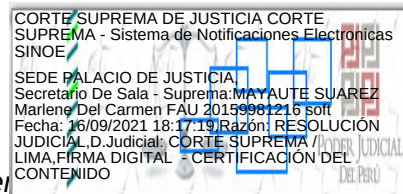


*Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente*



**CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO**

Lima, nueve de julio
de dos mil veintiuno

VISTA; en discordia, la presente causa en la fecha; luego de verificada la votación con arreglo a ley, con el voto de la señora Jueza Suprema **HUERTA HERRERA**, que se adhiere al voto de los señores Jueces Supremos **WONG ABAD, CARTOLIN PASTOR Y LINARES SAN ROMÁN** incorporado de fojas ciento veinticuatro a ciento treinta y cinco; y, a fojas ciento treinta y ocho del cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema, se emite la siguiente sentencia; y el voto en minoría de los señores Jueces Supremos **RUEDA FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ MELGAREJO Y BUSTAMANTE ZEGARRA** que obran de fojas ciento doce a ciento veinticuatro del cuaderno de consulta; asimismo, **habiéndose dejado oportunamente** en Relatoría de esta Sala Suprema los votos emitidos por los señores Jueces Supremos **SÁNCHEZ MELGAREJO, WONG ABAD Y CARTOLIN PASTOR**, obrantes de fojas ciento doce a ciento veinticuatro y de fojas ciento veinticuatro, parte inferior, a ciento treinta y cinco del cuaderno de consulta; **los mismos que no suscriben la presente**, de conformidad con los artículos 141, 142, 148 y 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dejándose constancia de los mismos para los fines pertinentes de acuerdo a ley.-----

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia emitida por la Sala Mixta Descentralizada Permanente del VRAEM de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, dictada el ocho de julio de dos mil dieciséis, obrante a fojas quinientos dos, mediante la cual se condena a Cerilo Neyra Onofre, como autor del delito contra la salud pública - tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo ilegal de estupefacientes mediante actos de tráfico - tipo básico, a seis años de pena privativa de libertad, con carácter de efectiva, que inició el seis de abril de dos mil quince (detención) y vence el día cinco de abril de dos mil veintiuno.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

El Colegiado Superior al determinar el *quantum* de la pena consideró conveniente reducirla prudencialmente por responsabilidad restringida del imputado al momento de cometer el delito; en tal sentido, en la decisión judicial materia de consulta, se ejerce control difuso al inaplicar en el caso concreto, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal (en su tenor modificado por la Ley N° 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece), conforme al cual se excluye del supuesto previsto en el primer párrafo del mismo artículo (referido a la responsabilidad restringida por la edad) a aquellos que hayan cometido, entre otros, el delito de tráfico ilícito de drogas.

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

TERCERO: En este sentido, en primer lugar, es del caso señalar que el **control de constitucionalidad** de las leyes, como sabemos, puede realizarse de **forma concentrada**, constitutiva y abstracta; y, en **forma difusa**, declarativa y concreta¹.

El **primer sistema** es **concentrado** porque el único órgano que puede realizarlo es el Tribunal Constitucional; es **constitutivo** porque la sentencia que constata la inconstitucionalidad *«tiene como efecto específico el cese de la eficacia de la ley ex nunc y erga omnes»*² y; finalmente, es **abstracto**, *«porque las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes son examinadas sobre la base de los recursos de sujetos específicamente legitimados para proponerlas y constituyen el objeto principal de dichos recursos, en tanto son totalmente hipotéticos y*

¹ MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A. *“La Odisea Constitucional Constitución, teoría y método”*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004; p. 156.

² Ibid., p.156.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

eventuales sus reflejos sobre las aplicaciones concretas que de la ley pudieran haberse hecho»³.

