

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente

CONSULTA

EXPEDIENTE N° 1826-2021

ANCASH

Lima, quince de Julio

de dos mil veintiuno

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

PRIMERO: Es materia de consulta, la sentencia de vista contenida en la resolución número dieciséis de fecha dieciséis de diciembre de dos mil veinte, obrante a fojas ciento noventa, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que resuelve inaplicar para el caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad consagrado por el artículo 2 inciso 2) de la Constitución Política del Estado; en consecuencia, condena al imputado Daniel Benjamín Arce Chauca como autor del delito contra la libertad sexual – Violación sexual de menor de edad previsto en el artículo 173 inciso 1) del Código Penal; confirmando la resolución número nueve de fecha seis de julio de dos mil veinte, obrante a fojas ciento veintiuno, casi en su integridad y reformándola impusieron a Daniel Benjamín Arce Chauca, treinta y cinco años de pena privativa de libertad, efectiva en su ejecución la cual vencerá el veintiocho de enero de dos mil cincuenta y cinco.

SEGUNDO: La consulta es una institución mediante la cual una sentencia no impugnada por las partes es revisada por el Superior. Se trata de un procedimiento que la norma procesal exige, dado que el ordenamiento jurídico tiene interés en que ciertas situaciones sean revisadas por una instancia superior, las cuales están vinculadas por lo general, a aquellos

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

procesos que involucra a la familia o al Estado (interés público); sin embargo, también es obligatoria la consulta cuando un juez inaplica una norma ilegal por inconstitucional. Por su parte, si bien la consulta puede traer una anulación o revocación de la sentencia, tal como sucede con el recurso, ésta es producto de la propia norma y no de la voluntad de las partes. Por otro lado, tampoco existe agravio ni error pues las partes no la impugnan¹.

TERCERO: Respecto al control difuso, conviene en señalar que este consiste en la atribución jurisdiccional de inaplicar -al caso concreto- una norma legal o infralegal incompatible con la Constitución Política del Estado. Su origen se remonta a la sentencia del juez norteamericano John Marshall en el caso *William Marbury versus James Madison* (5 U.S. 137) de mil ochocientos tres, cuando el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América inaplicó, para el caso concreto, la *Judiciary Act* de mil setecientos ochenta y nueve por considerarla contraria a lo establecido en la Constitución Federal de mil setecientos ochenta y siete; técnica conocida *judicial review*². Esta facultad para realizar el control difuso tiene carácter incidental, en tanto se da al interior de un proceso, y es concreto o relacional, ya que en su ejercicio no se analiza la norma reputada inconstitucional en abstracto, sino con ocasión de su aplicación a un caso en particular. Por ello también, sus efectos son *inter partes* y no *erga*

¹ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil, Análisis artículo por artículo, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2011, Lima, p. 885.

² Cfr., entre otros, García Belaunde, Domingo. "El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. Aproximación al tema". Ponencia del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México, 2004.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

omnes, esto es, su alcance está circunscrito a los que participan en la controversia.

CUARTO: En nuestro país, la previsión más remota sobre esta técnica jurisprudencial norteamericana, la encontramos en el artículo 10 de la Constitución de mil ochocientos cincuenta y seis, el cual establecía que: *“Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”*. Luego, aun cuando la Constitución de mil ochocientos setenta no recogió presupuesto alguno, el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de mil novecientos treinta y seis pudo prever que: *“Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera”*. Hasta que la Constitución Política de mil novecientos setenta y nueve, señaló en el artículo 236 que: *“En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”*.

