintinueve de marzo de 2016, vencerá el 28 de marzo de 2021, se fija la reparación civil en la suma de S/2,500.00 (Soles) que abonarán solidariamente los dos sentenciados en favor de la agraviada; con lo demás que contiene.

TERCERO: La referida **sentencia fue impugnada** por el mencionado co-sentenciado Meléndez Pauyac, como se aprecia del acta de la audiencia pública del juicio oral en la cual se produjo la aceptación de los cargos por los dos acusados presentes en dicho juzgamiento, por lo que se declaró la conclusión anticipada del debate oral y se expidió la sentencia en referencia, acto en el cual el mencionado co-sentenciado interpuso el respectivo **recurso de nulidad** en contra de dicha sentencia (fojas 456 a 465 del principal en fotocopias), que reiteró en su escrito de fojas 469, y **fundamentó** dicho recurso en su escrito de fojas 474 y 475 del principal en fotocopias, y que se declaró procedente mediante resolución N° 7 de fecha 03 de abril de 2017, de fojas 476 del principal en fotocopia, y elevado a la **Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República**, ésta emite la **ejecutoria suprema contenida en la resolución de fecha 18 de junio de 2018**, recaída en el **Recurso de Nulidad N° 2252-2017/Lima Este**, de fojas 495 a 497 del principal en fotocopia, declarando **NO HABER NULIDAD** en la sentencia conformada de fojas 414, de fecha 17 de marzo de 2017, (en la parte) que condenó a **ARNOL ANGEL MELÉNDEZ PAUYAC** como autor del delito de robo con agravantes en agravio de Flor Maritza Cubas Muguerza, a cinco años de pena privativa de libertad y al pago de S/2,500.00 (Soles) por concepto de reparación; con lo demás que al respecto contiene; y **DISPUSIERON** se remita la causa al Tribunal Superior **para** la iniciación de la **ejecución procesal de la sentencia condenatoria** ante el órgano jurisdiccional competente, como en efecto se ha ordenado mediante la resolución N° 9 de fecha 14 de septiembre de 2018, emitida por la Sala Superior de origen, que corre a fojas 498 del principal en fotocopia.

CONSULTA
EXP. N°30043-2018
LIMA ESTE

CUARTO: En el contexto expuesto en los considerandos precedentes, y estando a que la **consulta** contra una resolución en la cual se prefiere la norma constitucional, vía control difuso, **opera sólo cuando la misma no ha sido impugnada**, conforme a los dispositivos legales glosados en el considerando primero *supra*, por lo que, considero que ya no corresponde la consulta de la sentencia expedida en autos, en la parte que ejerciendo el control difuso, se inaplica el texto normativo contenido en el párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, sino aplicar su primer párrafo que faculta al juez reducir la pena por debajo del mínimo legal al agente de responsabilidad penal restringida aun cuando haya cometido el delito de Robo Agravado, como ocurrió en el presente caso respecto del co-sentenciado Meléndez Pauyac. A mayor abundamiento, tenemos, que el control de validez jurídica de la sentencia aludida, precisamente, en el extremo en referencia, ya ha sido realizado por uno de los órganos jurisdiccionales de máxima jerarquía del Poder Judicial, como es la antes citada Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la ejecutoria Suprema destacada en el considerando tercero precedente. Por consiguiente, la elevación en consulta de la citada sentencia, a esta Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, deviene en nula por resultar contraria a los textos legales invocados en el considerando primero *supra*.

Por las razones expresadas, mi **VOTO** es para que se declare **NULA** la elevación en consulta de la sentencia dictada en el presente proceso, a que se contrae el oficio N° 1205-16-3-2014-SPDPA-CSJLE-PJ (Ref.: Sala N° 1229-2016-3) de fecha 12 de diciembre de 2018, de fojas 1 del cuaderno de consulta; y devuélvase; en el proceso penal seguido en contra de Arnol Ángel Meléndez Pauyac por el delito de Robo Agravado en agravio de Flor Maritza Cubas Muguerza.

S.S.

HUERTA HERRERA