

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

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA



Lima, veintiuno de abril
del dos mil diecisiete.-

VISTOS; con los acompañados; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia de vista, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fecha treinta de noviembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento cinco, en cuanto inaplicó al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por incompatibilidad con el principio de igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado.

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 considerarla incompatible con la Constitución Política del Estado. 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: Mediante resolución número cuatro de fecha once de abril del dos mil dieciséis, obrante a fojas cincuenta y uno expedida por el Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, sentenció al acusado, Juan Carlitos Micha Chabés, como autor del delito contra la libertad sexual, en la figura de violación sexual de menor de catorce años, en agravio de la menor de iniciales L. M. A. C., a treinta años de pena privativa de libertad. Asimismo, se le impuso una reparación civil de veinte mil soles a pagar a favor de la agraviada. Sin embargo, mediante resolución número diez de fecha treinta de noviembre, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de Cajamarca de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, se revocó la sentencia apelada y

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

reformándola se impone una pena de quince años con carácter de efectiva y el pago de una reparación civil de cinco mil nuevos soles a favor de la agraviada. La sentencia de vista inaplica el mínimo de la pena conminada de treinta años de pena privativa de la libertad prevista en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal, en atención de los criterios establecidos en el fundamento cuadragésimo segundo de la casación N° 335-2015 - El Santa. Asimismo, inaplica el artículo 22 del Código Penal, que impide la disminución prudencial de la pena a los responsables restringidos por la edad, en los delitos de violación de la libertad sexual.

CUARTO: La sentencia de vista declaró al señor Juan Carlitos Micha Chabés como autor del delito antes mencionado; no obstante, inaplica el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, en atención la edad del imputado diecinueve años y diez meses (19 años y 10 meses aproximadamente) al momento de sucedidos los hechos, teniendo en cuenta los criterios establecidos por la Sala Penal Permanente en la Casación N°335-2015 El Santa, en la que se establece que. *“el artículo 22 primer párrafo del Código Penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afectaría el principio –derecho de igualdad, garantizado por el artículo 2º, inciso 2; de nuestra Constitución. Más aún, si el Tribunal Constitucional ha preservado la facultad del Juez para reducir prudencialmente la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal (...).”*

QUINTO: Para un mejor análisis del tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable en torno a la responsabilidad restringida de personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad. En principio, el artículo 22 de Código Penal promulgado por Decreto Legislativo N° 635 de acuerdo con su texto original previó que 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, se podía reducir prudencialmente la pena señalada en la ley, para el hecho cometido. Sin embargo, éste artículo fue modificado por el

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

artículo único de la Ley N° 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, así como también fue modificada mediante Ley N° 29439 donde introdujo la situación agravante del segundo párrafo por el que queda excluido de la responsabilidad restringida el agente que haya incurrido en delito de ***violación de la libertad sexual***, robo agravado, homicidio calificado, entre otros.

SEXTO: La norma penal que modificó el artículo 22 del Código Penal, no puede interpretarse como inconstitucional, *pues como se tiene expuesto, dicho precepto no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que la responsabilidad restringida por razón de edad, prevista para personas que tengan más de dieciocho y menos de veintiún años, no es aplicable en determinados delitos, debido a la extrema gravedad del ilícito penal, o la naturaleza del bien jurídico que protegen, por lo que no es de aplicación la atenuación de la responsabilidad penal.*

SÉPTIMO: La modificación introducida por la Ley N° 29439, tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal y, por tanto, no puede colisionar con el derecho de igualdad ante la ley previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado; puesto que, sin bien por el principio de igualdad se asegura la plena igualdad de los ciudadanos ante la ley, de tal modo que nadie puede ser discriminado por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica u otra razón de cualquier índole, tal igualdad debe ser entendida entre los iguales.