QUINTO: En la actualidad, el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, indica 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”*. Sobre el particular, si bien todo juez tiene la potestad y el deber de ejercer control difuso de constitucionalidad normativa, en tanto es el defensor de la Constitución, no es menos cierto que nuestro ordenamiento jurídico ha confiado en la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, y solamente en ella, la tarea de valorar si este ejercicio jurisdiccional del control difuso practicado pueda resultar constitucionalmente admisible o

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

no. De este modo, será entonces la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desapruebe el ejercicio del control difuso, con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un juez no necesariamente especialista en materia constitucional; y, en segundo término, uniformizar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

SEXTO: En cuanto a su desarrollo, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS expresa 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, resuelvan la causa con arreglo a la primera; precisando que la actuación del magistrado debe limitarse a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad, para el caso en concreto, sin afectar su vigencia, ya que esta última es controlada en la forma y modo que la Constitución establece; reafirmando la competencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema para revisar en consulta las sentencias así expedidas, en caso no fueren apeladas, cuya aplicación también comprende a las sentencias emitidas en segunda instancia, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En consecuencia, corresponde a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento sobre la constitucionalidad material del ejercicio del control difuso realizado por cualquier juez en todo tipo de proceso y en cualquier etapa de este.

SÉPTIMO: Ahora bien, en el caso de autos materia de consulta, la sentencia de vista contenida en la resolución número dieciséis de fecha

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

dieciséis de diciembre de dos mil veinte, obrante a fojas ciento noventa, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que resuelve inaplicar para el caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad consagrado por el artículo 2 inciso 2) de la Constitución Política del Estado; en virtud de ello, esta Sala Suprema considera que se ha presentado un conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional y, de otro lado, la norma legal; por tanto, corresponde a esta Sala Suprema pronunciarse sobre la validez del control difuso realizado por el Juez de la causa.

OCTAVO: Sobre el control difuso, el Tribunal Constitucional ha señalado³ que es un acto complejo en la medida en que significa preterir 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, requiriéndose, para que sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos: **a)** que en el proceso constitucional, el objeto de la 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; y, **c)** que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución Política del Estado.

³ Exp. 1124-2001-AA/TC Lima. Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de julio de 2002, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú SA y FETRATEL. FJ. 13.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

NOVENO: En tal contexto, esta Sala Suprema considera necesario analizar la validez del control difuso por el Juez de la causa, siguiendo los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional, descritos en la consideración precedente. En cuanto al supuesto contemplado en el **acápito a)**, referido a que el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional; es preciso señalar que en este caso particular el Juez de la causa al dictar la sentencia materia de consulta, consideró que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, norma que regula los supuestos de excepción para la aplicación de la responsabilidad penal restringida por razón de la edad, es incompatible con el derecho fundamental a la igualdad contemplado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado, con base a que el Código Penal ha establecido que todas las personas comprendidas entre dieciocho y veintiún años de edad son incapaces relativos o imputables restringidos por la edad y por ese motivo son favorecidos con la reducción prudencial de la pena para el hecho punible cometido; sin embargo, la norma cuestionada excluye la aplicación de ese beneficio a los que cometen, como en este caso, el delito de violencia contra la libertad sexual – violación sexual de menor, pese a tener la condición de imputable restringido, disposición que la Sala Penal considera que vulnera el derecho fundamental de toda persona a la igualdad ante la ley al hacer dicha discriminación en virtud a la naturaleza del delito cometido; por tanto, en ejercicio del control difuso, dejó de aplicar la norma legal por ser incompatible con la Constitución; siendo esto así, se satisface este primer presupuesto.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

DÉCIMO: En cuanto a la exigencia contemplada en el **punto b)**, referido a que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso; es preciso tener en cuenta que el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal⁴, artículo modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, regula la responsabilidad penal restringida de las personas comprendidas entre dieciocho y veintiún o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, reduciendo prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido; mientras que el segundo párrafo de dicha disposición prevé los casos de exclusión para la aplicación de dicho beneficio, en virtud a la gravedad del delito cometido, tales como violación de la libertad o indemnidad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, 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.