En cambio, el **segundo sistema** es **difuso** por cuanto la potestad de inaplicar una ley inconstitucional está otorgada a todos los jueces; es **declarativo** *«porque el juez que declara inconstitucional la ley no la anula: se limita a no tenerla en cuenta, dando fe de la incompatibilidad existente entre la ley y la constitución»⁴* y; además, es **concreto** *«porque el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de la ley no representa el resultado de una ponderación abstracta y general de su alcance, sino resuelve, incidenter tantum y con efectos únicamente inter partes, acerca de la aplicación que la ley debe tener en el juicio en el curso del cual la decisión se adopta»⁵.*

Nuestra Constitución, como sabemos, acoge ambos sistemas: el primero lo desarrolla en el numeral 4 del artículo 200 y en los artículos 202 a 204; mientras que la potestad de control difuso aparece en el artículo 138.

CUARTO: Ahora bien, el mencionado **control difuso** es un poder-deber (potestad) conferido a los jueces por la segunda parte del ya citado artículo 138 de la Constitución Política, que establece:

«En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior».

Entonces, de acuerdo a ello, la Carta Magna reconoce la supremacía de la norma constitucional sobre cualquier otra, facultando a los Jueces a declarar inaplicables las que la contravengan⁶.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Como se infiere inmediatamente no solo del artículo 138 ya citado, sino, también, de lo establecido por los artículos 51 y 38 de la Constitución Política del Estado:

«Art. 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal (...)».

«Art. 38. Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

Así lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional⁷ citando a autorizada doctrina:

«La Constitución es la fuente suprema del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad»⁸.

«En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales»⁹.

QUINTO: Sobre el tema, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, señala que:

«...cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular».

En consecuencia, las sentencias en las que se realice control difuso deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00047-2004-AI/TC, fundamento 10.

⁸ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *“Fuentes del Derecho Tomo II”*, Tecnos, Madrid, 1992; p. 28.

⁹ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN, Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *“Lecciones de Teoría del Derecho”*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997; p. 285.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

Suprema, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 408 del Código Procesal Civil, para que sobre aquellas se efectúe el control de constitucionalidad.

SEXTO: Pues bien, se aprecia que en la sentencia consultada se sustenta el uso de la potestad otorgada por el artículo 138 de la Constitución Política, al inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, amparándose en la función de la pena y el principio consagrado en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política, por el cual el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, señaladas en la Sentencia Suprema emitida en el Expediente N° 296-2004-Lambayeque, consideración jurídica que cita; así como, en atención a los principios de humanidad de la pena y de culpabilidad, como límites de la potestad sancionadora del Estado¹⁰.

Añade, el colegiado Superior, que: *«...para determinar el quantum de la pena a imponer al acusado Cerilo Neyra Onofre, debe tenerse presente la forma, modo y circunstancia de cómo ocurrieron los hechos, se debe tener presente sus condiciones personales, los medios empleados en la comisión del delito, el nivel de educación, la situación económica o medio social...»*¹¹. Por lo que, bajo su análisis, en el caso concreto, al existir incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, correspondía reducir la pena por configurarse responsabilidad restringida del imputado al momento de cometer el delito.

En consecuencia, atendiendo a lo expuesto, corresponde a esta Sala Suprema pronunciarse sobre el control de constitucionalidad realizado por la Sala Mixta Descentralizada Permanente del VRAEM de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, la cual en el presente caso, para fijar la pena inaplicó lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal por preferir las circunstancias del hecho delictivo en concordancia con los fines de la pena en el régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política).

¹⁰ Fundamento 3.4, de la parte III. Determinación de la Pena, de la sentencia materia de consulta.

¹¹ Considerando 3.5 de la sentencia consultada.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

SÉTIMO: Bajo ese orden de ideas, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable en torno a la responsabilidad restringida de las personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad.

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

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

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

Por consiguiente, si el elemento relevante es el estado de inmadurez del agente a causa de la edad, no se encuentra justificación para que la utilización de esta

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

atenuante dependa del delito cometido. Esto incluso, en atención del principio de igualdad, ya que lo contrario significaría, que dos personas en la misma situación de madurez sean tratadas en forma distinta: una con la imposición de una pena ajustada a su situación personal específica y la otra castigada con una pena excesiva, sin tomar en cuenta los alcances de su madurez.