OCTAVO: En tal sentido, al establecer la ley un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la responsabilidad restringida, no se afecta el principio de igualdad previsto en la Constitución Política del Estado, pues debido a la gravedad de los hechos y naturaleza del ilícito penal, la ley penal puede imponer un tratamiento diferenciado, es por ésta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos y la naturaleza del bien jurídico protegido; por esta misma razón resulta plenamente ajustado a derecho y

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

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

conforme a la Constitución Política del Estado que la ley defina que en determinados delitos no opera la atenuación de la responsabilidad penal por razón de la edad del agente.

Por estos fundamentos: **DESAPROBARON** la sentencia de vista emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fecha treinta de noviembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento cinco, que inaplicó al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por incompatibilidad con el principio de igualdad ante la ley, establecido en artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado; en lo seguidos por el Ministerio Público contra Juan Carlitos Micha Chabes, sobre delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad; *y los devolvieron.*

Interviene como Juez Supremo ponente el señor Toledo Toribio.-

S.S.

WALDE JÁUREGUI

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN MINORIA DEL SEÑOR JUEZ
SUPREMO CARTOLIN PASTOR SON LOS SIGUIENTES:-----**

I. MATERIA DE CONSULTA:

Ha sido elevada en consulta a esta Sala Suprema¹, la sentencia signada con la resolución número diez, de fecha treinta de noviembre de dos mil

¹. La decisión objeto de consulta ha sido elevada en forma directa, debido a que contra la misma no se interpuso recurso de casación.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

dieciséis², expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que **revocó** la sentencia contenida en la resolución número cuatro, de fecha once de abril de dos mil dieciséis³, en el extremo que impuso a Juan Carlitos Micha Chabes treinta años de pena privativa de libertad efectiva, más el pago de veinte mil con 00/100 soles (S/ 20,000); y **reformándola**, le impuso quince años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva en su ejecución, más el pago de cinco mil con 00/100 soles (S/ 5,000), por ser autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales LMAC; ello al haber inaplicado el mínimo de la pena previsto en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal y la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del mismo cuerpo normativo, en atención de los criterios establecidos en la Casación N.º 335-2015, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad, consagrado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política.

II. ANTECEDENTES:

2.1. Hechos imputados por el Ministerio Público

Se imputó a Juan Carlitos Micha Chabes la comisión del delito contra la indemnidad sexual en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales LMAC, en circunstancias que con fecha dieciocho de marzo de dos mil dieciséis, a las 00:00 horas aproximadamente, esta se dirigió al domicilio del imputado e ingresó hasta su habitación, lugar donde mantuvieron relaciones sexuales, y luego fue entregada a su madre, quien había ido a buscarla en compañía de efectivos policiales.

2.2. Pena aplicable

². Obrante a fojas 105 del expediente principal.

³. Obrante a fojas 51 del expediente principal.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

La conducta imputada se subsume en el delito de violación de la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, por lo que la pena aplicable de acuerdo a la edad de la agraviada sería la prevista en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal, en el cual se establece que *si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.*

2.3. Fundamentos de la sentencia materia de consulta

Se advierte de autos que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca **revocó** la sentencia contenida en la resolución número cuatro, de fecha once de abril de dos mil dieciséis⁴, en el extremo que impuso a Juan Carlitos Micha Chabes treinta años de pena privativa de la libertad; y **reformándola**, le impuso quince años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva en su ejecución.

En cuanto a la determinación de la pena, el Colegiado efectuó el control difuso respecto a la aplicabilidad del mínimo de la pena previsto en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal y la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del mismo cuerpo normativo, resolviendo inaplicar los referidos dispositivos legales por colisión con el derecho constitucional a la igualdad, reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

Para tal efecto, la Sala Penal de Apelaciones consideró los criterios establecidos en la sentencia recaída en la Casación N.º 335-2015 emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre la idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de menores de trece

⁴. Obrante a fojas 51 del expediente principal.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

años de edad, previsto en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal.

