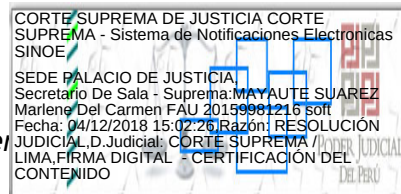


*Corte Suprema de Justicia de la República  
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*



**CONSULTA  
EXPEDIENTE N° 27757-2017  
VENTANILLA**

Lima, seis de marzo  
de dos mil dieciocho.-

**VISTOS;** con el acompañado, y **CONSIDERANDO:**

**I. MATERIA DE CONSULTA:**

Es objeto de consulta la sentencia contenida en la resolución número veintiuno, de fecha diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, que condenó a David José Flores Guevara como autor del delito contra el patrimonio –Robo Agravado– e **inaplicó el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Estado.**

**II.- REFERENCIAS PRINCIPALES DEL PROCESO:**

**2.1.** El proceso penal fue iniciado mediante Auto Apertorio de Instrucción, emitido mediante resolución número uno, del diez de agosto de dos mil quince, obrante a fojas cincuenta y uno, por el Juzgado Mixto Transitorio de Mi Perú de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, tramitado luego por el Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente Mi Perú de la misma Corte Superior, disponiéndose por resolución número nueve de fojas ciento veintidós, la conclusión de la investigación y su remisión a la Sala Superior correspondiente.

**2.2.** Realizada la tramitación que corresponde, mediante sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla – Resolución número veintiuno del diecinueve de octubre de dos mil diecisiete–, a fojas doscientos sesenta y uno, se condenó a David José Flores Guevara como autor del delito contra el Patrimonio –Robo Agravado–, en agravio de Max Hilanchester Sánchez García, imponiéndosele cuatro años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspendió con el carácter de condicional por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; se fijó una reparación civil

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°27757-2017  
VENTANILLA**

ascendente a doscientos con 00/100 soles (S/ 200.00) y, demás puntos allí contenidos.

**2.2.** En el referido pronunciamiento final, la Sala Penal invocando el control difuso inaplica la prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, imponiéndole al procesado **cuatro años de pena privativa de la libertad, con suspensión de la ejecución con el carácter de condicional por el periodo de prueba de tres años**; sosteniendo que dicha norma es inconstitucional al vulnerar el principio de igualdad contenido en el numeral 2 del artículo 2 de la Norma Fundamental, considerando que el articulado inaplicado es una disposición general que debe aplicarse a todos los imputados y no solo a algunos; sobre dicha base atenúa la pena por responsabilidad restringida, además de evaluar que el proceso tiene una capacidad penal disminuida, elemento esencial de la culpabilidad, carece de instrucción cultural pues solo cursó el primer año de secundaria, considerando que dichas características no le permitieron apreciar adecuadamente el carácter antijurídico de su accionar; a lo que suma que el ilícito penal se realizó con mínima afectación a la integridad del agraviado y el patrimonio afectado es la sustracción de tres USB y la suma de ciento cincuenta con 00/100 soles (S/ 150.00). Siendo que el procesado David José Flores Guevara, al momento de la comisión del hecho punible –*seis de enero de dos mil quince*– contaba con dieciocho años y cuatro meses de edad; en consecuencia, tendrían la condición de agentes con responsabilidad restringida por la edad que es incompatible con el derecho constitucional a la igualdad.

**III. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL:**

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

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 27757-2017**  
**VENTANILLA**

**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. 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 difuso<sup>1</sup> y que contiene el siguiente enunciado: *“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”*.

**CUARTO:** Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 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*

---

<sup>1</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 27757-2017**  
**VENTANILLA**

*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”<sup>2</sup>. (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.<sup>3</sup>

**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**

---

<sup>2</sup> 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

<sup>3</sup> 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**  
**EXPEDIENTE N°27757-2017**  
**VENTANILLA**

**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 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° 17151-20 13 –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 esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo 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 estas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental”.

**IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:**

**SÉPTIMO:** En el presente caso, es pertinente traer a colación los hechos fijados por la instancia superior penal, así tenemos que la Primera Sala Penal de Apelaciones en el

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 27757-2017**  
**VENTANILLA**

primer considerando del fallo, objeto de consulta, estableció que: “[...] con fecha seis de enero del año dos mil quince a las veintiún horas con treinta minutos aproximadamente, en circunstancias de que el agraviado Max Hilanchester Sánchez García se encontraba a la altura de la zona deportiva RENIEC de Pachacutec, distrito de Ventanilla, tres sujetos desconocidos le solicitaron servicio de transporte en su vehículo motorizado de palca de rodaje V7-7146 marca Bajaj, siendo que al avanzar menos de una cuadra, fue reducido con una arma de fuego por David José Flores Guevara, logrando sustraerle su canguro que contenía la suma de s/. 150.00 (ciento cincuenta soles) y tres USB, siendo golpeado en el rostro por dichos sujetos con la intención de llevarse su vehículo, pero ante su negativa, optaron por arrojar piedras a la luna de la puerta de la unidad, hechos que fueron denunciados ante la autoridad policial”.