⁴ Art. 22° del Código Penal, modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015: "**Artículo 22. Responsabilidad restringida por la edad**

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, sicariato, **conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato**, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, 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" (resaltado nuestro).*

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

UNDÉCIMO: En el presente caso, se aprecia la participación del imputado Daniel Benjamín Arce Chauca, conforme se desprende de la sentencia de fecha seis de julio de dos mil veinte, obrante a fojas treinta y tres en copia certificada, emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supranacional, quien hizo que la menor agraviada L.E.H.G. le chupe el pene, conforme lo ha sostenido en reiteradas oportunidades la citada menor, imponiéndosele la pena de cadena perpetua entre otras disposiciones. Para reducir prudencialmente la pena, la Sala Penal, en virtud del control difuso, dejó de aplicar la excepción contemplada por el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, sobre la responsabilidad penal restringida por razón de la edad, rebajando la sanción, siendo que en el caso del delito contra la libertad sexual – violación de menor de edad correspondería la pena de cadena perpetua, pero al considerarse la calidad de ser un sujeto de responsabilidad restringida por la edad, al contar con dieciocho años al momento de los hechos; la pena debería ser hasta el límite inferior al mínimo legal, siendo que al no tener la pena ni límites máximos ni mínimos, le correspondería la establecida como de carácter temporal máxima, artículo 29 del Código Penal, es decir, treinta y cinco años; por tal motivo, se constata que el supuesto de la norma cuestionada tiene relación directa, principal e indisoluble con el caso concreto.

DUODÉCIMO: Finalmente, en relación al presupuesto previsto en el **acápito c)**, respecto a que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución Política del Estado; es primordial tener en consideración el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que señala: *“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior*

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

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". De esta manera se exige al juzgador que el ejercicio del control difuso a efectuar sea practicado en tanto resulta pertinente para la dilucidación del caso a su conocimiento y que además emplee en su análisis el criterio de interpretación constitucional denominado "interpretación conforme a la Constitución", que le demandará preferir, de las múltiples interpretaciones que puedan establecerse respecto de la norma cuestionada, aquella que salve su constitucionalidad.

DÉCIMO TERCERO: Esta Sala Suprema, considera necesario realizar el análisis determinando en primer lugar la igualdad como derecho y como principio constitucional; y, en segundo lugar, se debe aplicar el test de igualdad, a fin de establecer si en el caso concreto existe o no la alegada trasgresión. En efecto, la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2 inciso 2) de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres de acuerdo al 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 cualquier índole*". Cabe anotar, que desde una perspectiva constitucional la igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y, en el segundo como un derecho posible de reclamación y protección individual. Así, la igualdad como principio constitucional constituye una regla básica que el Estado debe

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona que debe ser exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna.

DÉCIMO CUARTO: Ahora bien, en cuanto a los alcances del principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha expresado que ha de considerarse⁵: *“a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y, d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres”*. La igualdad como derecho implica tanto la interdicción de la discriminación, como la igual atribución y disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento ante situaciones similares. El derecho fundamental a la igualdad tiene tres manifestaciones principales, a saber: el derecho a la igualdad ante la ley (que comprende a la “igualdad en contenido de la ley” y a la “igualdad en la aplicación de la ley”); el derecho a no ser discriminado; y, el derecho a obtener prestaciones o medidas afirmativas por parte del Estado.

Este principio contiene tres subprincipios: idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En función de estos principios, el

⁵ Exp. 0018-2003-AI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril del 2004, FJ. 2.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

Tribunal ha elaborado un test para evaluar la afectación a la igualdad. Estos pasos del test son: a) determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación, b) determinación de la «intensidad» de la intervención en la igualdad, c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin), d) Examen de idoneidad, e) Examen de necesidad, y f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (STC N° 0045-2004-AI/TC, FJ 32).

DÉCIMO QUINTO: Para determinar si en un caso concreto, se está frente a un control difuso correcto que inaplique el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal por quiebre al principio-derecho a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Nos referimos al test de igualdad, que es una guía metodológica para determinar si esta medida optimiza el derecho a la igualdad o no discriminatorio sin menoscabar o restringir en mayor grado el derecho a la protección de la vida, el cuerpo y la salud, esto es, la integridad de la persona humana, derecho fundamental reconocido por el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política o el derecho a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar al ser protegida contra la violencia sexual, medida que procura el cuidado de la sociedad en su conjunto con la medida de protección, así como la búsqueda de reprimir dicho actuar; la igualdad de trato es tarea de quien cuestiona una infracción a dicho derecho proceder

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

con su identificación, así como con la aportación de razones y argumentos por las que éste debería considerarse como un *tertium comparationis* válido e idóneo.