OCTAVO: Establecido lo anterior, corresponde desarrollar el sustento y características del “*principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad*”, consagrado en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Estado. Tal como se desprende de una interpretación literal, nos encontramos frente a un principio vinculado a la pena, que propugna la creación de delitos y penas con el fin de resocializar al penado para su reinserción en la sociedad.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia dictada en el Expediente N° 00803-2003-HC/TC, los alcances jurídicos de este principio constitucional, al indicar que:

«9. Al margen de la ardua polémica que, con respecto a los fines de la pena existe, conforme lo enunciado en reiterada jurisprudencia, este Colegiado considera que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"; tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

10. Este principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia, comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones de cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el cuántum de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

11. Desde esa perspectiva, el enunciado constitucional constituye per se un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el cuántum de la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese cuántum o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad. Finalidad que es atribuible a toda clase de penas, llámense estas privativa de libertad, de multa, limitativa de derechos, pena restrictiva de libertad y por tanto, aplicable a las diversas clases de penas.

12. En tal sentido las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad». (subrayado nuestro)

Por otra parte, el principio de humanidad de la pena se fundamenta en la dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución)¹², siendo su función en el sistema penal, el de ser un medio que motive la imposición de penas con fines rehabilitadores, excluyendo sanciones ajenas a dicho fin.

NOVENO: De conformidad con lo expuesto hasta aquí, el segundo párrafo del modificado artículo 22 del Código Penal debe considerarse inconstitucional, pues la imposición de la pena sin el beneficio de la responsabilidad restringida, en los casos donde se cumple con el rango de edad previsto en la ley, implicaría un exceso y desproporción que atentaría contra los derechos de rehabilitación y reinserción social –los cuales, de acuerdo con el artículo 5.6¹³ de la Convención

¹² Fundamento 3.3.3 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00752-2014-PHC/TC.

¹³ «Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Derecho a la Integridad Personal: (...)

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

Americana de Derechos Humanos y artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política del Estado, constituyen la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad—, porque se impondría una pena, desconociendo en razón del delito, una atenuante cuyo fundamento resocializador es el grado de madurez del infractor penal; así como, contra la realización personal y familiar, el proyecto de vida y otros derechos vinculados a la dignidad de la persona que se encuentran previstos en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

Tanto más, si de acuerdo con los artículos IV y VIII del Título Preliminar del Código Penal, que regulan los principios de lesividad y proporcionalidad, respectivamente, la pena necesariamente precisa que la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, no pueden sobrepasar la responsabilidad por el hecho, lo cual resulta respetuosa de la dignidad de la persona, como un límite del *ius puniendi* del estado.

DÉCIMO: En consideración a ello, es que la Sala Superior para el caso concreto, tomó en cuenta al determinar la pena, no solo la edad del sentenciado, “veinte” (sic) años¹⁴, sino también las condiciones personales de este, tales como que cuenta con secundaria incompleta, que tiene una condición pobre, que tiene estudios de nivel secundaria incompleta, que no tiene bienes y que no tiene antecedentes penales ni judiciales. Precisando, que únicamente encontraba la concurrencia de circunstancias atenuantes genéricas, edad y la ausencia de antecedentes, más no existían circunstancias agravantes; en razón a ello, consideraba que correspondía establecer un espacio punitivo inferior a la pena básica.

En consecuencia, el medio social en el que se desarrolló el imputado, aunado a su grado de inmadurez, determinan que el sentenciado presente condiciones personales particulares que deben ser considerados al momento de imponer la

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

¹⁴ Cerilo Neyra Onofre tenía diecinueve años de edad, a la fecha de los hechos materia de sanción penal (seis de abril de dos mil quince), tal como se aprecia en el Auto Apertorio de Instrucción, obrante a fojas 52 del cuaderno de casación; y otros actuados, como la ficha RENIEC, donde figura como fecha de nacimiento el día veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

pena. Por tales razones, se considera que la imposición al condenado, de seis años de pena privativa de la libertad efectiva, atendiendo a las circunstancias especiales de este –con responsabilidad restringida–, resulta razonablemente suficiente y proporcional a fin de reprimir el delito cometido; máxime, si dicha reducción en la pena obedece, también, a que el procesado se acogió a la conclusión anticipada del proceso, tal como se verifica en el “Acta de Audiencia de Continuación de Juicio Oral”, de fecha ocho de julio de dos mil dieciséis, obrante a fojas quinientos doce del expediente principal.

