

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE

Lima, diecinueve de setiembre de
dos mil diecinueve

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

I.1. Consulta:

1. Es objeto de consulta la sentencia contenida en la resolución número tres del veintiuno de marzo dos mil diecinueve¹, expedida por el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que aprobó el acuerdo de terminación anticipada, además de declarar la responsabilidad penal del procesado **Marlo Branco Ninahuanca Tovar** en calidad de autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de **tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento**, previsto en el primer párrafo 176, del Código Penal, en concordancia con el tercer párrafo de la misma disposición penal (artículo modificado por el artículo 1, de la Ley N° 30838, publicada el cuatro agosto de dos mil dieciocho en el diario oficial “El Peruano”), en agravio de la menor de iniciales G.I.C.A. (quince años); en consecuencia, se le condenó a tres años, once meses y quince días de pena privativa de libertad suspendida, por el período de prueba de tres años y bajo el cumplimiento de reglas de conducta², así como al pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada; **inaplicando el artículo 5, de la Ley N° 30838, en mérito de tutelar el derecho a la igualdad, prevista en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú.**

I.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta:

¹ Corrientes a fojas ciento ochenta y cinco del expediente principal.

² Se dispuso el cumplimiento de las siguientes reglas de conducta, bajo el apercibimiento de aplicar el artículo 159 del Código Penal, en caso de incumplimiento: a) No variar el domicilio sin previa autorización del Juzgado; b) Concurrir ante la oficina de Control Biométrico cada sesenta días, situado en Jirón Antonio Miró Quesada N.° 549, primer piso, edificio “El Progreso”; c) Prohibición de acercarse a la agraviada y a sus familiares; d) No incurrir en delito similar.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

1. La sentencia elevada en consulta, sustenta la inaplicación de la norma penal que declara la improcedencia de la aplicación de la conclusión y terminación anticipada en los delitos comprendidos en los capítulos IX (violación a la libertad sexual), X (proxenetismo) y XI (ofensas al pudor) del Título IV del Libro Segundo del Código Penal., prevista en el artículo **5, de las Ley N° 30838**, pues es incompatible con el artículo 2, numeral 2, de la Constitución Política del Estado, referido al **principio de igualdad jurídica**.

II. ANTECEDENTES PRINCIPALES DE LA RESOLUCIÓN EN CONSULTA:

II.1. Hechos materia de proceso penal:

1. Se advierte de los hechos descritos por el Ministerio Público, en el Requerimiento de Prisión Preventiva³ y en la audiencia de cargos⁴ que, estos se suscitaron el día diecisiete de marzo de dos mil diecinueve a horas de la noche, en circunstancias en las que la menor de iniciales G.I.C.A. bajaba las escaleras del parque triangular de San Carlos Bajo, distrito de Santa Eulalia, para comprar plastilina; momentos en los cuales la persona de Marco Branco Ninahuanca Tovar le realizó tocamientos de contenido sexual sin el consentimiento de la agraviada, específicamente en sus nalgas, por lo que al sentirse agredida se puso a llorar; posterior a ello, fue puesto a disposición en la comisaría de Santa Eulalia.

II.2. Juicio de tipicidad de los hechos:

1. Los hechos así descritos, fueron tipificados en el delito de **tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento**, cuya fórmula legal a la fecha de comisión de los actos delictivos, el diecisiete de marzo de dos mil diecinueve, se subsume en el párrafo primero del

³ Corrientes a fojas setenta y cinco del acompañado.

⁴ Corrientes a fojas ciento sesenta y siete del expediente principal.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

artículo 176, del Código Penal, concordante con párrafo tercero de la misma disposición penal (**artículo modificado por el artículo 1, de la Ley N° 30838, publicada el cuatro agosto de dos mil dieciocho**), en tanto la menor agraviada al momento de cometerse el delito tenía quince años de edad; la descripción típica del artículo en mención es la que a continuación se detalla:

*“El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, **realiza sobre una persona, sin su libre consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos, en sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo,** será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años (...) la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo, si la víctima es mayor de catorce y menor de dieciocho años”.*

II.3. Acto procesal que da mérito a la resolución en consulta:

1. Se advierte del proceso penal seguido en contra de Marlo Branco Ninahuanca tocar ante el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este que, en la audiencia de proceso especial de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, como consta en el acta de audiencia de terminación anticipada, a fojas ciento ochenta y uno, la defensa del imputado solicitó al Juzgado acogerse a la **terminación anticipada**. Lo que motivó que el juzgado penal interrumpa por un tiempo prudente la audiencia con el fin de que el Ministerio Público y la defensa del imputado llegaran a un acuerdo sobre la pena y la reparación civil. Siendo así, luego de que el juez diera a conocer los derechos del procesado así como los alcances del proceso especial, el referido aceptó los cargos incriminados en su contra por el delito de **tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin**

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

consentimiento (artículo 176, del Código Penal), cumpliéndose los requisitos del artículo 468, del Código Procesal Penal⁵; así también se aprecia de la misma acta que las partes arribaron a un **acuerdo** en la pena y reparación civil, producto del proceso especial de terminación anticipada, en el que se aplicó el descuento por **confesión sincera** (artículo 136, del Código de Procedimientos Penales), terminación anticipada y principio de proporcionalidad de la pena, concluyendo finalmente la imposición de la pena de tres años, once meses y quince días de pena privativa de libertad con carácter suspendida, por el período de tres años de prueba, y el pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la menor agraviada.

2. El Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo mediante sentencia contenida en la resolución número tres de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, obrante a fojas ciento ochenta y cinco del expediente principal, resolvió inaplicar el artículo 5, de la Ley N° 30838, por vulnerar el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Perú – *derecho a la igualdad* –, apartándose de la prohibición de aplicar terminación anticipada para los delitos contra la libertad sexual (en el que se incluye el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento), e imponiendo seguidamente la sanción – acordada en entre las partes - de tres años once meses y quince días de pena privativa de libertad suspendida por el período de tres años y bajo el cumplimiento de reglas de conducta, además de fijarse como reparación civil la suma de mil nuevos soles.

II.4. El proceso de terminación anticipada

⁵ Artículo que entró en vigencia para todo el territorio peruano el 01 de febrero de 2006, conforme al inciso 4 de la Primera Disposición complementaria y final del Decreto Legislativo N.° 957, ratificado por el artículo Único de la Ley N.° 28460 y el artículo 1° de la Ley N° 28671.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE

1. El proceso de terminación anticipada se encuentra regulado en los artículos 468 al 471, que integran la Sección V, del Libro Quinto del Código Procesal Penal, referido a los procesos especiales, dichas disposiciones tienen vigencia en todos el territorio peruano –entiéndase que incluye todos los distritos judiciales en los que aún no se haya implementado el Código Procesal Penal del dos mil cuatro - desde el año dos mil seis, conforme al inciso 4 de la Primera Disposición complementaria y final del Decreto Legislativo N° 957, ratificado por el artículo único de la Ley N° 28460 y al artículo 1, de la Ley N° 28671. La doctrina ha señalado que se trata de un mecanismo de simplificación del proceso que tiene por finalidad evitar la continuación de la investigación judicial y el juzgamiento, dado que existe un acuerdo entre el imputado y el fiscal, en el cual el primero reconoce los hechos ilícitos atribuidos y obtiene un beneficio de reducción de la pena de una sexta parte⁶.