Bajo ese contexto, el Colegiado señaló que la sentencia recaída en la Casación N.º335-2015 permite la inaplicación de I segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal que prohíbe la disminución de la pena a los sujetos con responsabilidad restringida (debiendo entenderse en aquellos casos en que medie consentimiento), por lo que para el caso concreto, al haber contado el imputado Juan Carlitos Micha Chabes con la edad de diecinueve años y diez meses aproximadamente en el momento de los hechos (imputable relativo), correspondía la inaplicación del *mínimum* de la pena prevista en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal; en tal sentido, consideró proporcional imponerle al procesado la pena privativa de libertad de quince años, estimando que esta cumple con la finalidad perseguida de tutelar el bien jurídico de indemnidad sexual.

III. CONSIDERACIONES:

PRIMERO: De la cuestión fáctica en concreto

Dado que el control difuso se realiza en concreto y no en abstracto, resulta relevante determinar cuáles son los hechos fijados en el proceso, a fin de subsumirlos a la norma correspondiente, y a partir de ello, determinar si dicha norma trasgrede la Constitución Política del Estado, para que pueda ser inaplicada. Al respecto, de lo actuado en el proceso se puede señalar como hechos los siguientes:

- Los hechos imputados acaecieron el día dieciocho de marzo de dos mil dieciséis, a las 00:00 horas aproximadamente.
- A la fecha de los acontecimientos, la menor de edad agraviada de iniciales LMAC contaba con doce años, dos meses y nueve días de

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

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

edad; y el imputado Juan Carlitos Micha Chabes, con diecinueve años de edad.

- De las conclusiones del Certificado Médico Legal N.º 001754-G⁵, de fecha dieciocho de marzo de dos mil dieciséis, se advierte que la menor de edad agraviada presentaba desfloración reciente.
- Del Examen Psicológico contra la Libertad Sexual N.º 001748-2016-PS-SCLS⁶, de fecha dieciocho de marzo de dos mil dieciséis, en el cual se realizó la entrevista única a la menor agraviada en Cámara Gesell, se aprecia que la menor manifestó haber mantenido relaciones sexuales consentidas con el imputado Juan Carlitos Micha Chabes.
- El Juzgado Penal Colegiado Supra Provincial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca condenó al imputado Juan Carlitos Micha Chabes, por ser autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales LMAC, a treinta años de pena privativa de libertad efectiva.
- El abogado defensor del sentenciado Juan Carlitos Micha Chabes interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, solicitando que se revoque la misma, y reformándola, se absuelva al sentenciado de los cargos formulados en su contra.
- La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca revocó la sentencia apelada en el extremo que impuso a Juan Carlitos Micha Chabes a treinta años de pena privativa de libertad efectiva; y reformándola, le impuso quince años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva, por ser autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales LMAC.

⁵. Obrante a fojas 14 del expediente acompañado.

⁶. Obrante a fojas 26 del expediente acompañado.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

SEGUNDO: De la norma presuntamente contraria a la Constitución

Del análisis de la sentencia elevada en consulta, se desprende que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, ejerció el control constitucional difuso respecto del mínimo de la pena previsto en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal y de la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del mismo cuerpo normativo:

“Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad: (...)

2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.

(...)” (resaltado añadido).

“Artículo 22. Responsabilidad restringida por la edad

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua” (énfasis agregado).

TERCERO: Norma constitucional presuntamente vulnerada

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca efectuó el control difuso respecto a la aplicabilidad del mínimo de la pena previsto en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal y la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del mismo cuerpo normativo, resolviendo inaplicar los referidos dispositivos legales por colisión con el derecho constitucional a la igualdad, consagrado en el siguiente artículo de la Constitución Política:

“Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(…)

2. A la igualdad ante la ley (…)”

CUARTO: Del mecanismo procesal de la consulta

4.1. En reiteradas sentencias, la Corte Suprema ha afirmado que el mecanismo procesal de la consulta opera como una suerte de garantía procesal, que tiene como fin último que la resolución emitida por el órgano jurisdiccional sea acorde a la Constitución, y que la medida correctiva de inaplicación de la norma al caso concreto sea la más adecuada y pertinente desde una mirada constitucional. En ese sentido, se entiende que la consulta tiene por finalidad asegurar el interés de la ley, teniendo en cuenta que se trata de un mecanismo procesal que busca verificar el control de legalidad de la resolución por haberse contrastado con el texto constitucional, lo que permite al máximo intérprete jurisdiccional asegurar la correcta interpretación y aplicación de la ley dentro del marco de la Constitución.