Dicho test se realiza a través de tres subprincipios:

1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 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”.

2. subprincipio de necesidad; comprende una comparación entre los medios empleados por el legislador para la consecución del fin constitucional y otros hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin, de modo tal que se evalúa si los otros medios alternativos serían igualmente idóneos; constituyendo un análisis medio-medio.

3. subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se realiza un juicio de comparación entre el grado de realización del fin constitucional y el grado de intensidad en la intervención en el derecho fundamental que configura su contrapartida y que se ha afectado, de modo tal que se evalúa el nivel de satisfacción de uno de los derechos en juego, en relación a la afectación del otro derecho en conflicto, pues cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

Debe precisarse que la aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

cuando se establece una diferencia de trato, **siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables**⁶.

DÉCIMO SEXTO: En cuanto al subprincipio de idoneidad, es pertinente señalar que mediante las exclusiones contempladas en el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, artículo modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, para la aplicación de la responsabilidad penal restringida por razón de la edad respecto de delitos graves como el caso de la violencia sexual en agravio de una menor, el legislador consideró idónea dicha medida, pues con ella se busca proteger la vida, el cuerpo y la salud, esto es, la integridad de la persona humana (menor de edad) y la sociedad, así como la seguridad pública, derecho fundamental reconocido por el artículo 2 inciso 1) de la Constitución Política⁷. En efecto, el derecho a la integridad ha sido enfocado desde tres perspectivas; la de carácter moral, la psíquica y la física. En cualquiera de estos supuestos se presenta como un típico atributo de exclusión, es decir, que proscribire o prohíbe injerencias arbitrarias sobre la integridad, sea que estas provengan del Estado o de cualquier persona, pues lo que se pretende es evitar las conductas que traducidas de alguna forma en violencia puedan suponer un menoscabo a los aspectos morales, psíquicos y físicos que tal derecho representa. A través de la norma impugnada lo que se busca es desincentivar las conductas infractoras que afecten la integridad física, moral o psíquica de las personas, que constituye un derecho fundamental; por tal razón, se colige que la medida contemplada por la norma

⁶ STC N° 03525-2011-PA/TC, del 30 de septiembre de 2011.

⁷ Art. 2° inciso 1) de la Constitución: “*Toda persona tiene derecho: a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física (...)*”.

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

cuestionada resulta idónea para alcanzar la protección de dicho derecho constitucional; por consiguiente, superado este juicio corresponde el examen del subprincipio de necesidad.

DÉCIMO SÉPTIMO: En relación al examen de necesidad, cabe señalar que nuestra sociedad se ha visto amenazada por el aumento dramático de la criminalidad en las ciudades más importantes del país, y si bien las autoridades públicas han implantado diversas medidas para disminuir el avance de dicho delito (violencia sexual de menor); sin embargo, no existen evidencias que acrediten que dichas medidas han cumplido con su finalidad; por esta razón la norma objeto de control difuso resulta necesaria para cumplir con el fin constitucional de proteger la integridad de la persona humana; por tanto, se advierte que también supera el juicio de necesidad.

DÉCIMO OCTAVO: Finalmente, en cuanto al subprincipio de proporcionalidad o ponderación en sentido estricto, es pertinente traer a colación que el Tribunal Constitucional ha señalado⁸ que: “(...) *la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrática de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento*

⁸ Exp. N° 0009-2007-PI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de agosto de 2007, FJ 20.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables” (resaltado nuestro).

18.1 Así, tenemos que el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto a la cual el Estado se ha obligado a cumplir, prescribe: *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*, así, como los de realización personales y familiares, al proyecto de vida, otros vinculados a la dignidad de la persona y otros derechos análogos, previstos en el numeral 3 de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO NOVENO: En el caso concreto, es menester señalar que la medida de exclusión del beneficio de la reducción de la pena dispuesta por la norma inaplicada en el presente caso, si bien se encuentra justificación objetiva y razonable en que a través de ella se pretende proteger el derecho fundamental a la integridad de la persona humana; por ello estamos ante la colisión de dos derechos, el de la integridad (protegida por la norma inaplicada) y la igualdad de trato al contar con la edad promedio de entre los dieciocho y veintiún años de edad, que establece la misma norma como beneficiario de una reducción de la pena, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, posee mayor peso o relevancia en el caso concreto. Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado. En igual sentido, ya se ha pronunciado la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en las Consultas N° 1260-2011, de fecha siete de junio de dos mil once, y N° 210-2012, de fecha veintisiete de abril de dos mil doce. Las

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

exclusiones resultan inconstitucionales y los jueces penales ordinarios no deben aplicarlas.