2. Por otro lado, el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias mediante Acuerdo Plenario N° 5-2009/CJ-116, al analizar los aspectos esenciales del proceso de terminación anticipada, establece que este “(...) importa la aceptación de responsabilidad por parte del imputado respecto del hecho punible objeto del proceso penal y la posibilidad de negociación acerca de las circunstancias del hecho, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias”⁷, siendo pertinente precisar que al encontrarse regulado en el Código Procesal penal resulta aplicable para todo tipo de delitos.

3. Asimismo, este proceso especial contiene un beneficio en la etapa de determinación judicial de la pena, toda vez que el artículo 471, del Código Procesal Penal estipula una reducción adicional acumulable de la pena de

⁶ Sánchez Velarde, Pablo (2009). *El nuevo proceso penal*. Lima-Perú: IDEMSA, pp. 384-385.

⁷ Contrastar con el fundamento jurídico 7 del mencionado Acuerdo Plenario.

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

una sexta parte, la cual es aplicable en la pena concreta, es decir, después de haberse aplicado los artículos 45, 45-A y 46, del Código Penal. Asimismo, los efectos de la confesión sincera, aplicables al Distrito Judicial de Lima Este, prevista en el artículo 136, del Código de Procedimientos Penales, que regula la potestad del juez de disminuir la pena por debajo del mínimo legal en tanto se está frente a una *atenuante cualificada*; es plausible de ser acumulada con la reducción proveniente de la terminación anticipada, tal como manda el artículo 471, del Código Procesal Penal.

4. No obstante es preciso indicar que, respecto a la terminación anticipada contemplada en el citado artículo 471 y siguientes el Código Procesal Penal, por disposición del **artículo 5, de la Ley N° 30838**, que entra en vigencia el cinco de agosto de dos mil dieciocho, se resolvió su improcedencia en los procesos por delitos regulados y sancionados en los Capítulos IX (delitos contra la libertad sexual), X (proxenetismo) y XI (ofensas al pudor público) del Título IV del Libro Segundo del Código Penal; en el que, para el caso materia de consulta tendría que ser objeto de aplicación puesto que el procesado Marlo Branco Ninahuanca Tovar, ha sido imputado en calidad de autor por el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento (artículo 176, del Código Penal). Cobra importancia señalar que la Ley N° 30838, por ser una de naturaleza procesal, debe ser de aplicación inmediata al acto procesal de terminación anticipada, de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, por lo que en estricta aplicación del artículo 5 de la ley señalada, sería improcedente que el procesado se haya acogido a la terminación anticipada, así como también se imposibilita la reducción de la pena bajo estas circunstancias; no obstante, la consulta obra en atención a la inaplicación que ha efectuado el Juzgado Penal de Instancia sobre dicho dispositivo legal, en tanto su aplicación menoscabaría el

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

derecho- principio a la igualdad del condenado Marlo Branco Ninahuanca Tovar.

III. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL:

PRIMERO: Es objeto de pronunciamiento la consulta de la sentencia emitida por el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo, en razón de haber efectuado el **control difuso** inaplicando el **artículo 5, de la Ley N° 30838** al momento de sentenciar en un proceso penal seguido por tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos (artículo 176, del Código Penal) en agravio de la menor G.I.C.A. (quince años de edad); cabe anotar que el asunto que sube en consulta, tiene incidencia en el ordenamiento jurídico y encuentra relevancia para la libertad del procesado.

SEGUNDO: En un estado constitucional de derecho como el nuestro, prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía (reconocida en el artículo 51, de la Constitución Política), debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, habiendo sido habilitados por mandato constitucional para tales fines, ejercer la revisión judicial de las leyes, esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138, de la Constitución Política del Perú que prevé: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”.

TERCERO: 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

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

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.

CUARTO: Los jueces deben tener presente que las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción, como lo ordena el artículo 109, de la Constitución Política, asimismo, que, se encuentra reconocido el derecho fundamental de igualdad ante la ley, y que corresponde a los jueces cautelar la seguridad jurídica; en ese sentido, el control difuso resulta muy gravoso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que las normas del ordenamiento jurídico que son obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, sean inaplicadas en algunos casos particulares a diferencia de la generalidad y sólo para los fines constitucionales, por lo que el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme parámetros de compatibilidad constitucional.

QUINTO: En ese orden de ideas, 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 Permanente de la Corte Suprema. La precitada norma debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VI, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE

del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso⁸ 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"*.

SEXTO: Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N.º 1109-200 2-AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil, dejó establecido que: *"6. (...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes **presupuestos**: **a.** Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. **b.** que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. **c.** que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional"*⁹.

⁸ Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

⁹ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

(Palabra y consonantes destacadas que no aparecen en el original). La disposición bajo 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.¹⁰

SÉTIMO: Asimismo, esta Sala Suprema con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N° 1618-2016-LIMA NORTE**, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**; en el cual se precisó que: **“2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.”** Y en el fundamento 2.5 ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: **“i Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). ii Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso,(...) iii Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva** distinguiendo entre disposición y norma;(…). iv en esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la**

¹⁰ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre der 2004, p.29.

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

CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE

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 el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de la Corte Superior de Justicia del Cusco en la sentencia elevada en consulta.

OCTAVO: De otro lado, esta Suprema Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la Consulta N° 17151-2013 - cuarto considerando - indicó que “(...) *la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por ésta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el ‘iter legislativo’, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental*”.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

NOVENO: La sentencia consultada expedida por el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, impone, luego de un acuerdo entre el representante del Ministerio Público y la defensa del procesado, la pena privativa de la libertad tres años, once meses y quince días de pena privativa de libertad suspendida, por el período de prueba de tres años y bajo el cumplimiento de reglas de conducta, así como al pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada; la inaplicación de la prohibición de reducción de la pena legal por proceso especial de terminación anticipada en casos por delitos contra la libertad sexual, en la modalidad de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos. Así, la norma inaplicada es la que a continuación se señala:

- **Artículo 5, de la Ley N° 30838:** ***“No procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal”.***¹¹

DÉCIMO: El examen de la norma inaplicada contenida en el artículo 5 de la Ley N° 30838 “Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, se inicia con la **presunción de su constitucionalidad**, validez y legitimidad, pues importa una norma que integra el cuerpo normativo penal -sin vicios de legalidad en su proceso de promulgación-, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el cuatro de agosto de dos mil dieciocho; superando en ese sentido, el control de producción normativa conforme el procedimiento constitucional del artículo 108, por ende

¹¹ Ley publicado el 24 de agosto de 2018 en el Diario Oficial “El Peruano”.

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

las normas se encuentran vigentes y son de carácter obligatorio conforme a la norma constitucional del artículo 109.

