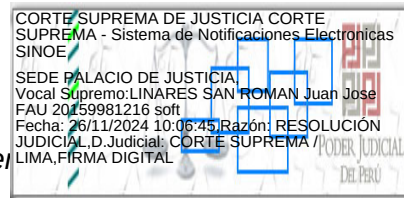


Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente



CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO

Lima, dieciocho de octubre
De dos mil veinticuatro

I. VISTOS; el expediente principal, así como el cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema; y,

Objeto de Consulta

Es materia de consulta, la sentencia contenida en la resolución sin número de fecha trece de octubre de dos mil veintiuno, inserta a fojas setenta y uno del expediente principal, emitida por el Primer Juzgado Unipersonal Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao; *en el extremo* que, **inaplica** al caso concreto la Ley N.º 30304 que incorpora el párrafo *in fine* del artículo 57º del Código Penal.

II. CONSIDERANDO:

Primero. Del Requerimiento del Ministerio Público

Conforme se advierte del escrito inserto a fojas uno, con fecha veintisiete de abril de dos mil dieciséis, la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Judicial del Callao, formuló acusación penal contra Julio Artemio Cortez Rojas en calidad de presunto autor del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Colusión, en agravio del Estado Peruano, delito tipificado en el artículo 384º del Código Penal.

Señala como hechos imputados que, se le imputa a Julio Artemio Cortez Rojas -autor del delito - en su condición de funcionario público, en razón de su cargo de Gerente Municipal, entre setiembre del dos mil cuatro, haberse concertado con los imputados Miguel Julián Muñoz Loredó y Carlos Alberto Diestra Acosta representantes, respectivamente, de la Consultoría Transnacional Financiera Santoyo Empresa Individual de Responsabilidad Limitada e Inversiones Corporativas Centauro Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en la Ejecución de los servicios: "ESTUDIO

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

FOCALIZADO DE DINAMIZACION DE LA ECONOMIA E INCLUSION DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA MICRO Y PEQUENA EMPRESA" y "ESTUDIO DE IMPACTO MULTISECTORIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, con la finalidad de defraudar al Estado, afectando los recursos públicos de la entidad al haberse desembolsado por ambos proyecto el total de S/ 145,180.00, realizando los siguientes actos:

- i) Respecto del "ESTUDIO DE IMPACTO MULTISECTORIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD". El trece de mayo de dos mil cuatro, mediante Memorándum N.º 110-2004-MUDIBE/GM, sin que exista ningún tipo de necesidad, dispuso a la funcionaria Odilia Elizabeth Flores Núñez - Jefa de la Unidad de Comercialización de la Dirección de Desarrollo Económico de la Municipalidad de Bellavista, elaborar los estudios y los términos de referencia para la convocatoria del proceso de "ESTUDIO DE IMPACTO MULTISECTORIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DISTRITO DE BELLAVISTA", funcionaria que cumplió el mandato con el Informe N.º 142-2004-MUDIBEUC del veinticinco de mayo de dos mil cuatro.

El veintisiete de mayo de dos mil cuatro, mediante Memorándum N.º 123-2004- MUDIBE/GM, dispuso a la funcionaria Matilde Lucia Sánchez Rojas - Jefa de Abastecimiento de la Municipalidad de Bellavista, para que realice el proceso de selección del servicio antes citado, para lo cual le remitió el Informe N.º 142-2004-MUDIBE-UC del veinticinco de mayo de dos mil cuatro, que había mandado a elaborar, funcionaria que cumplió el mandato resultando seleccionada la empresa "Inversiones Corporativas Centauro Empresa Individual de Responsabilidad Limitada". El dieciocho de junio de dos mil cuatro, suscribió el CONTRATO DE SERVICIOS para el servicio antes citado con la empresa "Inversiones Corporativas Centauro E.I.R.L.", por un monto de S/. 71.400.00. El dieciséis de agosto de dos mil cuatro, recibe en las oficinas de la Gerencia Municipal que dirigía, una Carta de la empresa contratada, acompañando: 1) Un ejemplar del servicio –ESTUDIO DE IMPACTO; 2) La factura N.º 001-002052 por el monto de S/ 71,400.00