4.2. Respecto a ello, la Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-968-03, ha expresado lo siguiente: *“(…) A diferencia de la apelación, la consulta no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia*

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
CONSULTA N°3700-2017
CAJAMARCA

funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que esta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida (...)"⁷.

- 4.3.** En nuestro sistema jurídico, el mecanismo procesal de la consulta opera por mandato legal, conforme ha sido previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Constitucional y el Código Procesal Civil; siendo que corresponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema validar el ejercicio del control difuso realizado por el juez, en todos sus niveles; de allí su importancia como mecanismo procesal que busca consolidar el ordenamiento jurídico observado desde la Constitución y el caso concreto.
- 4.4.** Durante los últimos años nuestra jurisprudencia ha venido asentando el criterio de limitar el conocimiento de la consulta por parte de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República cuando exista doble conforme; al respecto, debe precisarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido uniforme respecto de dicho tema pues ha tenido dos criterios claramente marcados: Por un lado, en algunos casos como las resoluciones recaídas en los Expedientes N.ºs 966-2006/Arequipa, 1288-2009/Lima, 1593-2007/Lima, 1618-2004/Lima, entre otros, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema se pronunció declarando nula la elevación en consulta en razón de la existencia de

⁷. Véase en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-968-03.htm>

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

doble conforme; y por otro lado, a pesar de existir doble conforme, se pronunció sobre el fondo de la sentencia en consulta, sin haber declarado nula la resolución que dispuso la elevación de los actuados en consulta, como es de verse las resoluciones recaídas en los Expedientes N.ºs 2133-2005/Chincha, 3818-2009/Lima, 3311-2010/Lima, 2618-2011/Lima, 9214-2015/Lima, 17741-2017/Lima.

4.5. A fin de asumir una posición respecto del tema planteado, es necesario indicar que nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto al sistema judicial, contempla un esquema jerarquizado, cuya estructura consta de diversos niveles, según se determina en el artículo 26 del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N.º 017-93-JUS:

- La Corte Suprema de Justicia de la República
- Las Cortes Superiores de Justicia, integradas por Jueces Superiores
- Los Juzgados Especializados y Mixtos
- Los Juzgados de Paz Letrados
- Los Juzgados de Paz.

4.6. Con relación al control constitucional difuso, debe señalarse que en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establece que en todo tipo de procesos en los que los jueces ejerzan control constitucional difuso por existir incompatibilidad entre la norma aplicable al caso concreto y la Constitución, estos elevarán en consulta dicha sentencia, siempre que la misma no hubiese sido impugnada. Tal criterio también se aplica a las sentencias de segunda instancia que calcen dentro de este precepto.

4.7. De igual forma, de conformidad con el artículo 408 del Código Procesal Civil, en todos los casos de incompatibilidad entre una

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

norma constitucional y una legal ordinaria, se debe preferir la primera, es decir, proceder a ejercer el control difuso, y elevarse los actuados en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

- 4.8.** El Código Procesal Civil, al regular el procedimiento de la consulta, no hace referencia al control constitucional difuso que ejercen los Jueces de Paz y Paz Letrado, solo se refiere a la consulta en el caso de determinadas resoluciones de primera instancia que no fueran apeladas, y de segunda instancia cuando no sean recurridas en casación; no obstante, se entiende que cuando los Jueces de Paz y Paz Letrado ejerzan control constitucional difuso respecto de una ley, sus pronunciamientos también deben ser elevados en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.
- 4.9.** El Código Procesal Constitucional señala en su artículo 3 que las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República si no fueran impugnadas; y de la misma forma, las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no proceda medio impugnatorio alguno.
- 4.10.** Asimismo, al igual que la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Constitucional, con relación a la consulta del control constitucional difuso, no hace distinción al nivel jerárquico del juez, ya que se refiere a que ***“las decisiones jurisdiccionales”*** en las que se ejerza control constitucional difuso son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas, señalando que en el caso de segunda instancia ocurre lo mismo.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