DÉCIMO PRIMERO: La norma en mención, político-criminalmente está orientado a reforzar el tratamiento penal en delitos que afecten la esfera sexual y privada del sujeto pasivo, por ejemplo, aquellos inmersos en la práctica de actos libidinosos sobre las zonas erógenas del cuerpo del agraviado, como ha ocurrido en el presente caso, configurando el ilícito penal de tocamientos indebidos. Uno de los ápices de dicha ley y que protagoniza la presente consulta, constituye la imposibilidad que tiene el juez o colegiado penal de aplicar la reducción del *quantum* de la pena derivado de una **terminación anticipada** como consecuencia de un acuerdo entre las partes sobre los hechos materia de imputación (delito y grado de intervención delictiva), la pena y la reparación civil –como ocurre en el presente caso–, contemplada en el inciso 5, del artículo 468, del Código Penal. Aunado a ello, se tiene con esta institución de naturaleza procesal que, el procesado acepta voluntariamente la culpabilidad de los hechos que el Ministerio Público le imputa, despojándose del derecho constitucional de contradecir los elementos de convicción y posteriormente de llegarse a un juicio, los elementos de prueba que acreditarán los elementos constitutivos del delito, es decir, el procesado renuncia principalmente al derecho a la defensa (artículo 139, inciso 14, de la Constitución Política). Sin embargo, de la revisión del acta que contienen la audiencia especial de terminación anticipada, a fojas ciento ochenta y uno, se desprende que la determinación de la pena del procesado no solo obedeció a la reducción de una sexta parte de la pena como lo estipula el primer párrafo del artículo 471 del Código Procesal Penal, como consecuencia de la terminación anticipada; sino que, se redujo también en otra sexta por la concurrencia de la confesión sincera.

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

DÉCIMO SEGUNDO: A decir sobre la aplicación de los efectos de la confesión sincera acumulativamente con la terminación anticipada, en primer lugar debemos sostener, como ya lo desarrolló anteriormente la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 5- 2008¹² que, la confesión sincera trasciende a una aceptación voluntaria y espontánea de los hechos por los que se llevó a juicio al procesado, la que debe tener incidencia en la reducción de la pena como una atenuante, no existiendo para tales efectos acuerdo entre las partes; en cambio, la terminación anticipada sí implica previamente un acuerdo entre las partes, sobre todo de las consecuencias jurídicas del delito en cuestión (pena, reparación civil y consecuencias accesorias). Así también, ambas pueden aplicarse de manera acumulativa, no siendo excluyentes entre sí, conforme lo dispone el artículo 471 del Código Procesal Penal, más aún cuando el imputado en el presente caso, no tiene calidad de reincidente o habitual. Es menester dejar por sentado que la consulta atiende única y exclusivamente a la inaplicación del artículo 5 de la Ley N° 30838 que impide la aplicación de terminación anticipada en delitos contra la libertad sexual y otros; mas no sobre la confesión sincera prevista en el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales –norma vigente en el distrito judicial de Lima Este al momento de celebrado el proceso penal–, puesto que, no existe para esta clase de delitos de **tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento** impedimento legal alguno para su aplicación y/o acumulación con los alcances de la terminación anticipada, ya que los supuestos de improcedencia recaen en delitos de secuestro y extorsión (artículo 136 del Código de Procedimientos Penales), y en la condición de habitual y reincidente (artículo 471 del Código Procesal Penal). En ese sentido, esta Sala Suprema se limitará, en tanto es objeto de la presente consulta, a evaluar la validez o no de la inaplicación del artículo 5 de la Ley N° 30838 que regula improcedente la terminación

¹² Confrontar con el fundamento jurídico 21.

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

anticipada para esta clase de delitos contra la libertad sexual, a partir de un control difuso, que persiga el respeto y tutela del derecho- principio a la **igualdad** del condenado Marlo Branco Ninahuanca Tovar; estableciéndose así que se ha superado el **examen de relevancia** de la norma inaplicada por el Juzgado Penal.

DÉCIMO TERCERO: Seguidamente, esta Sala Suprema realizando un estudio exhaustivo de los artículos intervinientes en el presente proceso, que regulan tanto la **terminación anticipada** (artículos 468 a 471, del Código Procesal Penal), así como la **improcedencia** de su aplicación en casos por delitos contra la libertad sexual - modalidad de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento - (artículo 5, de la Ley N° 30838); se ha podido concluir que, el artículo 5 de la mencionada ley se aplica diferenciadamente a los procesados a partir de la clase de delito que se les imputa esto es, siempre que se trate de procesos por delitos contra la libertad sexual, proxenetismo u ofensas al pudor público, respondiendo a medidas reforzadas para la prevención y sanción de estos hechos punibles, esto es, a razones de política - criminal, colocando en grave cuestionamiento el respeto del derecho a la igualdad de los procesados por dichos ilícitos - teniendo protección constitucional y convencional; considerando por otro lado que, la terminación anticipada no solo constituye la conclusión pronta del proceso y la obtención de una sentencia anticipada, además, implica una aceptación de los cargos y de la responsabilidad penal que del imputado frente a la comisión de su hecho delictivo, lo que, sin lugar a dudas, es el principio de de una resocialización efectiva.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

PRINCIPIO - DERECHO A LA IGUALDAD:

DÉCIMO CUARTO: Este principio – derecho a la igualdad se encuentra positivizado en el numeral 2 del artículo 1 de la Constitución Política del Estado: “Toda persona tiene derecho a: (...) 2. 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”. Analizando este dispositivo constitucional, el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona. Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”.¹³

DÉCIMO QUINTO: Ahora bien, luego de haber efectuado el *examen de presunción de constitucionalidad y de relevancia de la norma inaplicada*, siguiendo lo especificado por la Consulta N° 1618-2016-Lima Norte; es preciso a continuación realizar una *interpretación de la norma inaplicada*. El artículo 5, de la Ley N° 30838 – Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional N 18-2003-PI/TC, punto denominado “La igualdad ante la ley y el concepto de diferenciación”.

CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE

contra la libertad e indemnidad sexual. Dicha norma, pertenece al sistema normativo penal de nuestro ordenamiento jurídico, advirtiéndose específicamente que está destinada a limitar la aplicación y/o acogimiento a los procedimientos especiales de terminación anticipada y conclusión anticipada del proceso, únicamente a determinados delitos, diferenciando el tratamiento en la determinación de la pena únicamente en razón de un endurecimiento del aparato criminal para reforzar la prevención y – sobre todo - sanción de los hechos punibles, en otras palabras, por cuestiones político - criminales. En ese sentido, se tiene que el artículo 5, de la Ley N° 30838 establece taxativamente que para los delitos previstos en los Capítulos IX, X, y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal resulta improcedente la aplicación y/o acogimiento a la terminación anticipada o conclusión anticipada del proceso. Por lo que, para el caso objeto de consulta, por tratarse de un delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, se advierte que la norma inaplicada impediría la reducción de la pena del condenado Marlo Branco Ninahuanca Tovar, en atención a la terminación anticipada; nuevamente, producto de una diferenciación en mérito a un endurecimiento del sistema penal.

DÉCIMO SEXTO: Seguidamente, si se aplicara en el presente caso el artículo 5, de la Ley N° 30838, se estaría restringiendo el **derecho a la igualdad**, toda vez que, como ya se mencionó, no existe motivo racional o fundamento alguno que permita excluir al citado condenado de la potestad del juzgador de excluirlo de la aplicación y/o acogimiento al proceso especial de terminación anticipada del proceso; además, conforme a lo señalado en los considerandos precedentes, se advierte que el proceso especial de terminación anticipada importa la aceptación de la responsabilidad del hecho delictivo por parte del imputado, previo acuerdo entre el imputado, su

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

defensa y el fiscal, lo cual implica una abreviación del proceso judicial, siendo pertinente precisar que el artículo 468, del Código Procesal Penal, que regula esta institución jurídico-procesal, no limita su aplicación a ningún delito; por lo que, esta situación nos permite colegir que el artículo 5 de la Ley N° 30838 colisiona con el principio – derecho de igualdad, motivo por el cual corresponde efectuar el **test de proporcionalidad**, consistente en el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a efectos de determinar qué norma prevalece.