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

soles, y 3) La petición para que el importe de la factura sea pagado a nombre de su coacusado Carlos Alberto Diestra Acosta (quien no tenía vinculación con la empresa contratada). En el reverso de la referida carta el funcionario acusado de puño y letra dispuso que se haga el pago ilegal, en la forma solicitada por el particular. El diez de septiembre de dos mil cuatro, mediante la Orden de Giro N.º 2093-2004-OA, dispuso al funcionario Eduardo Rafaile Bazalar - Jefe de Tesorería-, precisando que se haga efectivo el giro de cheque a nombre de su coacusado Carlos Alberto Diestra Acosta, persona que es diferente a la empresa contratada, quien finalmente fue el que cobró el cheque N.º 5571859 del Banco de Crédito del Perú.

- ii) Respecto del "ESTUDIO FOCALIZADO DE DINAMIZACION DE LA ECONOMIA E INCLUSION DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA MICRO Y PEQUENA EMPRESA". El trece de mayo de dos mil cuatro, mediante Memorándum N.º 10-2004- MUDIBE/GM, sin existir la necesidad, dispuso a la funcionarla Odilia Elizabeth Flores Núñez -Jefa de la Unidad de Comercialización de la Dirección de Desarrollo Económico de la Municipalidad de Bellavista-, elaborar los estudios y los términos de referencia para la convocatoria del proceso de "ESTUDIO FOCALIZADO DE DINAMIZACION DE LA ECONOMIA E INCLUSION DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA MICRO Y PEQUENA EMPRESA EN EL DISTRITO DE BELLAVISTA", funcionaria que cumplió el mandato con el Informe N.º 42-2004-MUDIBE-UC del veinticinco de mayo de dos mil cuatro. El veintisiete de mayo de dos mil cuatro, mediante Memorándum N.º 123-2004-MUDIBE/GM, dispuso a la funcionaria Matilde Lucia Sánchez Rojas - Jefa de Abastecimiento de la Municipalidad de Bellavista, para qué, realice el proceso de selección del servicio antes citado, para lo cual le remitió el Informe N.º 142-2004-MUDIBE-UC del veinticinco de mayo de dos mil cuatro, que había mandado a elaborar, funcionaria que cumplió el mandato resultando seleccionada la empresa "Consultora Transnacional Financiera Santoyo EIRL". El treinta de junio de dos mil cuatro, suscribió el Contrato de

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

Servicios para el servicio antes citado con su coacusado Miguel Julián Muñoz Loredó en representación de la empresa "Consultora Transnacional Financiera Santoyo EIRL", por un monto de 73.780.00 nuevos soles (pese a que el antes citado no tenía representación de la empresa). El seis de agosto de dos mil cuatro, recibió en las oficinas de la Gerencia Municipal que dirigía, una CARTA de la empresa contratada acompañando 1) Un ejemplar del servicio –ESTUDIO FOCALIZADO, 2) La factura N.º 001-00221 por el monto de S/ 73.780. 00, y 3) La petición para que el importe de la factura sea pagado a nombre de su coacusado. Miguel Julián Muñoz Loredó (quien no tenía ningún tipo de vinculación con la empresa contratada). En el reverso de la referida carta el funcionario acusado, de puño y letra dispuso que se haga el pago ilegal, en la forma solicitada por el particular. El diez de septiembre de dos mil cuatro, mediante la Orden de Giro N.º 20 94-2004-OA, dispuso al funcionario Eduardo Rafaile Bazalar -Jefe de Tesorería-, precisando que se haga efectivo el giro del cheque a nombre de su coacusado Miguel Julián Muñoz Loredó, persona que es diferente a la empresa contratada, quien finalmente fue el que cobro el cheque N.º 6571860 del Banco de Crédito del Perú.