DÉCIMO PRIMERO: Adicionalmente, cabe mencionar lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el Expediente N° 00751-2010/PHC/TC, de fecha quince de junio de dos mil diez, en el sentido que: *«De acuerdo al texto del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) y a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 (fojas 17), queda a criterio del juez la reducción prudencial de la pena y/o inaplicación del segundo párrafo del artículo antes mencionado»*. Siendo que el referido Acuerdo Plenario, en el numeral 11, con carácter de doctrina legal, estableció que: *«Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente - que impide un resultado jurídico legítimo»*.

Por consiguiente, entendemos que nuestro Tribunal Constitucional ha aprobado, implícitamente, el criterio que orienta la presente resolución, en cuanto a la falta de proporcionalidad en la imposición de las penas.

DÉCIMO SEGUNDO: Por todo lo expuesto, se determina que la inaplicación de la prohibición contemplada en el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, efectuada por la sentencia, objeto de consulta, en mérito al control difuso que le otorga la Constitución y la ley, en este caso en concreto, se encuentra arreglada

CONSULTA
EXP. N°11914-2018
AYACUCHO

a lo previsto en el artículo 138 de la Carta Magna, por lo que corresponde su aprobación.

Por tales fundamentos, **APROBRARON** la sentencia consultada, de fecha ocho de julio de dos mil dieciséis, obrante a fojas quinientos dos, que condena a Cerilo Neyra Onofre, como autor del delito contra la salud pública – tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo ilegal de estupefacientes mediante actos de tráfico – tipo básico, a seis años de pena privativa de libertad efectiva; esto al **INAPLICAR** en el caso en concreto la prohibición prevista en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal. En el proceso penal seguido contra Cerilo Neyra Onofre en agravio del Estado, por el delito contra la salud pública - tráfico ilícito de drogas; y se devuelva.

S.S.

WONG ABAD

CARTOLIN PASTOR

HUERTA HERRERA

LINARES SAN ROMÁN

Miam/spa

EL VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS RUEDA FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ MELGAREJO Y BUSTAMANTE ZEGARRA, ES COMO SIGUE:-----

I. VISTOS; con el acompañado:

I.1. Consulta

Es materia de consulta ante esta Sala Suprema, la sentencia contenida en la resolución de fecha ocho de julio de dos mil dieciséis, obrante a fojas quinientos dos del expediente principal, emitida por la Sala Mixta Descentralizada del

**CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO**

VRAEM de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, por haber realizado control difuso inaplicando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Cerilo Neyra Onofre, como autor del delito contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo ilegal de estupefacientes mediante actos de tráfico ilícito – Tipo Básico, en agravio del Estado, imponiéndole la citada Sala al imputado seis años de pena privativa de la libertad.

I.2. Fundamentos de la resolución elevada en consulta

El Colegiado de la Sala Superior sustenta la inaplicación de la norma penal, refiriendo que el autor carece de antecedentes penales y judiciales al contar con veinte años de edad al momento de la comisión de los hechos, por lo que debe aplicarse a Cerilo Neyra Onofre la responsabilidad restringida contemplada en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, imponiendo la condena de seis años de pena privativa de la libertad.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del objeto de pronunciamiento

El presente caso es uno de materia penal cuya sentencia es elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, conforme a lo previsto en la norma del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debido a que la sentencia de instancia, vía control difuso ha inaplicado la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

SEGUNDO: Sobre el control difuso

2.1. Es importante reiterar lo señalado por esta Sala Suprema en sentencia de doctrina jurisprudencial vinculante¹⁵, que, en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, **prevalece la norma constitucional cuya**

¹⁵ Consulta N° 1618-2016 / Lima Norte, fecha dieciséis de agosto del año dos mil dieciséis.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

supremacía y jerarquía¹⁶, 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 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.