DÉCIMO SÉTIMO: En ese sentido, al efectuarse el examen de idoneidad del artículo 5, de la Ley N° 30838, se advierte que su aplicación no resulta idónea para salvaguardar el principio - derecho a la igualdad, ya que la limitación establecida en la citada norma impide la abreviación de los procesos judiciales relacionados a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, pese a la aceptación del imputado de los cargos que se le atribuyen por la comisión de dicho hecho delictivo, como ocurre en el presente caso, procesándose por el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, previsto en el artículo 176, del Código Penal; sumado a ello, se tiene que dicha norma infringe el principio – derecho a la igualdad, debido a que limita al imputado al acogimiento y/o aplicación de la terminación anticipada cuando se examinen delitos contra la libertad e indemnidad sexual, lo cual constituye un trato diferenciado y no justificado, respecto de los demás delitos establecidos en el Código Penal, para el presente proceso, comportando una medida mucho más lesiva y desproporcionada en tanto los hechos que constituyen el delito en cuestión, si bien afectan el derecho a la libertad sexual de la agraviada de iniciales G.I.C.A., que merece una protección adecuada por parte del Estado y de la sociedad; no obstante, no reviste una gravedad tal que genere perjuicios irreparables a la afectada o que afecte considerablemente su desarrollo

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

psicosexual, como ocurre en otros casos. Por lo tanto, se advierte que la aplicación de dicha norma contenido en el artículo 5, de la Ley N° 30838, en el presente caso, se aleja del fin constitucional que protege el principio - derecho a la igualdad, motivo por el cual esta Sala Suprema concluye que esta norma no logra superar el *examen de idoneidad*, careciendo de motivo efectuar los exámenes de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, prevaleciendo así el principio - derecho a la igualdad (artículo 2, numeral 2, de la Constitución Política del Estado).

DÉCIMO OCTAVO: Al tenerse que la inaplicación del artículo 5, de la Ley N° 30838 supera el control de constitucionalidad para el caso que ha motivado la consulta, conforme a lo señalado en el considerando décimo séptimo de esta ejecutoria suprema, corresponde analizar si la inaplicación de dichas normas superan el control de convencionalidad. De esta manera, al encontrarnos analizando una consulta sobre la improcedencia de la terminación anticipada en delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se advierte que el principio - derecho a la igualdad se encuentra protegido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales han sido suscritos y ratificados por el Estado peruano.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:

DÉCIMO NOVENO: Ahora bien, corresponde verificar si en el presente caso la aplicación del artículo 5, de la Ley N° 30838 colisiona con la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 1; 2 y 7), la Convención Americana de Derechos Humanos (1 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2; 3; 14 y 26); que reconocen el derecho a la igualdad ante la ley. En ese sentido, analizando si la jurisdicción nacional o

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

internacional ofrece una mayor protección al principio - derecho a la igualdad, se advierte que si bien la jurisdicción internacional generaría una mayor protección de estos derechos, ello no es motivo para que nuestra jurisdicción analice el presente caso en atención a las normas internacionales, con mayor razón si dicho principio - derecho se encuentra protegido por ambas jurisdicciones, advirtiéndose que en el presente caso nuestro ordenamiento jurídico resulta suficiente para salvaguardar el principio–derecho a la igualdad del condenado Marlo Branco Ninahuanca Tocar, no siendo necesario recurrir a un control de convencionalidad a fin de tutelarlos.

VIGÉSIMO: Por lo tanto, para efectos del presente caso, la inaplicación de la citada norma supera el control de constitucionalidad y convencionalidad; no existiendo dudas respecto a que el control difuso realizado por el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, se encuentra conforme a derecho, motivo por el cual corresponde aprobar la resolución materia de consulta, por cuanto la aplicación del artículo 5, de la Ley N° 30838, en el proceso seguido en contra de Marlo Branco Ninahuanca Tovar por el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, colisiona con el derecho a la **igualdad**.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **APROBARON** la sentencia consultada contenida en la resolución número tres, de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, obrante a fojas ciento ochenta y cinco, expedida por el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, en el proceso penal seguido contra Marlo Branco Ninahuanca Tovar, por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de **tocamientos**,

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, previsto en el artículo 176, del Código Penal, en agravio de la menor de iniciales G.I.C.A.; que resuelve condenar a tres años, once meses y quince días de pena privativa de libertad suspendida, por el período de prueba de tres años y bajo el cumplimiento de reglas de conducta: a) No variar el domicilio sin previa autorización del Juzgado; b) concurrir ante la oficina de Control Biométrico cada sesenta días, situado en Jirón Antonio Miró Quesada N° 549, primer piso, edificio “El Progreso”; c) prohibición de acercarse a la agraviada y a sus familiares; d) no incurrir en delito similar. Además se fijó el pago de mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la agraviada; y los devolvieron - ***Interviene como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.***

S.S.

PARIONA PASTRANA

ARIAS LAZARTE

RUEDA FERNÁNDEZ

BUSTAMANTE ZEGARRA

Myam/cda

LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS ARIAS LAZARTE Y BUSTAMANTE ZEGARRA, SON COMO SIGUEN: -----

Por sus fundamentos, coincido con la ponencia del Juez Supremo Titular ponente Pariona Pastrana, por el que decide **APROBAR** la sentencia consultada contenida en la resolución número tres, de fecha veintiuno de

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

marzo de dos mil diecinueve, obrante a fojas ciento ochenta y cinco, expedida por el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, en el extremo que ejerciendo control difuso **inaplicó** al caso concreto el artículo 5 de la Ley N.º 30838 ; debiendo considerarse además las siguientes razones:

a) En el presente caso, el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, señala en el folio ciento noventa y cinco del fallo que: *“(...) la Ley 30838 prohíbe la terminación anticipada en los delitos contra la Libertad Sexual, por lo tanto, no procedería aplicarlo al presente caso, sin embargo, esta judicatura considera que realizando un control difuso de dicha ley conforme lo faculta el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, toda vez, que la norma citada contraviene el principio constitucional de igualdad ante la ley, previsto en el inciso segundo del artículo segundo de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, debe preferirse la norma constitucional antes que la infra constitucional, ya que la norma especial que prohíbe la aplicación de un beneficio aplicable a todos los delitos, no puede hacer distingos especiales por razón del delito, pues existe delitos muchos más graves a los delitos contra la Libertad Sexual que no prohíbe la aplicación de la terminación anticipada (...).”*

b) 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*

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

*hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias*¹⁴. 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.

c) 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 ejecución¹⁵.

d) 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

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N.°0018-2003-AI/TC.