**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 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.

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 27757-2017**  
**VENTANILLA**

**NOVENO:** En el presente caso, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Ventanilla, señala en los folios cuatro y cinco del fallo superior que: “[...] *el acusado a la fecha de la comisión del ilícito penal contaba con dieciocho años de edad y cuatro meses, y si bien se podía considerar la atenuante de responsabilidad restringida para la determinación de la pena, de conformidad a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N° 1181, prohíbe la aplicación de esta atenuante en los casos de determinados delitos, entre ellos, el de robo agravado; sin embargo, este Colegiado considera dicha norma inconstitucional toda vez que vulnera el principio de igualdad, [...] es una disposición general, que debe aplicarse a todos los imputados y no solo a algunos; pues de no hacerlo [...] se afecta el principio-derecho de igualdad, del mismo parecer las Salas Supremas de la Especialidad Penal, vienen aplicando uniformemente, que en determinados casos debe aplicarse la atenuante de responsabilidad restringida, a pesar de la vigencia de la norma y su respectiva modificación, debido a que las penas para proteger determinados bienes jurídicos, son muy altas, lo cual se vulnera el Principio de Lesividad –[...] el cual señala que la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley–, y el Principio de Proporcionalidad [...] el cual establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Siendo así, este Colegiado, se desvincula de dicha norma penal (segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal) por considerarse inconstitucional por los argumentos antes esgrimidos, ello a mérito de lo señalado por el Tribunal Constitucional, que ha preservado la facultad del juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal*”.

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

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 27757-2017**  
**VENTANILLA**

*como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias*<sup>4</sup>. 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 ejecución<sup>5</sup>.

**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 artificiosos<sup>6</sup>. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras.

**DÉCIMO TERCERO:** En consecuencia, siendo que el artículo 22 del Código Penal contempla los delitos exceptuados de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad, como lo es el robo agravado, tenemos que en dicho contexto normativo

---

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0018-2003-AI/TC.

<sup>5</sup> La Constitución Comentada-Análisis Artículo por Artículo –Tomo I, Gaceta Jurídica, Edición Diciembre 2005, Pág. 87

<sup>6</sup> STC Exp. N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°27757-2017**  
**VENTANILLA**

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

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

**DÉCIMO QUINTO:** En ese entendido, si bien es cierto, que el sentenciado David José Flores Guevara por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, cumpliría el presupuesto de la edad, de ser mayor de dieciocho y menor de veintiún años al momento de la comisión del ilícito (*el seis de enero de dos mil quince contaba con dieciocho años y cuatro meses de edad*), también lo es que, no basta aquello para acceder a la reducción de la pena, respecto a la naturaleza del delito cometido; así en la sentencia consultada no se trasluce que se haya efectuado un control difuso respecto del caso en particular; asimismo, carece de argumentos justificativos suficientes para reducir la pena por imputabilidad restringida, dado que la propia norma otorga la posibilidad de aplicar dicha

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 27757-2017**  
**VENTANILLA**

imputabilidad restringida, lo que no debe confundirse con una reducción automática; por consiguiente, se puede concluir que en la sentencia de la Sala Superior objeto de consulta, su examen se ha efectuado de manera genérica orientados a un control abstracto de la norma y no, al caso particular, lo que entra en abierta contraposición con el supuesto contemplado en el último párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú y el artículo 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:** En consecuencia, para que en el caso concreto sea posible conceder el beneficio de responsabilidad restringida, **se impone la exigencia al órgano jurisdiccional de explicar debidamente las circunstancias particulares que se presentan en el caso en concreto**, que nos lleven a inferir que la diferenciación, en principio legítima, realizada por el legislador, colisionaría con un derecho fundamental, lo que no se vislumbra de lo argumentado en el apartado 7.1.1 del fallo revisado, respecto de la responsabilidad restringida del sentenciado; *máxime*, si tenemos en cuenta que de acuerdo a las reglas del ejercicio de control difuso detalladas en el quinto considerando de este pronunciamiento, el ejercicio del control difuso requiere de una labor previa como es el de verificar en forma obligatoria una labor interpretativa escrupulosa, con el propósito de agotar los medios para salvar la constitucionalidad de la norma; además de haberse determinado en este caso concreto, que la norma inaplicada en su interpretación sí guarda compatibilidad con las normas constitucionales.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso concreto, que la norma inaplicada en su interpretación sí guarda compatibilidad con las normas constitucionales y no habiéndose realizado un correcto desarrollo del control difuso en la sentencia consultada, esta no corresponde ser aprobada.