¹⁶ Reconocida en el artículo 51 de la Constitución.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

2.2.2. La motivación no puede ser en abstracto ni genérica; ineludible y forzosamente los jueces tienen que motivar en relación a los datos y particularidades del caso concreto; en ese orden el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculados a los datos y particularidades del caso, **sustentados en razones, datos y circunstancias fácticas del procesado que conlleven en su situación específica a determinar que la norma legal concretiza vulneración a algún derecho fundamental**; reiterando, que no está permitido un control en abstracto de las leyes, el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto *erga omnes*, tribunal que ha señalado en relación al control difuso, que ***está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes***¹⁷.

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 antes señalada, 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

¹⁷ "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).

**CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO**

intervenido y el grado de intervención, aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia¹⁸.

TERCERO: Aplicación de reglas para el control difuso

3.1. La sentencia consultada impone la pena reducida de seis años de pena privativa de la libertad efectiva, **inaplicando la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal** que excluye de la reducción de la pena legal a los agentes del delito de tráfico ilícito de drogas.

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 normativa¹⁹, 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.

¹⁸ Las reglas del control difuso precisadas en la doctrina jurisprudencial Consulta N° 1618-2016 / Lima Norte, son las siguientes: **i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales**, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en nuestra Carta Magna; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.

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

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

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

¹⁹ Promulgado por Decreto Legislativo N° 635, publicado en el Diario Oficial "El Peruano", con fecha cuatro de agosto de mil novecientos noventa y uno; superando el control de producción normativa conforme el procedimiento constitucional del artículo 108 de nuestra Carta Magna.

**CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO**

3.3. Continuando con el examen de vinculación de la norma con el caso concreto, se tiene que el artículo 22 en el texto vigente al momento de los hechos, contiene varias normas sobre imputabilidad restringida, de las cuales una se relaciona con el caso concreto, *la que excluye a los agentes mayores de dieciocho y menores de veintiún años, de la reducción de la pena cuando hubieren cometido el delito de tráfico ilícito de drogas; norma que se vincula en forma directa e insoluble con la determinación de la pena para el procesado Cerilo Neyra Onofre*, que en sentencia ha sido encontrado responsable como autor del delito contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo ilegal de estupefacientes mediante actos de tráfico ilícito – Tipo Básico, cometido cuando tenía diecinueve años de edad, y que de acuerdo a la norma citada el acusado se encuentra excluido de la posibilidad de reducción de la pena mínima señalada en la ley; **superando la norma el juicio de relevancia.**

3.4. Procediendo a la interpretación en compatibilidad con la Constitución, se observa que la disposición legal contiene varias normas referidas a la imputabilidad restringida:

3.4.1. Una regla general en el primer párrafo: “**Podrá** reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción”; cabe anotar que, **la norma no contiene mandato de reducción de la pena mínima legal en forma obligatoria e irrestricta para todos los agentes con imputabilidad restringida**, contemplando la *posibilidad* de reducción prudencial, lo cual exige del Juez evaluación y determinación motivada de la decisión en cada caso, **significando que aún cuando se trate de agentes con imputabilidad restringida e indistintamente del tipo de ilícito cometido, no siempre conllevará una reducción de la pena mínima legal.**

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

3.4.2. El primer párrafo de la norma establece restricciones para algunos casos de reincidencia, y el segundo párrafo (enjuiciado), precisa exclusiones a la reducción de la pena, entre otros, para los agentes que hayan incurrido en delito de tráfico ilícito de drogas.

3.4.3. La disposición legal materia de interpretación, se vincula con los principios generales del Código Penal, que en su artículo II del Título Preliminar prevé que ***nadie será sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en la ley*** vigente al momento de la comisión²⁰; **reafirmando como principio la vinculación a la pena legal** prevista en el ordenamiento jurídico y producida conforme al procedimiento constitucional, contenida en el Código Penal para cada hecho punible. Asimismo, se vincula con la norma del artículo V que establece que **solo el Juez competente puede imponer las penas y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley**; acogiendo el principio de legalidad en la pena y en la graduación²¹. No obstante, las normas del artículo 22 del Código Penal establecen excepciones a dicho principio y un tratamiento diferenciado **posibilitando la reducción de la pena legal a algunos supuestos de imputabilidad restringida**; extrayendo que **la vinculación a la pena legal es la regla general y principio del Código Penal, y que el tratamiento diferenciado en la ley lo ocasiona el artículo 22 del citado Código** al crear una posibilidad para algunos agentes con imputabilidad restringida, supuesto normativo que se vincula y sustenta en los fines de la pena.