¹⁵ La Constitución Comentada-Análisis Artículo por Artículo –Tomo I, Gaceta Jurídica, Edición Diciembre 2005, Pág. 87

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

criterios artificiosos¹⁶. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras.

e) En ese sentido, para que en el caso concreto sea posible inaplicar la prohibición de la terminación anticipada, **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.

f) Así, se desprende de la sentencia penal, objeto de consulta, que los hechos delictivos, denunciados por el Ministerio Público, se remonta al año dos mil diecinueve, imputándose al sentenciado Marlo Branco Ninahuanca Tovar haber realizado tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento a la menor agraviada de iniciales G.I.C.A; por lo que en mérito al desarrollo argumentativo que contiene el fallo, el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este resolvió, entre otros puntos, declarar a Marlo Branco Ninahuanca Tovar autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, imponiéndole **la pena de tres años once meses y quince días de pena privativa de la libertad**, cuya ejecución se suspende en forma condicional por el periodo de prueba de tres años y bajo el cumplimiento de reglas de conducta.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

g) Se establece en el fallo que los hechos investigados se subsumen dentro de la norma contenida en el primer párrafo en concordancia con el tercer párrafo del artículo 176 del Código Penal, cuyo texto enuncia:

“Artículo 176.- Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento.

*El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre una persona, sin su libre consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos, en sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo será reprimido con pena privativa de la libertad **no menor de tres ni mayor de seis años.***

(...)

*En cualquiera de los casos previstos en el primer y segundo párrafo, la pena privativa de libertad **se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo, si la víctima es mayor de catorce y menor de dieciocho**”. (Resaltado agregado)*

h) De lo anotado, se desprende que la pena impuesta por el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, ha sido con arreglo a ley, desde que los tres años de pena privativa de la libertad impuesta, se encuentra dentro del rango de pena previsto en el primer párrafo del artículo 176 del Código Penal, esto es, no menor de tres ni mayor de seis años, habiendo aprobado el acuerdo arribado entre el procesado y el Ministerio Público en la Audiencia Especial y Privada de Terminación Anticipada del proceso; lo que trasluce que independientemente de que en el caso concreto se haya aplicado la conclusión anticipada *-no obstante que, de acuerdo al artículo 5 de la Ley N.º 30838 del Código Penal no procede en los casos de delitos contra la libertad*

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

sexual-, *empero*, se aprecia que el ejercicio de la facultad de control difuso no ha importado el desconocimiento legal de la norma penal especial.

i) En esa perspectiva, para el caso en particular, los suscritos consideran procedente la **aprobación** de la sentencia penal elevada en consulta, por las razones esgrimidas por el ponente y los argumentos adicionales vertidos en el presente voto; en los seguidos contra Marlo Branco Ninahuanca Tovar por delito de contra la libertad sexual en la modalidad de tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, previsto en el artículo 176 del Código Penal, en agravio de la menor identificada con las iniciales G.I.C.A, que resuelve condenar a tres años once meses y quince días de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de tres años, así como el pago de mil soles (S/ 1,000.00), por concepto de reparación civil a favor de la agraviada; y, *se devuelva*. **Juez Supremo: Bustamante Zegarra. S.S.**

ARIAS LAZARTE

BUSTAMANTE ZEGARRA

Tog/Cmp

**EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA RUEDA FERNÁNDEZ, ES
COMO SIGUE:-----**

I. VISTOS:

I.1 De la resolución materia de la consulta.

Es materia de consulta ante esta Sala Suprema, la sentencia contenida en la resolución número tres de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, obrante a fojas ciento ochenta y cinco, emitida por el Segundo Juzgado

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, en el extremo que ha realizado control difuso inaplicando el artículo 5 de la Ley N° 30838, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales; en el proceso penal seguido contra Marlo Branco Ninahuanca Tovar, como autor del delito contra la libertad sexual - tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento, en agravio de la menor de iniciales G.I.C.A., e **impone** al imputado tres años, once meses y quince días de pena privativa de la libertad con el carácter de suspendida **por el plazo de tres años** y bajo cumplimiento de reglas de conducta.

I.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta

El Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, sustenta la inaplicación de la norma penal, refiriendo que Marlo Branco Ninahuanca Tovar es un agente primario, no es reincidente, y que bajo el cumplimiento de las restricciones, como es la prohibición de acercarse a la víctima y el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 178 "A" del Código Penal¹⁷.

II.- CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del objeto de pronunciamiento

¹⁷ Ver considerando 2.16 de la sentencia materia de consulta

Código Penal "Artículo 178-A.- Tratamiento terapéutico El condenado a pena privativa de libertad efectiva por los delitos comprendidos en este capítulo, previo examen médico y **psicológico que determine su aplicación, será sometido a un tratamiento terapéutico a fin de facilitar su readaptación social."**

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

El presente caso es uno de materia penal cuya sentencia es elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, conforme a lo previsto en la norma del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debido a que la sentencia de instancia, vía control difuso, ha inaplicado la norma del artículo 5 de la Ley N° 30838, imponiendo la pena de tres años, once meses y quince días de pena privativa de la libertad con el carácter de suspendida **por el plazo de tres años**, por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores.

SEGUNDO: Sobre el control difuso

2.1. Es importante reiterar lo señalado por esta Sala Suprema en sentencia de doctrina jurisprudencial vinculante¹⁸, que, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, **prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía¹⁹, debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, estando habilitados por mandato constitucional para tales fines, a ejercer la revisión judicial de las leyes**, esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, y artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

2.2. Asimismo, **las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción**, como lo ordena nuestra Constitución en el artículo 109, y reconoce el derecho fundamental de igualdad ante la ley, correspondiendo a los jueces cautelar la seguridad jurídica; en ese contexto, el control difuso resulta muy gravoso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que las normas del ordenamiento jurídico que son

¹⁸ Consulta N° 1618-2016 / Lima Norte, fecha dieciséis de agosto del año dos mil dieciséis.

¹⁹ Reconocida en el artículo 51 de la Constitución.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, **sean inaplicadas en algunos casos particulares a diferencia de la generalidad de aquellos casos que se encuentran en el mismo supuesto normativo, en razón de las circunstancias específicas del caso en que se acredita que la aplicación de la norma vulnera derechos fundamentales** (quien enjuicie una norma debe probarlo); por lo que el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme parámetros de compatibilidad constitucional y solo para los fines constitucionales.

2.2.1. En ese contexto, **el control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial**, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando en contra del ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.

2.2.2. La motivación no puede ser en abstracto ni genérica; ineludible y forzosamente los jueces tienen que motivar en relación a los datos y particularidades del caso concreto; en ese orden el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculados a los datos y particularidades del caso, **sustentados en razones, datos y circunstancias fácticas del procesado que conlleven en su situación específica a determinar que la norma legal concretiza vulneración a algún derecho fundamental**; reiterando, que no está permitido un control en abstracto de las leyes, el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto *erga omnes*, tribunal que ha

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

señalado en relación al control difuso, que ***está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes***²⁰.

2.3. Es así, cuando **el Juez advierta que alguna norma aplicable al caso concreto, no admite interpretación conforme a la Constitución, debe proceder a realizar el control difuso**, actuando diligentemente en tanto es un proceso gravoso y complejo, habiendo establecido la doctrina jurisprudencial en la Consulta N° 1618-2016-Lima Norte, las siguientes reglas en compatibilidad con el ordenamiento constitucional y que facilitan la labor del juez:

a) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales; **b)** Realizar un juicio de relevancia de la norma; **c)** Agotar la interpretación de la norma conforme a la Constitución; y **d)** En caso de no encontrar una interpretación constitucional de la norma, proceder al control difuso identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia²¹.