**V. DECISIÓN:**

Por estas consideraciones, **DESAPROBARON** la sentencia de fecha diecinueve de octubre de dos mil siete, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°27757-2017  
VENTANILLA**

Corte Superior de Justicia de Ventanilla, obrante a fojas doscientos sesenta y uno, en el extremo que realizó el control difuso y declaró **inaplicable** al caso el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra David José Flores Guevara en su calidad de autor del delito de robo agravado, en agravio de Max Hilanchester Sánchez García; en consecuencia **NULA** la sentencia consultada; y, **ORDENARON** al Colegiado emitir nuevo pronunciamiento conforme a las consideraciones glosadas en la presente resolución; y se devuelva. **Juez Supremo: Bustamante Zegarra.**

**S.S.**

**WALDE JÁUREGUI**

**RUEDA FERNÁNDEZ**

**SÁNCHEZ MELGAREJO**

**BUSTAMANTE ZEGARRA**

*Mam/kly*

**EL VOTO EN MINORIA DEL SEÑOR MAGISTRADO WONG ABAD ES, COMO SIGUE: -----**

**PRIMERO.-** Es materia de consulta la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, de fecha diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, obrante a fojas doscientos sesenta y uno, mediante la cual, ejerciendo control difuso, inaplicó el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal (en su tenor modificado por el Decreto Legislativo N°1181), por incompatibilidad con el derecho a la igualdad y el principio de proporcionalidad.

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°27757-2017**  
**VENTANILLA**

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

**TERCERO:** Ahora bien, el mecanismo del **control difuso** se encuentra contemplado en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que: *“(...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los Jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*.

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

**CUARTO:** Sobre el particular, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N°017-93-JUS, señala que: *“(...), cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”*.

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°27757-2017  
VENTANILLA**

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

**QUINTO:** En este contexto, a través de la sentencia de fecha diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, obrante a fojas doscientos sesenta y uno, que es materia de consulta, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, condenó a David José Flores Guevara como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado (previsto en los incisos 2, 3 y 4 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, concordado con el artículo 188 del mismo cuerpo de leyes), en agravio de Max Hilanchester Sánchez García condenándolo por tal motivo a cuatro años de pena privativa de la libertad, cuya ejecución se suspende con el carácter de condicional por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de las reglas de conducta que se detallan; y, declara inaplicable la parte pertinente del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, sosteniendo que dicha norma es inconstitucional por cuanto vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado y el principio de proporcionalidad contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.

**SEXTO:** En consecuencia, atendiendo a lo expuesto, corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse sobre el control de la constitucionalidad realizado por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, la cual, como venimos diciendo, inaplicó al caso concreto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal por preferir lo prescrito en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

**SÉPTIMO:** Bajo ese orden de ideas, para un mejor análisis del tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable en torno a la responsabilidad restringida de las personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad.

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N° 27757-2017  
VENTANILLA**

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

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

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

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

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°27757-2017  
VENTANILLA**

precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable<sup>7</sup>.

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

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

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

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

Precisamente, el fundamento de la responsabilidad restringida estriba, en que el individuo no alcanza la madurez de repente y a los individuos entre dieciocho y veintiún años no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente, pues su proceso de madurez no ha terminado, por lo que la capacidad de culpabilidad debe ser considerada como limitada<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Véase Fundamento 4.

<sup>8</sup> HURTADO, JOSÉ /PRADO, VÍCTOR: Manual de Derecho Penal. Parte General, I, Lima, 2011, pp. 618-621.

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N° 27757-2017  
VENTANILLA**

Por consiguiente, si el elemento relevante es el estado de inmadurez del agente, no se encuentra justificación para que la utilización de esta atenuante dependa del delito cometido pues, en este último caso, dos personas en la misma situación de madurez serían tratadas en forma distinta: una con la imposición de una pena ajustada a su situación personal específica y la otra castigada con una pena excesiva.

Por estas razones, no se advierten causas objetivas y razonables que den lugar a la diferenciación prevista en la norma bajo análisis, por el contrario, nos encontramos ante situaciones idénticas –madurez en razón de la edad- que merecen un trato igualitario.