4.11. Por lo tanto, podemos aseverar que la premisa general es que el ejercicio del control constitucional difuso, por mandato legal, tiene que ser aprobado o validado, lo que se realiza a través del mecanismo procesal de la consulta. También podemos afirmar que por disposición de la ley, la consulta debe proceder en todos los procesos y especialidades de manera obligatoria, por lo que de las normas mencionadas se desprende que es la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República el órgano jurisdiccional que debe conocer en última instancia el ejercicio del control difuso, a través de este mecanismo procesal.

4.12. Consideramos que la mencionada Sala Suprema es la instancia correspondiente para determinar y analizar el ejercicio del control difuso, incluso cuando exista doble conforme en niveles inferiores: En primer término, porque la norma así lo dispone; y en segundo lugar, porque el recurso de apelación a que se refiere la norma debe entenderse para la Sala Superior, en todos los demás grados o instancias deberán ser elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; además, porque conceptualmente la consulta ha sido diseñada para que una máxima instancia pueda ejercer el control de legalidad, de tal forma que permita salvaguardar la Constitución y los derechos fundamentales.

QUINTO: Del control constitucional difuso

5.1. Alcances generales

El control constitucional difuso se encuentra regulado en nuestra legislación en el artículo 138 de nuestra Constitución, concordante con el artículo 51 de la misma (referido a la supremacía de la Constitución frente a cualquier otra norma). De otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su numeral 14, regula el control

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

difuso de la Constitución, pero no solamente enuncia el principio, sino que también establece la forma cómo se ejerce. La esencia del método difuso de control de constitucionalidad radica en la noción de supremacía constitucional y en su efectiva garantía, en el sentido de que si hay actos contrarios con la Constitución, ellos son nulos y como tales tienen que ser considerados y rechazados por los jueces, quienes son, precisamente, los llamados a aplicar las leyes.

El control constitucional difuso no es una institución jurídica propia de nuestro sistema, esta aparece notoriamente en los Estados Unidos de América en el año mil ochocientos tres, con la sentencia expedida por la Corte Suprema de dicho país en el proceso judicial 'Marbury versus Madison', bajo el sustento de la supremacía constitucional; de tal pronunciamiento se coligen dos premisas de suma importancia para el estudio del control constitucional: La primera está referida a que la Constitución es la norma fundamental y suprema de una Nación; y, la segunda, a la nulidad de una norma que se dice contraria a la Constitución; de allí es que nace la facultad de los jueces de inaplicar una norma legal que contravenga a la norma constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano ha venido reafirmando que el ejercicio del control constitucional difuso corresponde a todos los jueces de la república como un poder-deber, por lo que resulta imperativo y obligatorio que el juez, en cada caso concreto, analice la constitucionalidad de la ley que va aplicar, conforme se advierte de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1679-2005-PA/TC [fundamento 2]: *"(...) El control difuso de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución*

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

del Estado democrático y social de derecho. Conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable (...)”.

En esa misma línea, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1680-2005-PA/TC-LIMA, el Tribunal Constitucional, citando la anotada sentencia del caso ‘Marbury versus Madison’, indicó lo siguiente [fundamento 2]: “*El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la Constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales*”.

En ese sentido, el contexto normativo del control constitucional en nuestro sistema jurídico permite concluir que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad ni grado, confiándole a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia la tarea de evaluar si este ejercicio jurisdiccional resulta constitucionalmente válido o no. De este modo, será la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desapruebe el ejercicio del control difuso; con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un juez no necesariamente especialista en materia constitucional; y en segundo lugar, uniformar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

5.2. Marco jurídico del control constitucional difuso

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio del control difuso se encuentra regulado normativamente en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado, en los términos siguientes:

“Administración de Justicia. Control difuso.