²⁰ "El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también **se establece como límite a su ejercicio, puesto que, como antes se ha recordado, está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes**". Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2 008-AA, fundamento 19 (el subrayado es nuestro).

²¹ Las reglas del control difuso precisadas en la doctrina jurisprudencial Consulta N° 1618-2016 / Lima Norte, son las siguientes: **i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales**, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en nuestra Carta Magna; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, **quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada**.

ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, debiendo los jueces ineludiblemente verificar si la norma cuestionada es la aplicable permitiendo la subsunción de las premisas de hecho en los supuestos normativos, constituyendo la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto; en tanto la inaplicación permitida es sólo respecto de la norma del caso en un proceso particular.

iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva**, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la última ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución Política del Perú, **es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal**; por el contrario el uso

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

TERCERO: Aplicación de reglas para el control difuso

3.1. La sentencia consultada impone la pena reducida de tres años, once meses y quince días de pena privativa de la libertad con el carácter de suspendida **por el plazo de tres años**, inaplicando la norma del artículo 5 de la Ley N° 30838 que señala la **improcedencia de la terminación anticipada y conclusión anticipada** de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

3.2. Por lo que se **inicia con la regla de presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de la norma legal inaplicada**, norma que integra el cuerpo normativo del Código Penal, y promulgado conforme a la Constitución superando el control de producción normativa²², por ende, es una norma legal válida y vigente que además goza de obligatoriedad conforme a la norma constitucional del artículo 109 de la Constitución.

3.3. Continuando con el examen de vinculación de la norma con el caso concreto (juicio de relevancia), se tiene que el artículo 5 de la Ley N° 30838 contiene una disposición sobre la no procedencia de la terminación anticipada ni la conclusión anticipada²³ en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal; **norma que se vincula en forma directa e insoluble con la determinación de la pena para el procesado Marlo Branco Ninahuanca Tovar,**

indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo.

iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que **es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención**, para así poder **aplicar el test de proporcionalidad** u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional).

²² Publicado en el Diario Oficial "El Peruano", con fecha cuatro de agosto de dos mil dieciocho.

²³ La terminación anticipada es un proceso especial que empieza en la primera etapa del proceso (en la investigación preparatoria), luego de su formalización, lo que posteriormente se presenta ante el juez para su aprobación. Mientras que la conclusión anticipada se da en la tercera y última etapa (en el juicio oral), luego de haber escuchado los cargos del fiscal.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

que en sentencia ha sido encontrado responsable como autor del delito de actos contra el pudor en menores tipificado en el párrafo primero del artículo 176, el mismo que se ubica en el capítulo IX del Código Penal y que de acuerdo al artículo 5 de la Ley N° 30838 el acusado se encuentra excluido de la posibilidad de acogerse a la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los procesos penales; **superando la norma el juicio de relevancia.**

3.4. Procediendo a la interpretación en compatibilidad con la Constitución, se observa que la disposición legal contiene una disposición referida a la terminación anticipada y a la conclusión anticipada.

3.4.1. Una regla general: “No procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal”.

N1 : No procede la **terminación anticipada** en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

N2: No procede la **conclusión anticipada** en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

3.4.2. La disposición legal materia de interpretación, se vincula con los principios generales del Código Penal, que en su artículo II del Título Preliminar prevé que ***nadie será sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en la ley*** vigente al momento de la comisión; **reafirmando como principio la vinculación a la pena legal** prevista en el ordenamiento jurídico y producida conforme al procedimiento constitucional, contenida en el Código Penal para cada hecho punible. Asimismo, se vincula con la norma del artículo V que establece que **solo el Juez competente puede imponer las penas y no puede hacerlo sino en**

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

la forma establecida en la ley; acogiendo el principio de legalidad en la pena y en la graduación. No obstante, el artículo 468 del Nuevo Código Procesal Penal establece excepciones a dicho principio y un tratamiento diferenciado **posibilitando en este caso la procedencia de la terminación anticipada del proceso penal**; estableciendo un tratamiento diferenciado en la ley lo que ocasiona el artículo 5 de la Ley N°30838 al imposibilitar para algunos agentes acogerse a los beneficios de la terminación anticipada en los procesos penales.

Reiteramos, que la norma en comento, en sí no es una norma universal e igualitaria para todos los supuestos, sino que desde ya contiene distinciones al establecer que no procede la terminación anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX, X y XI del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

3.4.3. Confirmando que **la norma en cuestión sí contiene un tratamiento desigual: a)** desde la consideración de imputabilidad restringida; **b)** del beneficio de reducción de la pena para algunos agentes con imputabilidad restringida, creando una excepción a la vinculación a la pena legal prevista para todos los casos; **c)** el tratamiento diferenciado entre agentes con imputabilidad restringida indistintamente del ilícito cometido, en que la reducción es una posibilidad; **d)** la exclusión de los reincidentes, de los integrantes de organización criminal y de los agentes de delitos graves y pluriofensivos, de la posibilidad de reducción de la pena legal, notando que de la excepción creada a la regla general, el artículo 5 de la Ley N° 30838 distingue que algunos agentes no son comprendidos en la regla general, manteniendo para ellos la vinculación a la pena legal.

3.4.4. Continuando con la interpretación conforme a la Constitución, se advierte que el cuestionamiento a la norma reside en la exclusión a los agentes del delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores, de la posibilidad de reducción de la pena, por la

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

prohibición de acogerse a la figura de la terminación anticipada del proceso penal vulnerando supuestamente su derecho a la igualdad.

3.4.5. En principio, el **derecho fundamental a la igualdad** se encuentra reconocido y protegido en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad, que todos son iguales ante la ley, que tienen derecho a igual protección de la ley, y protección contra todo acto de discriminación²⁴; y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asumiendo los Estados el compromiso de respetar los derechos fundamentales y garantizar su pleno ejercicio sin discriminación alguna, al derecho a la igualdad ante la ley con derecho a igual protección de la ley²⁵.

Reconocido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en dos dimensiones, una, la **igualdad como prohibición de discriminación** (*por el cual es discriminatorio todo trato diferenciado que atente contra la dignidad de la persona humana, sea por condiciones de superioridad o inferioridad, no obstante no toda distinción de trato puede considerarse violatoria por si misma de la dignidad humana*); la segunda, **igualdad ante la ley** que deriva la concepción de igualdad como prohibición de trato arbitrario (sustenta que la ley se aplica igual a todos los individuos).

La interpretación vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶, establece que **un trato diferenciado basado en criterios razonables y objetivos, que se sustente en desigualdades reales y**

²⁴ El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos refiere que: “*Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. Asimismo, el artículo 7 de la citada declaración sostiene que: “*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”.

²⁵ El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*”. Además, el artículo 24 de dicha convención regula que: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

²⁶ Interpretación vinculante conforme a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

objetivas, no constituye discriminación (OC-4/84 del diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafo cincuenta y seis y cincuenta y siete).