En ese marco, sostiene la Fiscalía que, en el año dos mil cuatro el acusado Julio Artemio Cortez Rojas en su condición de Gerente Municipal de la Municipalidad de Bellavista, sin que exista ningún requerimiento por parte de un área usuaria de su entidad y sin, que se acredite la necesidad del servicio, ordeno que se emita los términos de referencia para convocar a dos procesos de adjudicación directas selectivas por los dos estudios antes referidos, es así que, el acusado a la Jefa de Área de Comercialización remitió el Memorándum N.º 110-2004-MUDIBE/GM de fecha trece de mayo de dos mil cuatro, mediante el cual le ordenaba que al existir presupuesto para la elaboración de Estudios para favorecer la dinamización de la economía en el Distrito, se sirva identificar los estudios y emita términos de referencia para la convocatoria y posterior ejecución de dichos estudios. Es así que, se atribuye a los acusados Julio Artemio Cortez Rojas que en su condición de Gerente

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

Municipal de la Municipalidad Distrital de Bellavista, en razón de su cargo, haberse concertado con los particulares Carlos Alberto Diestra Acosta y Miguel Julián Muñoz Loredó, a fin de defraudar al Estado, en los procesos de preparación, selección y ejecución de los contratos para el "Estudio de impacto multisectorial de las personas con discapacidad en el distrito de bellavista" y "estudio focalizado de dinamización de la economía e inclusión de las personas con discapacidad en la micro y pequeña empresa en el distrito de Bellavista", hechos ocurridos en el año dos mil cuatro. Siendo que, mediando pacto previo el funcionario antes citado, en su condición de Gerente Municipal de la Municipalidad Distrital de Bellavista, de manera directa realizó una serie de actos ilegales, gestionando ante los funcionarios que dependían de él, a efectos de que los particulares antes citados, sean beneficiados ilegalmente con dinero, defraudando al Estado.

Acusación complementaria

Mediante escrito de veintiséis de setiembre de dos mil veintiuno, el señor Fiscal Provincial, en el marco del Juicio oral presentó acusación complementaria de conformidad con el artículo 374°, inciso 2 del Código Procesal Penal, por cuanto, según refiere se advierten nuevas circunstancias que hacen variar la calificación Jurídica de los hechos, **del delito de Colusión al delito de peculado doloso por apropiación**, delito tipificado en el primer párrafo del artículo 387° del Código Penal. Ello debido a que, el acusado Julio Artemio Cortez Rojas, en su calidad de Gerente Municipal, encargado de la Gestión de la Municipalidad y por ende de la administración de sus recursos, realizó una suerte de actos disfuncionales en los procesos de contratación simulados ADS 1-2004 y ADS 2-2004, que tuvieron como consecuencia que la Municipalidad Distrital de Bellavista desembolse dinero por servicios no prestados, logrando apropiarse de esa suma dineraria a favor de terceros. Configurándose el delito de peculado doloso por apropiación.

Segundo. Del pronunciamiento del órgano jurisdiccional

CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO

El juez del Primer Juzgado Unipersonal Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, mediante sentencia contenida en la resolución de fecha trece de octubre de dos mil veintiuno, inserta a fojas setenta y uno del expediente judicial, resolvió:

“PRIMERO: DECLARANDO INFUNDADA la excepción de PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL, deducida por la defensa técnica del acusado LUIS ARTEMIO CORTEZ ROJAS en el proceso penal que se le sigue como presunto autor del delito contra la Administración Publica - Peculado en agravio del Estado, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal.

SEGUNDO: CONDENANDO a LUIS ARTEMIO CORTEZ ROJAS¹ como autor del delito contra la administración Publica - Peculado en agravio del Estado, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 387º del Código Penal.

TERCERO: INAPLICAR al caso concreto el artículo 57º in fine del Código Penal por incompatibilidad con el artículo 1º de la Constitución Política del Perú; en los seguidos contra Luis Artemio Cortez Rojas como autor del delito contra la administración Pública - Peculado en agravio del Estado, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 387º del Código Penal.