Es decir, que es el Juez quien podrá reducir prudencialmente la pena cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años de edad al momento de ejecutar el delito. Lo cual implica que tal atenuante se aplica facultativamente sobre la base de las circunstancias en que se cometió el delito y la actuación del inculpado, las mismas que el juez de la causa determina para cada caso en concreto (toda vez que se evalúa el grado de participación, si es reincidente, entre otros); dado que el asumir que el legislador penal sea el órgano competente para determinar discrecionalmente las conductas punibles y las respectivas sanciones no implica admitir que la discrecionalidad que tiene este órgano sea absoluta pues, como ya se ha mencionado, se encuentra limitado, al igual que todo poder constituido, mediante los principios constitucionales penales contenidos en la Norma Fundamental (principio de legalidad penal, principio de igualdad, principio de lesividad, principio de proporcionalidad penal, etc.), lo que convierte su discrecionalidad en una de carácter relativo.

VIGÉSIMO: Así, determinar si corresponde o no la aplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, que establece la exclusión del beneficio de la reducción de la pena dispuesta en el primer párrafo de la norma en comento; al caso concreto, en cuanto a Daniel Benjamín Arce Chauca, quien a la fecha de ocurridos los hechos contaba con dieciocho años de edad, esto es, dentro de los parámetros establecidos por la norma en su primer párrafo; para tales

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

efectos se debe evaluar el perfil de la persona procesada conforme lo ha sostenido la sentencia elevada en consulta; a lo cual debe agregarse que conforme al Acuerdo Plenario N° 004-2016, debe ser considerado el grado de madurez (o de disminución de las actividades vitales) de una persona en razón a su edad el cual no está en función directa a la entidad del delito cometido; máxime si dadas las circunstancias del presente caso requieren de una pena efectiva la misma que sería la de cadena perpetua; también debe evaluarse el cumplimiento de los fines de la pena; pues, se ha condenado al indicado procesado a una pena privativa de libertad efectiva de treinta y cinco años en aplicación del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal.

20.1 En este sentido, si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, en ningún caso dicha restricción puede culminar con la anulación de ésta; dado que no solo el Juez se encuentra obligado a respetar su contenido esencial; sino que, la libertad constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, independientemente del bien jurídico que el condenado haya podido infringir, lo cual debe ser evaluado caso por caso y dada las circunstancias que se presenten.

20.2 Cabe precisar que, en los casos previstos en la ley como límite del derecho a la libertad, se debe aplicar la regla de interpretación constitucional de los derechos fundamentales, los cuales se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

ratificadas por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

20.3 Así, tenemos que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados; por lo que, el establecimiento de la pena de cadena perpetua como pena prevista legalmente sólo puede considerarse constitucionalmente correcto de un modo extraordinario⁹; razón por la cual en el presente caso, al encontrarnos en un supuesto de hecho en el que la norma general ha considerado como el periodo de edad (de dieciocho a veintiún años), en que el desarrollo de la personalidad no se encuentra completamente desarrollado a la cual se le suele llamar la post adolescencia, para unos comienza a los dieciocho años, prolongándose de manera difusa hasta los veintiún años o más años (donde las áreas del cerebro de las que dependen nuestros juicios racionales y una ponderación más ajustada a la realidad en términos de costes y beneficios, objetivos y riesgos alcanzan su madurez a lo largo de la veintena); al punto de configurar un supuesto de responsabilidad penal restringida, no resulta proporcional el establecimiento de la medida