Reiteramos, **que la norma que prevé la reducción de la pena, en sí no es una norma universal e igualitaria para todos los supuestos de imputabilidad restringida**, sino que desde ya contiene distinciones al establecer como "posibilidad", significando que a todos los agentes con

²⁰ El artículo II del Título Preliminar del Código Penal, respecto al Principio de Legalidad, establece que: "*Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella*".

²¹ El artículo V del Título Preliminar del Código Penal refiere que: "*Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley*".

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

imputabilidad restringida no se les reducirá la pena, incluso aquellos que no estén en el supuesto del segundo párrafo, lo cual dependerá de las particularidades del agente y del caso evaluadas y motivadas en la decisión del Juez.

3.4.4. Confirmando que **la norma en cuestión, sí contiene un tratamiento desigual:** **a)** desde la consideración de imputabilidad restringida; **b)** del beneficio de reducción de la pena para algunos agentes con imputabilidad restringida, creando una excepción a la vinculación a la pena legal prevista para todos los casos; **c)** el tratamiento diferenciado entre agentes con imputabilidad restringida indistintamente del ilícito cometido, en que la reducción es una posibilidad; **d)** la exclusión de los reincidentes, de los integrantes de organización criminal y de los agentes de delitos graves y pluriofensivos, de la posibilidad de reducción de la pena legal, notando que **de la excepción creada a la regla general, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal distingue que algunos agentes no son comprendidos en la regla de excepción, manteniendo para ellos la vinculación a la pena legal.**

3.4.5. Continuando con la interpretación conforme a la Constitución, se advierte que el cuestionamiento a la norma reside en la exclusión a los agentes del delito de tráfico ilícito de drogas (con imputabilidad restringida), de la posibilidad de reducción de la pena, vulnerando supuestamente el derecho a la igualdad y no contar con antecedentes penales ni judiciales.

3.4.6. En principio, el **derecho fundamental a la igualdad** se encuentra reconocido y protegido en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad, que todos son iguales ante la ley, que tienen derecho a igual protección de la ley, y protección contra todo acto de discriminación²²; y en los

²² 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*”.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

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 ley²³.

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 sí 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 Humanos²⁴, establece que **un trato diferenciado basado en criterios razonables y objetivos, que se sustente en desigualdades reales y objetivas, no constituye discriminación** (OC-4/84 del diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafo cincuenta y seis y cincuenta y siete).

3.4.7. En ese sentido, toda restricción o tratamiento diferente en la ley no conlleva necesariamente una afectación al derecho a la igualdad, en tanto la exigencia es el trato igual entre iguales admitiendo un trato diferente entre desiguales, por lo que el examen se circunscribe a determinar: **si es o no una**

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".

²³ 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".

²⁴ Interpretación vinculante conforme a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

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.**

3.4.8. Exigencias que cumple la norma del artículo 22 del Código Penal al establecer en primer lugar *un tratamiento desigual por razón de la edad del agente* confiriéndole imputabilidad restringida; en segundo lugar estableciendo la *posibilidad del beneficio de la reducción de la pena* solo para aquellos con imputabilidad restringida, con exclusión de la generalidad de agentes, brindando un tratamiento legal diferente y especial, debido a que la pena requerida **puede** ser en algunos casos menor al mínimo legal; y en tercer lugar de aquellos que tienen imputabilidad restringida que sean reincidentes, integrantes de organización criminal, y los que hubieran cometido **delitos graves** y pluriofensivos, los mantienen en el régimen común, constituyendo un trato igualitario con relación a la generalidad de imputados, y uno diferente con relación a otros agentes con imputabilidad restringida que tienen la posibilidad de acceder a la reducción de la pena.