CUARTO: SE IMPONE a Luis Artemio Cortez Rojas, cuatro (04) anos de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres (03) años, con las siguientes reglas de conducta: a) prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; b) Comparecer mensualmente al Juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades, para lo cual se deberá aperturar el registro biométrico correspondiente; y, c) Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado; se le

¹ Conforme al Auto Final de fecha 25 de agosto de 2022, a folios 161, se corrige el nombre del sentenciado de Luis Artemio Cortez a Julio Artemio Cortez, siendo este último correcto.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

impone cuatro (04) Años de Inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36º del Código Penal”.

Fundamenta su decisión señalando esencialmente que, aplicar una pena efectiva de corta duración a un anciano de 64 años, con los consecuentes efectos negativos a su derecho a la salud, para hacer prevalecer una política criminal de combate a la corrupción, supone instrumentalizar al condenado, lo que, contraviene el artículo V de la Constitución Política del Perú. Lo que permite concluir que, en el caso concreto la prohibición normativa de suspender la pena, contenida en el artículo 57º in fine del Código Penal, para un condenado por delito de Peculado Doloso por Apropiación de 64 años de edad, impidiendo la aplicación de una medida alternativa a la cárcel, con la consecuente estigmatización y atendiendo a los efectos nocivos del fenómeno de prisionización, repercuten, en la finalidad resocializadora de la pena, el proyecto de vida individual y familiar del condenado, y tiene como consecuencia la instrumentalización del condenado en aras del propósito político criminal de combate a la corrupción, que adopta más bien la forma de populismo punitivo. Asimismo, aplicar una pena efectiva de corta duración a un anciano de 64 años, con los consecuentes efectos negativos a su derecho a la salud, debido a las deficientes condiciones de salubridad y hacinamiento de los centros penitenciarios nacionales — declarados por el TC como un estado de cosas inconstitucional — para hacer prevalecer una política criminal de combate a la corrupción, supone instrumentalizar al condenado, lo que, contraviene el artículo 1º de la Constitución Política del Perú.

Tercero. Delimitación de la consulta

En atención a lo señalado precedentemente, es objeto de consulta, la inaplicación vía control difuso de la Ley N.º 30304 que incorpora el párrafo *in fine* del artículo 57º del Código Penal, que expresamente señala lo siguiente:

“Artículo 57. Requisitos

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: (...)

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”.

Siendo ello así, en primer término, se procederá a precisar las reglas para el ejercicio del control difuso, luego se verificará si en la resolución consultada, se ha procedido conforme a las mismas, para finalmente determinar si debe o no ser aprobada por este Tribunal Supremo.

Consideraciones sobre el Control Constitucional

Cuarto. 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.

Quinto. Cabe señalar que, 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.

Sexto. Por su parte, 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

CONSULTA
EXPEDIENTE N.º 16401-2023
CALLAO

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. Norma que debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso² y que contiene el siguiente enunciado: *"Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma 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."*

Sétimo. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Expediente N.º 1680-2005-PA/TC de fecha once de mayo de dos mil cinco, ha señalado que: *"(...) el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso) (...). 4. Por tanto, la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no sólo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella, sino bien, en lo que ahora importa, como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda de los jueces de toda sede y grado, procurar hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado. Un límite, por cierto, al que se suman otros de no menor importancia. 5. A) Por un lado, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada*

² ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

CONSULTA
EXPEDIENTE N.º 16401-2023
CALLAO

competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes (...). 6. B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley. 7.C) En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley, acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio”.

Octavo. 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**, señalando para el efecto 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.”** Enfatizado en el fundamento 2.5 las **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**

CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO

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 (...)."

Precisadas las reglas sobre control difuso, corresponde ahora verificar si el Primer Juzgado Unipersonal Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, ha procedido conforme a las mismas, para finalmente determinar si debe o no ser aprobada por este Tribunal Supremo.