Artículo 138.- (...)

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

Asimismo, en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, establece un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de los procesos sometidos a su conocimiento, habiendo señalado en su primer y segundo párrafo lo siguiente:

“Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 236º de la Constitución⁸, 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 (...).”.

De igual forma, en el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se ha regulado el control constitucional en el siguiente sentido:

“Artículo VI. - Control Difuso e Interpretación Constitucional

⁸. La referencia a la Constitución de 1979 debe ser entendida como hecha al artículo 138 de la Constitución Política vigente.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

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 (...).”.

5.3. Algunas reglas sobre el ejercicio del control constitucional difuso

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 1680-2005-PA/TC-LIMA, ha afirmado que el ejercicio del control constitucional difuso es un deber del juez, y que por tanto la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infraordenado se aplique siempre en armonía con ella; sino también como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda que los jueces de toda sede y grado procuren hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Constitución.

Desde que se legisló el control constitucional difuso, ya sea legal (Código Civil de 1936) o constitucional (Constitución de 1979), no existen reglas procedimentales claras; por ello, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.° 1680-2005-PA/TC-LIMA, de fecha once de mayo de dos mil cinco, ha señalado algunas reglas sobre el particular, estableciendo sus límites conforme se detalla a continuación:

“5. A) Por un lado, el control de constitucionalidad **se realiza en el seno de un caso judicial**, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

6. B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda **sea relevante para resolver la controversia sometida al juez**. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.

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 de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (*nemo iudex sine actor*).

7. C) En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley **acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo**, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio (...).

8. D) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes **tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal** en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que, si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su 'cuidado' es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia 'especializada' (...)" (resaltado agregado).

Asimismo, se han fijado excepciones a la regla antes señalada en el siguiente sentido:

"9.(...) expuestos los alcances de este último límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal tiene que advertir que, como toda regla, esta tiene sus excepciones; a saber:

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

(i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa. Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N° 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).

(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo, advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las STC N°s. 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Por último, cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución –respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional–, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC N.° 0014-2003-AI/TC y STC N.° 0050-2004-AI/TC)."

Como se aprecia de las citas precedentes, el Tribunal Constitucional ha desarrollado algunos lineamientos que debe seguir el órgano jurisdiccional cuando en el ejercicio de su función, en un caso concreto, ejerza el control constitucional difuso.

5.4. La interpretación en el ejercicio del control constitucional difuso

Dado que el ejercicio del control constitucional difuso se realiza en un caso concreto y tiene efectos jurídicos solo entre las partes intervinientes, la evaluación deberá realizarse a partir de los hechos

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

probados (fijación de la cuestión fáctica) para subsumirlos a la norma legal correspondiente, y luego contrastarla con la norma constitucional a fin de verificar la existencia de una colisión con esta; de allí la relevancia e importancia de determinar la cuestión fáctica, ya que la norma en la cual se subsume será la que se enfrente al texto constitucional, siendo que de ningún modo el juzgador puede contrastar la norma legal con la Constitución si no tiene presente los hechos probados, admitir ello implicaría ir contra el texto constitucional.

En relación con la norma constitucional, en general, según Freixes y Remotti la Constitución “(...) *contiene normas jurídicas que pueden adoptar la forma de valores, principios y reglas. Los valores enumeran cláusulas generales o finalidades. Las reglas contienen disposiciones específicas. Valor y regla están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta y pueden claramente apreciarse a través de una simple interpretación lingüística. Los principios se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa* (...)”⁹.

Dicho ello, debe tenerse presente que la técnica de interpretación llamada “(...) *ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas, no de aquellas que pudieran resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad. Es obvio que los dos primeros no son aplicables a los conflictos constitucionales que se producen en el seno de un mismo documento normativo*”¹⁰.