En este último supuesto, la norma guarda concordancia con el principio de vinculación a la pena legal previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, con la norma del artículo VII del mismo Código, la cual establece que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor²⁵, con el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo VIII de la citada normativa, pues la pena

²⁵ En relación a la responsabilidad penal, el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal regula que: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y el trato diferente se justifica con los fines constitucionales de la pena, **reeducación, rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad**²⁶, en concordancia a la función de la pena contemplada en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, en tanto la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora²⁷, justificando la exclusión de la reducción de la pena mínima legal, para el agente que incurre en delitos graves que lesionan varios bienes protegidos constitucionalmente.

En ese orden de ideas, en el caso del delito de **tráfico ilícito de drogas**, igual que la generalidad, la pena será dentro de los límites legales, atendiendo que el tiempo requerido para los fines de la pena y reinserción con éxito a la sociedad, se prevé que será mayor conteniendo una exigencia legítima y específica al mantener los límites legales de la pena cuando se incurren en delitos de gravedad y pluriofensivos²⁸.

3.4.9. Concluyendo, que estamos ante un tratamiento jurídico desigual legítimamente establecido²⁹, compatible con los fines constitucionales de la pena, por lo que la norma en ninguna de sus regulaciones evidencia supuesto de inconstitucionalidad, pues como se tiene señalado, **no todo tratamiento jurídico diferente concluye en un trato discriminatorio, pues en**

²⁶ El fin perseguido de la norma, el cual está vinculado a la finalidad de la pena, que de acuerdo a la norma del numeral 22 del artículo 139 de la Constitución, el fin constitucional de la pena es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

²⁷ Respecto a los fines de la pena y medidas de seguridad, el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal sostiene que: *"La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación"*.

²⁸ Conforme señala Robert Alexis, en el caso que no hubiera ninguna razón suficiente para la permisión de tratamiento igual se encuentra ordenado un trato igual, en cambio, si hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual (citado por José Víctor García Izaguirre, El Test de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Editorial Adrus, 2012, p. 433).

²⁹ Criterios acogidos de la OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 57: No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

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 jurídico³⁰, manteniendo la norma la presunción de constitucionalidad en abstracto.

No obstante, como también lo tiene señalado este Tribunal Supremo en abundante jurisprudencia³¹, el que la norma en abstracto admita interpretación compatible con la Constitución, no excluye que en concreto ante un caso específico la misma norma legal pueda resultar inconstitucional.

En tal supuesto, se debe continuar con las reglas del control difuso, acudir al test de ponderación u otro similar, identificando el o los derechos fundamentales vulnerados al agente, evaluar la intensidad de la intervención según las circunstancias e incidencias del caso, debiendo tener presente que **la graduación y reducción de la pena es ejercida por el Juez Penal conforme a ley, y que cuando ejercita el control difuso actúa como Juez Constitucional atendiendo a la protección de derechos fundamentales, requiriendo que su actuación se ajuste a los fines y parámetros constitucionales.**

³⁰ 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.

³¹ Consulta N° 286-2013-Arequipa, Consulta N° 555-201 3-Arequipa, Consulta N° 10807-2013-Arequipa, Consulta N° 3221-2013, Consulta N° 7598-2016-Cañete, Consulta N° 14634-2013, Consulta N° 02822-2013, Consulta N° 02050-2015, Consulta N° 9548-2012, Consulta N° 0807 5-2014, Consulta N° 10277-2014, Consulta N° 05699-2015, Consulta N° 04980-2015, Consulta N° 10807-2013 , Consulta N° 12895-2013, Consulta N° 12102-2013, Consulta N° 00833-2015, Consulta N° 02747-2015, Consulta N° 00600-2015, Consulta N° 1549-2015.