Sobre el dispositivo legal inaplicado

Noveno. En el presente caso, el Primer Juzgado Unipersonal Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, mediante sentencia contenida en la resolución sin número de fecha trece de octubre de dos mil veintiuno, inserta a fojas setenta y uno del expediente judicial, resolvió **condenar** al imputado Julio Artemio Cortez Rojas como autor del delito contra la administración Pública - Peculado en agravio del Estado, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 387º del Código Penal, imponiéndole cuatro (04) años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres (03) años y el cumplimiento de reglas de conducta. Para imponer la pena suspendida ha **inaplicado** al caso concreto la Ley N.º 30304 que incorpora el párrafo *in fine* del artículo 57º del Código Penal que prohíbe *la suspensión de la ejecución de la pena en caso de los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387 del Código Penal*", alegando que esta norma es incompatible con el derecho fundamental previsto en el artículo 1º de la Constitución Política del Estado, referido al principio-derecho de dignidad humana, que prohíbe que una persona sea objeto de instrumentalización sobre cualquier propósito político criminal. Por consiguiente, esta Sala Suprema procederá analizar si

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

estas premisas normativas contenidas en la citada Ley N.º 30304 que incorpora el párrafo *in fine* del artículo 57º del Código Penal, materia de control difuso, vulnera el derecho fundamental antes descrito.

Sobre la dignidad de la persona humana

Décimo. El artículo 1º de la Constitución Política del Perú establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Asimismo, este principio en el ámbito de la jurisdicción político criminal tiene vinculación directa con lo previsto en el artículo 2º, inciso 24 de dicho cuerpo normativo que establece que toda persona tiene derecho a la libertad ambulatoria o libertad de tránsito, con el artículo 139º, inciso 22 de nuestra Carta Magna, que contempla el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, ello concordado con lo que estipula el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal que establece que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora.

Análisis del caso concreto

Décimo primero. En el caso en concreto, esta Sala Suprema está encaminada a establecer si el control difuso ejercido por el precitado órgano de justicia ha sido válido o no, determinando si dicha actuación es conforme a los fines de salvaguardar la hegemonía de la norma constitucional, sin que se vulnere la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, ni exista una actuación contra el ordenamiento jurídico y/o se utilice el control difuso para fines distintos a los autorizados. Para ello, los lineamientos a seguir serán los establecidos como doctrina jurisprudencial vinculante fijados en la Consulta N.º1618-2016-LIMA, como ya se había mencionado.

11.1. Sobre la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad.

El artículo 57º del Código Penal, modificado por la Ley N.º 30304, Ley que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, fue promulgado el veintiocho de febrero de

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

dos mil quince conforme al procedimiento constitucional previsto en el artículo 108° de la Constitución Política del Perú de mil novecientos noventa y tres; por tanto, se tiene que la norma citada se encontraba en vigencia al momento de interponerse la denuncia penal, veintisiete de abril de dos mil dieciséis y es de carácter obligatorio conforme al artículo 109° de la Constitución Política Nacional.

11.2. Juicio de Relevancia.

Estando a la naturaleza del delito instruido (contra la administración pública, delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos en su modalidad de peculado, en su forma penal de peculado doloso por apropiación), el dispositivo legal objeto de control difuso, último párrafo del artículo 57° del Código Penal, modificada por la Ley N.º 30304, está referida a la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos; por lo que, esta Sala Suprema advierte que la norma inaplicada se vincula en forma relevante con el presente caso, toda vez que se condenó al imputado Julio Artemio Cortez Rojas por la comisión del delito de peculado doloso por apropiación, motivo por el cual se supera el juicio de relevancia de la norma inaplicada.