Al respecto, Daniel Vázquez explica el uso adecuado de la técnica de la ponderación en la interpretación constitucional, señalando

⁹. Freixes, Teresa, y Remotti Carbonell José. (1992). Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, págs. 98-99. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79458.pdf>

¹⁰. Prieto Sanchís, Luis. *Derechos Fundamentales. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Palestra Editores – 2002; Pág. 212.

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
CONSULTA N°3700-2017
CAJAMARCA

*cómo la doctrina en general lo precisa: "(...) cuando dos principios entran en colisión, las herramientas mencionadas para la regla no operan, es aquí que se actualiza la ponderación, es precisamente este aspecto el que lleva a Alexy (1993 y 1994) a afirmar que la ponderación es inherente a la aplicación de los principios. En términos de Alexy "Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, más que por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren de ponderación. La Ponderación es la forma característica de la aplicación de principios"*¹¹.

En esa línea, reafirmando lo anteriormente señalado, el profesor José Carlos Remotti expresa lo siguiente: *"La técnica de la ponderación o balancing resulta, pues, una herramienta clave para la resolución de conflictos entre valores constitucionales, entre principios constitucionales o en, su caso, entre derechos constitucionales, es decir entre instituciones de la misma naturaleza, estructura y función constitucional"*¹².

Sobre el método de interpretación que debe utilizarse en el ejercicio del control difuso, el profesor José Carlos Remotti¹³ señala: *"Por el contrario, la ponderación no sería la técnica adecuada frente al conflicto que los derechos o demás reglas, valores y principios e instituciones constitucionales pudieran tener con bienes, aspiraciones o intereses sociales extraconstitucionales, puesto que el juez es garante de la Constitución y debe hacerla prevalecer por más clamor social o sintonía que pueda tener con aquellas aspiraciones o intereses sociales que pudieran estar en contradicción con lo establecido por la norma constitucional. Para estos casos es bueno recordar que la ponderación es una*

¹¹. Daniel Vázquez. *Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar*. Universidad Nacional de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2016. Pág. 20

¹². Remotti, José Carlos. "Prologo" en Cartolin Pastor, Pedro. *El mecanismo Procesal de la Consulta en el Control Constitucional Difuso*; San Marcos; Lima, 2017, Pág. 16.

¹³. Remotti, José Carlos. Ob. Cit. Pág. 17.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

*herramienta válida para resolver conflictos entre instituciones constitucionales (de la misma naturaleza). Si lo que se pretende es el reconocimiento de una pretensión individual o colectiva que esté fuera o en contradicción de los valores, principios o derechos constitucionales, lo que procede es iniciar el proceso de reforma constitucional. Además, la ponderación tampoco procedería en los casos de conflictos que pudieran producirse entre reglas, derechos, contenidos materiales, instituciones valores, principios constitucionales y lo establecido en una norma o disposición con valor de ley. **Lo establecido en una ley no se puede ponderar con lo establecido en la Constitución, sino que se tiene que adecuar a ella.** En ese caso, lo que procedería por parte del juez al ejercer el control difuso es la aplicación del imperativo constitucional, aplicando principios como el de adecuación o conformidad, pero en ningún caso la ponderación. Lo que sí correspondería al juez (...) es analizar si el legislador, al aprobar la ley en cuestión, ha ponderado adecuadamente los intereses en juego respetando las previsiones constitucionales" (negrita y subrayado nuestro).*

En ese sentido, corresponde, en el ejercicio del control constitucional difuso, adecuar la norma a la Constitución, por lo que se requiere utilizar los criterios de aplicación normativa por jerarquía, orden cronológico o de especialidad, dejando de lado el método de interpretación de ponderación; puesto que en el control constitucional difuso está en conflicto una norma de rango legal frente a una de rango constitucional; no obstante, de existir contradicción entre dos principios o normas constitucionales, corresponderá recurrir a la técnica de interpretación de ponderación; en todo caso, respecto de la norma en conflicto, deberá evaluarse si el legislador, al aprobar la ley cuestionada, ponderó adecuadamente los intereses en juego respetando las previsiones constitucionales, como bien lo ha señalado el profesor José Carlos Remotti.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

SEXTO: Análisis de la sentencia consultada

En el orden de las ideas expuestas, habiéndose determinado el marco normativo y fáctico en el que se circunscribe la actuación del proceso judicial, corresponde analizar la validez del control difuso efectuado en la sentencia materia de consulta.