3.4.6. En ese sentido, toda restricción o tratamiento diferente en la ley no conlleva necesariamente una afectación al derecho a la igualdad, en tanto la exigencia es el trato igual entre iguales admitiendo un trato diferente entre desiguales, por lo que el examen se circunscribe a determinar: **si es o no una diferencia no justificada de trato en la reducción de la pena, entre agentes de delitos con imputabilidad restringida, por razón del delito cometido.**

En consecuencia, el derecho del agente a la igualdad ante la ley, reconocido en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución garantiza el trato igual entre iguales, y desigual entre desiguales, **siendo posible realizar distinciones en base a criterios objetivos y razonables considerando desigualdades de hecho, como instrumento para proteger a quienes deban ser protegidos por circunstancias de mayor o menor fragilidad o desamparo en que se encuentren.**

3.4.7. Exigencias que no cumple la norma del artículo 5 de la Ley N° 30838 al establecer en primer lugar, **un tratamiento desigual por razón del delito cometido por el agente**; en segundo lugar, estableciendo la **imposibilidad del beneficio de la reducción de la pena por no** acogerse a la figura de la terminación anticipada del proceso penal, brindando un tratamiento legal diferente y especial.

3.4.8. Concluyendo, que estamos ante un tratamiento jurídico desigual legítimamente establecido²⁷, compatible con los fines constitucionales

²⁷ Criterios acogidos de la OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 57: No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

de la pena, por lo que la norma en ninguna de sus regulaciones evidencia supuesto de inconstitucionalidad, pues como se tiene señalado, **no todo tratamiento jurídico diferente concluye en un trato discriminatorio, pues en principio no toda distinción de trato es ofensiva a la dignidad humana, sino cuando ella carece de justificación objetiva y razonable**, existiendo desigualdades de hecho que legítimamente se traducen en desigualdades de tratamiento jurídico²⁸, manteniendo la norma la presunción de constitucionalidad en abstracto.

CUARTO: Control de Constitucionalidad en el caso concreto

4.1. En el caso de autos, la sentencia consultada condena al acusado por delito de actos contra el pudor en menores tipificado en el artículo 176, el mismo que se ubica en el Capítulo IX del Código Penal.

4.2. Al respecto, se puntualiza que el objeto de consulta es la inaplicación de la norma (el artículo 5 de la Ley N° 30838) que excluye al sentenciado de acogerse a la figura de la terminación anticipada del proceso penal. Los fundamentos de la sentencia recurrida sobre el asunto se encuentran en el considerando 2.16, sustentándose en que el sentenciado es un agente primario, que la pena no supera los cuatro años y no es reincidente, y que es

pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

²⁸ Conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-4/84 de fecha diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafo 56; sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, p. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

posible dicha reducción de la pena bajo el cumplimiento de las restricciones, como es la prohibición de acercarse a la víctima y el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 178 “A” del Código Penal, colisionando el artículo 5 de la Ley N° 30838 con la norma constitucional, que de aplicarse sería un trato diferenciado a las personas en función al delito que cometen, situación que nuestra Carta Magna no permite, concluyendo en general que la limitación impuesta vulnera el principio de igualdad ante la ley.

4.3. Para determinar si la norma legal referida, vulnera el derecho constitucional del acusado, corresponde emplear la técnica de ponderación que se materializa a través del **test de proporcionalidad** como canon argumentativo que sirve para solucionar conflictos de derechos, siendo el objeto del indicado test: *“el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso en particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado”*²⁹, en la aplicación del test se realizará atendiendo a sus **tres fases** delimitadas por: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto³⁰, las que por cierto son excluyentes en el sentido que si no supera una de las fases la norma resulta inconstitucional y ya no es necesario proceder con las fases subsiguientes:

4.4 En primer orden, a través del **examen de idoneidad**, se evalúa el medio empleado por el legislador, para la consecución del fin constitucional; es decir se analiza si la medida resulta adecuada para la consecución de la finalidad constitucional, constituyendo una observación **“medio-fin”**.

²⁹ Grandez Castro, Pedro, “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”, Principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo, Palestra, Lima 2010, *Página 347*

³⁰ “El primer sub-principio exige una adecuación de los medios a los fines, es decir, que los medios empleados resulten aptos para lograr la finalidad legítima perseguida. El sub- principio de necesidad examina que el medio empleado sea el menos restrictivo sobre el derecho fundamental en juego. Por último, mediante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se suele realizar una ponderación entre los principios jurídicos, aunque esto se traduce en un examen entre las neveras y los sacrificios de la medida” En SAPAG, Mariano. “El Principio de Proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al Poder del Estado: un estudio comparado”. Revista DIKAION N° 17- Diciembre 2008. Universidad de la Sabana. Bogotá, Pp. 172

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

La norma del artículo 5 de la Ley N° 30838 contiene la medida de intervención, proscribiendo la posibilidad de acogerse a la figura de la terminación anticipada del proceso penal cuando se trate de delitos graves como es el caso del delito contra la libertad sexual en la modalidad de actos contra el pudor en menores. La finalidad perseguida es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, derecho fundamental previsto en el artículo 139 numeral 22 de la Constitución.

Si bien en la sentencia consultada se ha sustentado el control difuso en la afectación al principio de igualdad (fundamento 2.18), consideramos que ello no es correcto, como se tiene explicado en el considerando tercero de la presente resolución, máxime en el caso concreto no se ha establecido un tratamiento diferenciado injustificado; no obstante, sí se advierte vulneración al derecho constitucional a la resocialización y reeducación por el periodo estrictamente necesario.

De acuerdo a los hechos determinados por la instancia de mérito, se le imputa al denunciado Mario Branco Ninahuanca Tovar (veintiocho años) haber realizado tocamientos indebidos, actos de connotación sexual o actos libidinosos, en las nalgas de la menor de iniciales G.I.C.A (quince años), el día diecisiete de marzo de dos mil diecinueve, en horas de la noche, en circunstancias, que la menor bajaba las escaleras del parque triangular de San Carlos Bajo, en el distrito de Santa Eulalia, para comprar plastilina; al sentirse agredida la menor se puso a llorar, logrando el tío de la agraviada atrapar al denunciado para luego el personal de serenazgo proceder a entregarlo a la Comisaría de Santa Eulalia.

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

4.5 Sin sustituirnos en el Juez de instancia y en mérito a los elementos fácticos de la sentencia, se desprende que en función a la inaplicación del artículo 5 de la Ley N° 30838 y a sus veintiocho años de edad, se impuso al acusado tres años once meses y quince días de pena privativa de la libertad suspendida.

En ese orden, se advierte que la inaplicación de la medida de intervención, ha sido sustentada en la sentencia consultada para reducir la pena de ocho años (tres años por el tipo base más un incremento de cinco años por agravante) reduciendo en un primer momento un tercio de la pena ante la concurrencia de un atenuante cualificado de conformidad a lo dispuesto 136 del Código de Procedimientos Penales³¹ y por debajo del mínimo legal de conformidad con el artículo 45-A del Código Penal. Por lo que, si ocho años representa noventa y seis meses de pena, al tercio de la misma representa sesenta y cuatro meses. Asimismo, en base al principio de proporcionalidad, en la sentencia se descuenta también siete meses, llegando a una pena de cincuenta y siete meses. A dichos cincuenta y siete meses, la instancia de mérito también le aplica el descuento de un sexto en mérito al acuerdo de terminación anticipada, quedando en una pena final de tres años once meses y quince días de pena privativa de la libertad suspendida³².