11.3. Labor Interpretativa.

En relación a la interpretación de la norma inaplicada, corresponde precisar que la parte *in fine* del artículo 57° del Código Penal, modificado por la Ley N.º 30304, pertenece al sistema normativo penal de nuestro ordenamiento jurídico, advirtiéndose específicamente que dicha norma está destinada a los efectos de que la imposición de una pena privativa de libertad sea efectiva, estableciendo taxativamente que aquellas personas que sean declaradas responsables de la comisión de un delito contra la administración pública, como la prevista en el artículo 387° del Código Penal y que ostenten la calidad de funcionarios o servidores públicos, pese a cumplir con los requisitos exigidos para que se les suspenda la pena impuesta, no podrán ser merecedores de esta facultad del juzgador.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

En el presente caso, el procesado Julio Artemio Cortez Rojas fue condenado como autor del delito contra la administración Pública - Peculado en agravio del Estado, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 387º del Código Penal, imponiéndole cuatro (04) años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres (03) años y el cumplimiento de reglas de conducta. Para imponer la pena suspendida ha **inaplicado** al caso concreto la Ley N.º 30304 que incorpora el párrafo *in fine* del artículo 57º del Código Penal que prohíbe la *suspensión de la ejecución de la pena en caso de los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387 del Código Penal*”; además, los efectos de una pena privativa de libertad de corta duración podrían resultar más dañinas al condenado que una pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, siendo necesario precisar que dicho sentenciado se encuentra sujeto al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, establecidas en el artículo 58º del Código Penal; por lo que, esta situación nos permite advertir que la aplicación de dicha norma en este caso, colisionaría con el derecho constitucional de proporcionalidad, motivo por el cual corresponde efectuar el test correspondiente, consistente en el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a efectos de determinar qué norma prevalece.

Aplicación del Test de Proporcionalidad

Décimo segundo.

12.1 Al respecto, el juicio de proporcionalidad o test de proporcionalidad, cuyo origen es atribuido a la justicia germánica, es en la doctrina y jurisprudencia internacional no solo el medio más idóneo de arribar a la ponderación, sino también de realizarla. Este, en términos de su principal expositor, no es más que la manifestación del principio de proporcionalidad (*supra* principio rector del ordenamiento jurídico) y se descompone en tres partes³:

³ ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, primera edición 2009, México, Porrúa, p. 8.

CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO

- I. Subprincipio de adecuación, por el cual se proscribe las medidas que perjudiquen o afecten la vigencia de algún principio constitucional, cuando estas no promuevan, a su vez, la vigencia o realización de algún otro.
- II. Subprincipio de necesidad, el cual requiere que la medida restrictiva adoptada sea la menos gravosa para el principio constitucional afectado, entre todas aquellas que era posible elegir para promover la vigencia del otro.
- III. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, por el cual se busca la optimización concreta de cada uno de los principios en conflicto, bajo la regla que reza “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”⁴.

En estricto, se trata de establecer si la intervención del órgano jurisdiccional, dejando de aplicar, por considerar inconstitucional en el caso concreto, la norma penal, se justifica o no constitucionalmente.

12.2 En cuanto al **subprincipio de adecuación**, debe establecerse si lo que se busca con la medida de inaplicación normativa, es lícito y coherente con los fines constitucionales asignados a la persona humana. Tal como se ha señalado precedentemente, la resolución de vista consultada al inaplicar el artículo 57° del Código Penal, pretende la protección. En este sentido, este Colegiado Supremo considera que, en atención a las particularidades del caso en concreto, esto es, la comisión del ilícito de peculado previsto en el artículo 387° del Código Penal, al apropiarse de los caudales públicos y que el sentenciado no tiene la condición de reincidente ni habitual; además, resulta ser una persona mayor de 64 años de edad, atendiendo al deterioro físico y psicológico propio de la edad, y las condiciones carcelarias determina que la restricción de la suspensión de la pena, resulte desproporcional y,

⁴ Ídem, p. 9.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

consecuentemente no supere el requisito de idoneidad, por lo que, se tiene por no cumplido este sub principio de adecuación o finalidad.