CONSULTA
EXP. N° 11914-2018
AYACUCHO

CUARTO: Control de Constitucionalidad en el caso concreto

4.1. En el caso de autos, la sentencia consultada condena al acusado por delito de tráfico ilícito de drogas previsto en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, señalando como circunstancias que: *“(...) en el caso sub examen se observa solo la concurrencia de circunstancias atenuantes genéricas como el hecho que el encausado Cerilo Neyra Onofre carece de antecedentes penales y judiciales, contaba con veinte años de edad al momento de la comisión de los hechos —no existiendo circunstancias agravantes—, lo cual ameritaría establecer un espacio punitivo dentro del tercio inferior de la pena básica; entonces, considerando que la pena conminada para el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal vigente, es no menor de ocho años ni mayor de quince años (...), se considera conveniente en el presente caso ubicar la pena en el extremo del tercio inferior esto es ocho años, pena a la que se reducirá prudencialmente por responsabilidad restringida al momento de cometer los hechos, así como el beneficio de conclusión anticipada”*.

4.2. Al respecto, **se puntualiza que el objeto de consulta es la inaplicación de la norma que excluye al sentenciado de la reducción de la pena por imputabilidad restringida**, los fundamentos de la sentencia recurrida sobre el asunto, se encuentran en el considerando 3.6 de la misma, sustentándose principalmente, además de la ausencia de antecedentes penales y judiciales, en la edad del acusado al momento de los hechos, esto es, diecinueve años, que el artículo 2 numeral 2 de la Constitución prohíbe la discriminación de cualquier índole, colisionando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal con la norma constitucional, que de aplicarse sería un trato diferenciado a las personas en función al delito que cometen, situación que nuestra Carta Magna no permite, que de acuerdo a lo señalado por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, la base de la diferencia en función de la edad se sustenta en la capacidad penal disminuida -sustento o elemento esencial de la culpabilidad- no en el delito cometido, que hacerlo significa incorporar como regla de interdicción

CONSULTA
EXP. N°11914-2018
AYACUCHO

de exención de pena un elemento impropio que decide la antijuricidad y, por tanto, con una base no objetiva ni razonable que una democracia constitucional no puede aceptar, concluyendo que la limitación impuesta vulnera el principio de igualdad ante la ley.

4.3. Sin embargo, **la sentencia consultada no contiene ningún fundamento para ejercitar el control difuso en el caso particular del sentenciado Cerilo Neyra Onofre; tampoco contiene argumentos para decidir la reducción de la pena por imputabilidad restringida**, pues como se tiene antes señalado, la regla general se refiere a una "*posibilidad*" de reducir, y no a una reducción automática, lo cual demanda motivación cualificada, exponer las razones y consideraciones del caso concreto, que lleven a reducir con afectación del principio de vinculación a la pena legal.

4.4. Por el contrario, **la resolución consultada contiene argumentos en forma genérica que van orientadas al control abstracto de la norma legal**, lo cual no se encuentra en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución y del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza la revisión judicial de las leyes para el caso concreto, que es objeto de decisión en el proceso judicial que el Juez está resolviendo; la inaplicación de normas a casos particulares sin cumplir los supuestos para el control difuso, constituye vulneración al principio de igualdad ante la ley, a la seguridad jurídica, y atenta contra los fines del control difuso.

III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **NUESTRO VOTO** es porque se **DESAPRUEBE** la sentencia contenida en la resolución de fecha ocho de julio de dos mil dieciséis, obrante a fojas quinientos dos del expediente principal, emitida por la **Sala Mixta Descentralizada del VRAEM de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho**, consultada por haber realizado control difuso inaplicando el

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

CONSULTA
EXP. N°11914-2018
AYACUCHO

segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en consecuencia, **NULA** la citada resolución debiendo la acotada Sala Superior emitir nuevo pronunciamiento; en el proceso penal seguido contra Cerilo Neyra Onofre, como autor del delito contra la Salud Pública – Tráfico Ilícito de Drogas, en la modalidad de favorecimiento al consumo ilegal de estupefacientes mediante actos de tráfico ilícito – Tipo Básico, en agravio del Estado; y, se *devuelva*.

Jueza Suprema ponente: Rueda Fernández.-

S.S.

RUEDA FERNÁNDEZ

SÁNCHEZ MELGAREJO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Eae/jps