³¹ Ver considerando 2.16 de la sentencia objeto de revisión.

³² Código Penal **“Artículo 176.- Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento:** “El que sin propósito de tener acceso carnal regulado por el artículo 170, realiza sobre una persona, sin su libre consentimiento, tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos, en sus partes íntimas o en cualquier parte de su cuerpo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años

Si el agente realiza la conducta descrita en el primer párrafo, mediante amenaza, violencia, o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro que impida a la víctima dar su libre consentimiento, o valiéndose de cualquiera de estos medios obliga a la víctima a realizarlos sobre el agente, sobre sí misma o sobre tercero, la pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de nueve años

En cualquiera de los casos previstos en el primer y segundo párrafos, la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo, si la víctima es mayor de catorce y menor de dieciocho años.” Artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 30838, publicada el 04 agosto 2018

CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE

Asimismo, la sentencia sustenta su decisión de suspensión de la pena, en base a que el agente es primario, ameritando una pena menor, conllevando que en el caso específico del procesado Marlo Branco Ninahuanca Tovar, la medida de intervención legislativa vulnera el derecho constitucional a la rehabilitación y reeducación dentro del plazo en estricto necesario, así como también a su libertad personal, pues al no permitir que esta persona acceda a la reducción de su pena ocasiona que esta se prolongue innecesariamente y para fines no constitucionales, transcurriendo más años sometido a la pena privativa de la libertad.

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

4.6 En tal contexto, la no reducción de la pena por responsabilidad restringida, contenida en el artículo 5 de la Ley N° 30838, no resulta en **este caso concreto idónea**, ya que la norma limita el derecho de libertad personal del condenado, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso; concluyéndose que el medio empleado por el legislador (materializado a través del artículo 5 de la Ley N° 30838), en el caso concreto, **no guarda una causalidad razonable**, estando más bien alejado del fin constitucional que persigue, en razón a que termina afectando derechos vinculados a la institución que debería tender a proteger, como lo son la rehabilitación y resocialización del penado en el tiempo estrictamente necesario, por lo que no supera el examen de idoneidad, deviniendo en inaplicable al caso

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

concreto; careciendo de objeto el examen de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

4.7 Por lo expuesto, atendiendo a que en la pena impuesta ha prevalecido los derechos del acusado a pasar el tiempo estrictamente necesario para su rehabilitación y reeducación, así como su derecho a la libertad personal, corresponde aprobar el control difuso efectuado en la sentencia consultada.

III.- DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **MI VOTO** es que se **APRUEBE** la sentencia contenida en la resolución número tres de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, obrante a fojas ciento ochenta y cinco emitida por el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, consultada por haber realizado control difuso inaplicando el artículo 5 de la Ley N° 30838; en el proceso penal seguido contra Marlo Branco Ninahuanca Tovar, como autor del delito contra la libertad sexual – tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento en agravio de la menor de iniciales G.I.C.A; y los devolvieron. **Jueza Suprema Rueda Fernández.**

S.S.

RUEDA FERNÁNDEZ

Act/jps

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TOLEDO TORIBIO, ES COMO SIGUE:-----

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia, de fecha veintiuno de marzo del dos mil diecinueve, emitida por el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, obrante a fojas ciento ochenta y cinco, en cuanto inaplicó el artículo 5 de la Ley N° 30838, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

SEGUNDO: El control difuso previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consiste en la atribución jurisdiccional de inaplicar -al caso que el Juez viene conociendo- una norma legal o infralegal por apreciarla incompatible con la Constitución. El control difuso tiene carácter incidental, en tanto que 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, los efectos del control difuso son *inter partes* y no *erga omnes*, esto es, su alcance está circunscrito a los que participan en la controversia.

TERCERO: En el presente caso, el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, mediante sentencia, de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, entre otras cosas, aprobó parcialmente el acuerdo de terminación anticipada arribado entre el procesado Marlo Branco Ninahuanca Tovar, por intermedio de su abogado defensor y la señorita representante del Ministerio Público, en la audiencia especial y privada de terminación anticipada del proceso; en consecuencia, condenaron a Marlo Branco Ninahuanca Tovar, como autor del delito contra la libertad sexual – tocamientos, actos de connotación sexual o acto libidinosos sin consentimiento, en agravio de la menor de iniciales G.I.C.A. a tres años, once meses y quince días de pena privativa de la libertad, cuya ejecución se suspende en forma condicional por el periodo de prueba de tres años.

CUARTO: La decisión señalada en el considerando precedente, se fundamentó principalmente en la inaplicación del artículo 5 de la Ley N° 30838, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, publicada el cuatro de agosto del dos mil dieciocho,

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

que dispone que no procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los procesos por cualquiera de los delitos previstos en los Capítulos IX (violación de la libertad sexual), X (proxenetismo) y XI (ofensas al pudor público) del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.

QUINTO: Ahora bien, podemos decir que, el artículo 5 de la Ley N° 30838, no puede interpretarse como inconstitucional, pues, como se tiene expuesto, dicho precepto no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que no procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada para aquellas personas cuyos delitos se encuentren tipificados en los capítulos referidos a delitos de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público, los cuales tienen la condición de delitos muy graves. En el primer grupo de delitos, se encuentra el artículo 176 del Código Penal que contempla el delito de actos contra el pudor.

SEXTO: En ese sentido, es factible afirmar que la Ley N° 30838 tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado y el carácter preventivo del derecho penal y, por tanto, no puede colisionar con el derecho a la igualdad protegido en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Carta Magna; puesto que, si bien, existe la obligación de un trato igualitario y no discriminatorio, esto, no puede ser empleado para limitar el poder punitivo del Estado ni la facultad de dictar políticas públicas orientadas a lucha contra la criminalidad que viene en aumento en nuestro país y, más aún, si se trata de delitos considerados como muy graves.

SÉPTIMO: En tal sentido, al establecer la ley que no procede la terminación anticipada ni la conclusión anticipada en los delitos previstos en los Capítulos IX (violación de la libertad sexual), X (proxenetismo) y XI (ofensas al pudor público) del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, es viable afirmar

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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°17154 - 2019
LIMA ESTE**

que no se afecta el derecho a la igualdad contemplado en el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Carta Magna, pues la ley puede imponer un tratamiento diferenciado en casos particulares, es por ésta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas y beneficios que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos, naturaleza del bien jurídico protegido y las condiciones del agente responsable; por estas razones resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución Política del Estado que, la ley imponga que ante la comisión del delito de actos contra el pudor, no opere la terminación anticipada ni la conclusión anticipada.

Por estos fundamentos: **MI VOTO** es porque se **DESAPRUEBE** la sentencia, de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, emitida por el Segundo Juzgado Penal de Lurigancho y Chaclacayo de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, obrante a fojas ciento ochenta y cinco en cuanto inaplicó el artículo 5 de la Ley N° 30838; en lo seguidos contra Marlo Branco Ninahuanca Tovar en agravio de la menor con iniciales G.I.C.A, sobre el delito de tocamientos, actos de connotación sexual o acto libidinosos sin consentimiento; y los devolvieron. **Señor Juez Supremo: Toledo Toribio.-**

S.S.

TOLEDO TORIBIO

Bjism/Lhv