**DÉCIMO:** Regresando al caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta, además, que de acuerdo con los artículos IV<sup>9</sup> y VIII<sup>10</sup> del Título Preliminar del Código Penal, que regulan los principios de lesividad y proporcionalidad, respectivamente, la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, no pudiendo sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

Estando a ello, apreciamos que en el caso de autos se encuentra acreditado que si bien al agraviado se le sustrajo algunas pertenencias; no obstante, el bien jurídico tutelado en el delito de robo agravado es el patrimonio (3 USB y S/. 150 soles), el cual resulta de menor valor frente a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud; además, si bien el agraviado sufrió un daño físico<sup>11</sup> provocado por el actuar delictivo del procesado; sin embargo, no consta que ello le haya ocasionado complicaciones posteriores en su salud o atenciones médicas adicionales para lograr su total recuperación, no logrando por ello convertirse en una lesión de considerable relevancia, pues ni siquiera alcanza la categoría de leve de acuerdo a lo previsto en el artículo 122<sup>12</sup> del Código Penal; por tal razón, se considera que la reducción de

---

<sup>9</sup> Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

<sup>10</sup> Artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

<sup>11</sup> Véase Certificado Médico Legal de fojas 28 del expediente acompañado, el cual concluye que el agraviado presenta signos de lesiones corporales traumática recientes producidas por agente contundente y requiere atención facultativa de un día por cuatro días de incapacidad médico legal.

<sup>12</sup> Artículo 122.- El que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento cincuenta días-multa.

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N° 27757-2017  
VENTANILLA**

años de pena, por parte de la Sala de mérito, más el pago de una reparación civil, resultan razonablemente suficientes y proporcionales a fin de reprimir el delito cometido; *máxime*, si el procesado, conforme a lo establecido por la Sala Superior, se encontraba ebrio el día de los hechos, además ha admitido los cargos y ha solicitado la conclusión anticipada del proceso.

En todo caso lo contrario, esto es, la imposición de la pena sin el beneficio de la responsabilidad restringida, implicaría un exceso y desproporción que atentaría contra los derechos de rehabilitación y reinserción social –los cuales, de acuerdo con el artículo 5 numeral 5.6<sup>13</sup> de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyen la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad-; así como contra la realización personal y familiar, el proyecto de vida y otros derechos vinculados a la dignidad de la persona que se encuentran previstos en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

**DÉCIMO PRIMERO:** Sobre el particular, tenemos que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la República, con ocasión del “X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias”, ha emitido el **Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116**, publicado el diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, en el que ha establecido como doctrina legal, entre otros, los siguientes criterios<sup>14</sup>:

“14. (...)

*Luego, si la edad del agente está referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que **la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido**, que tiene su propio baremo de apreciación.*

---

Texto vigente a la fecha de ocurridos los hechos.

<sup>13</sup> Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Derecho a la Integridad Personal:  
(...)

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

<sup>14</sup> De acuerdo a lo señalado en el Considerando 25°.

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N° 27757-2017**  
**VENTANILLA**

*15. El grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido. **La disminución de la pena, según el presupuesto de hecho del artículo 22 del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano.***

*Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado. (...).” (Resaltado nuestro).*

**DÉCIMO SEGUNDO:** En ese mismo sentido, el propio Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia dictada en el Expediente N° 00751-2010/PHC/TC, de fecha quince de junio de dos mil diez, que: *“De acuerdo al texto del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) y a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 (fojas diecisiete), queda a criterio del juez la reducción prudencial de la pena y/o inaplicación del segundo párrafo del artículo antes mencionado”.*

Siendo que el referido Acuerdo Plenario, en el numeral 11, con carácter de doctrina legal, estableció que: *“Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación - desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente - que impide un resultado jurídico legítimo”.*

Por consiguiente, entendemos que nuestro Tribunal Constitucional ha aprobado, implícitamente, el criterio citado.

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

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°27757-2017**  
**VENTANILLA**

Por tales fundamentos, **MI VOTO es por APROBAR** la sentencia consultada de fecha diecinueve de octubre de dos mil diecisiete, obrante a fojas doscientos sesenta y uno, que resuelve **INAPLICAR** al presente caso lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra David José Flores Guevara, sobre delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo Agravado; en agravio de Max Hilanchester Sánchez García; y se *devuelva*. Interviene como **Juez Supremo Ponente: Wong Abad**.

**S.S.**

**WONG ABAD**

Rllc/myp