12.3 Respecto al **subprincipio de necesidad**, debe establecerse si la intervención del órgano jurisdiccional, al inaplicar la ley penal, era la única que permitía el logro de la finalidad –descrita, líneas arriba–; es decir, si el órgano jurisdiccional no tenía la posibilidad de adoptar una medida menos gravosa que la adoptada para obtener la misma protección a los derechos fundamentales del imputado. Como se ha indicado líneas arriba, la sentencia consultada al inaplicar al caso concreto, la Ley N.º 30304 que incorpora el párrafo in fine del artículo 57º del Código Penal, pretende la protección de la dignidad de la persona humana en su derecho a la libertad ambulatoria y proporcionalidad frente a la restricción de la suspensión de la efectividad de la pena a imponerse por el delito cometido en el caso de autos; entonces, no existiendo otra posibilidad, menos gravosa, que la adoptada por la Sala Superior, se verifica que la norma antes indicada no cumple con este subprincipio.

12.4 En relación al **subprincipio de proporcionalidad en el sentido estricto**, se advierte que, en este caso, el bien protegido por la decisión jurisdiccional – la dignidad de la persona humana –, conforme se ha precisado líneas arriba, da plena justificación a la inaplicación de la norma penal, artículo 57º del Código Penal, pues el imputado tiene 64 años de edad y carece de antecedentes penales; es por ello que, la intervención del órgano jurisdiccional en el no cumplimiento de la norma legal guarda proporción en protección del mencionado derecho fundamental del imputado de la medida adoptada. De lo que, se concluye que la norma penal señalada, tampoco cumple con este subprincipio.

12.5 En ese sentido, tenemos que el artículo 57º del Código Penal, al prohibir la suspensión de la ejecución de la pena en caso de los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384º y 387º del Código Penal, afecta la dignidad de la persona humana, lo que implica además el libre desarrollo, que contiene el

**CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO**

derecho a la libertad y movilidad, sobre todo si estamos ante una persona que cuenta con 64 años de edad y cuya pena impuesta no supera los cuatro años; además colisiona con los principios de igualdad ante la ley, de proporcionalidad y de resocialización del penado. Por lo que resulta, adecuado proporcional y esencialmente igualitario, la inaplicación de dicha norma en el presente caso.

12.6 Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso concreto, que la norma cuestionada no guarda compatibilidad con las normas constitucionales, la inaplicación del artículo 57° del Código Penal, se encuentra arreglada al artículo 138° de la Constitución Política del Estado, por lo que, se aprueba el control difuso efectuado en la sentencia consultada, haciéndose presente que el Primer Juzgado Unipersonal Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao, ha dispuesto la pena suspendida, que es acorde a la dignidad de la persona humana.

12.7 En consecuencia, la actuación Primer Juzgado Unipersonal Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao al preferir la norma constitucional a la ley ordinaria en la sentencia consultada resulta correcta, inaplicando la restricción de la suspensión de la pena, en atención a las circunstancias objetivas generadas en el proceso, y, por ello, corresponde aprobarse la sentencia consultada.

DECISIÓN:

Por las consideraciones expuestas: **APROBARON** la sentencia contenida en la resolución de fecha trece de octubre de dos mil veintiuno, inserta a fojas setenta y uno del expediente principal, emitida por el Primer Juzgado Unipersonal Permanente de la Corte Superior de Justicia del Callao; *en el extremo* que, **inaplica** al caso concreto, la Ley N.º 30304 que incorpora el párrafo *in fine* del artículo 57° del Código Penal; en los seguidos contra Julio Artemio Cortez Rojas, por el delito contra la administración pública en la modalidad de delitos cometidos por funcionario público -sub tipo peculado

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N.º16401-2023
CALLAO

doloso, previsto en el artículo 387º, primer párrafo del Código Penal en agravio del Estado Peruano; y, *los devolvieron*. **Interviene como ponente el señor Juez Supremo Linares San Román. -**

S.S.

DE LA ROSA BEDRIÑANA

YRIVARREN FALLAQUE

LINARES SAN ROMÁN

DIAZ VALLEJOS

GUTIÉRREZ REMÓN

HHSP/lqh