⁹ Incluso cuando es admitida la pena de cadena perpetua, el Tribunal Constitucional ha propuesto revisarla, comprensión de sus alcances señalando en la STC 803-2003 HC: Fundamento: “21. Sin embargo, el Tribunal Constitucional –conforme lo enunciara en la STC N.º10-2003-AI- no considera que lo intemporal de la sanción, lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza; sino que de acuerdo a lo expresado, exhorto al legislador a dictar medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. 22. Lo cual es congruente con el Estatuto de la Corte Penal Intencional, que, actualmente, para supuestos análogos, ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años pues permitirá contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua”.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

restrictiva de la libertad perpetua que afecta también la posibilidad de la rehabilitación y con fuerte intensidad el derecho a la igualdad, sin una clara optimización del derecho a la vida o integridad que lo justifique, dado que al procesado se le impuso la pena de treinta y cinco años de pena privativa de libertad, la cual es la pena máxima que establece la norma penal.

20.4 En dicho contexto, cabe precisar que el Tribunal Constitucional en la STC N° 0803-2003-HC, dejó sentado que “(...) *en paralelo a la función de prevención especial positiva, se encuentra la **función preventiva de penas y medidas de seguridad** garantizados en el artículo IX del mismo Título Preliminar, precepto que debe interpretarse sistemáticamente de modo indispensable con el artículo I; en tal sentido llegaremos al convencimiento que ambas funciones, las de prevención y protección; y las de resocialización se encuentran reguladas, en el primer artículo al enunciar que la legislación penal tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad. Interpretación que le asigna a la pena las funciones de prevención, protección y resocialización que emanan de la misión y sentido de la **legislación penal** lo que no es otra cosa que la prevención del delito como medio de protección de bienes jurídicos*”. En ese contexto, “(...) *tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales, tanto más si el internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila*

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

el carácter rehabilitador de la pena cuya función es formar al interno en el uso responsable de su libertad”.

20.5 Consecuentemente, en el presente caso existen factores objetivos suficientes que traslucen y que justifican la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, toda vez que se vería afectado el imputado con una intensidad desproporcionada al derecho que se pretende optimizar, dado que la pena privativa de la libertad al tener como finalidad esencial la reforma y la readaptación social del condenado lo cual no podría realizarse si se le condena con la pena de cadena perpetua en el presente caso; debiendo de considerarse que conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la STC N° 1908-2005-HC/TC, que *“(…) se debe precisar que la aplicación del principio de responsabilidad penal restringida es una potestad jurisdiccional dejada al libre y prudente criterio del juzgador, mas no así una disposición de carácter vinculante u obligatoria; debiendo tenerse en cuenta para la graduación de la pena la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido por el agente, así como sus condiciones personales”*; en dicho contexto *“Para los efectos de la graduación de la pena, debe de tomarse en cuenta la forma y circunstancias de la comisión del delito, así como la modalidad empleada, para poder apreciar la temeridad y peligrosidad con que han actuado los imputados, correspondiendo al órgano jurisdiccional la graduación de la pena, previa calificación de las conductas incriminadas”*. En el presente caso, se consideró el grado de participación, la edad, con la que contó el imputado al momento de los hechos, entre otros, en virtud de ello, la inaplicación de la prohibición contemplada en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en la sentencia

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 1826-2021
ANCASH

impugnada, haciendo control difuso, se encuentra arreglada a la Constitución Política del Estado, por lo que la consulta merece ser aprobada.

Por tales fundamentos; **APROBARON** la sentencia materia de consulta contenida en la resolución número dieciséis de fecha dieciséis de diciembre de dos mil veinte, obrante a fojas ciento noventa, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que resuelve inaplicar para el caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad consagrado por el artículo 2 inciso 2) de la Constitución Política del Estado; en el proceso seguido contra el inculpado Daniel Benjamín Arce Chauca, en agravio de la menor L.E.H.G., por el delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor; y, los devolvieron. ***Interviene como ponente el señor Juez Supremo Quispe Salsavilca.***

S.S.

QUISPE SALSAVILCA

YAYA ZUMAETA

YALÁN LEAL

HUERTA HERRERA

BUSTAMANTE ZEGARRA

Nog/cda