6.1. Descripción de lo que es materia de consulta

En el caso de autos, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca **revocó** la sentencia contenida en la resolución número cuatro, en el extremo que impuso a Juan Carlitos Micha Chabes (19), por ser autor del delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales LMAC (12), a treinta años de pena privativa de la libertad; y **reformándola** le impuso quince años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva en su ejecución, habiendo inaplicado para tal efecto el mínimo de la pena previsto en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal y la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del mismo cuerpo normativo, por colisión con el derecho constitucional a la igualdad, reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

6.2. Cuestiones previas relevantes:

a) Etapas del desarrollo humano

Para poder entender mejor el comportamiento y la actuación de las personas, en especial tratándose de adolescentes y jóvenes, es importante conocer aspectos de su desarrollo.

Dentro de las etapas del desarrollo humano, la juventud es la quinta etapa de vida del ser humano; siendo posterior a la pubertad y adolescencia y precediendo a la adultez. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra 'juventud'

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
CONSULTA N°3700-2017
CAJAMARCA

proviene del latín *iuventus*: “*Edad que se sitúa entre la infancia y la edad adulta*”¹⁴.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud postula que la juventud alcanza, en general, el rango de edad entre los diecinueve y los veinticinco años, aun cuando reconoce —por ejemplo— que pueden haber «discrepancias entre la edad cronológica, la biológica y las etapas psicosociales del desarrollo», o también «grandes variaciones debidas a factores personales y ambientales».

Asimismo, la neurociencia ha demostrado en las últimas décadas que el desarrollo cognitivo de los jóvenes continúa más allá de los dieciocho años en esta etapa posterior y que su madurez emocional, imagen personal y el propio juicio se verán afectados hasta que la corteza prefrontal del cerebro se desarrolle completamente. Siguiendo esta posición, las nuevas indicaciones que vienen recibiendo los psicólogos en el Reino Unido, refieren que la adolescencia ahora dura hasta los veinticinco años de edad; así, la psicóloga infantil Laverne Antrobus, que trabaja en la Clínica Tavistock de Londres refiere que “[l]a idea de que de repente a los 18 años eres un adulto simplemente no acaba de cuadrar”, sosteniendo, a su vez que “[j]unto con el desarrollo del cerebro, la actividad hormonal también continúa hasta bien entrados los 20 años”¹⁵.

b) De la imputabilidad restringida

Teniendo en cuenta el proceso de desarrollo y maduración por el que atraviesan las personas, en especial quienes se encuentran en la etapa de la juventud, se ha normado en la legislación determinadas consideraciones en atención a esta realidad. En este sentido, las

¹⁴. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésimo segunda edición. Tomo 6, España 2001; página 903.

¹⁵. Información publicada por BBC Mundo online en septiembre de 2013:
https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/09/130925_salud_25_frontera_madurez_adolescentes_ap.

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
CONSULTA N°3700-2017
CAJAMARCA

leyes penales *“parten de la constatación según la cual la imputabilidad no se adquiere de repente, sino que es el resultado de un largo y lento proceso. Si las disposiciones penales no tuviesen en cuenta este hecho, ignorarían entonces la realidad humana y social”*¹⁶. Asimismo, y como lo refiere Jean Piaget, citado por Hurtado Pozo, *“[...] es, pues, necesario que consideren las diferentes etapas por las que pasa la persona; la cual crece y se desarrolla conforme a sus cualidades innatas y al medio ambiente (‘milieu’) en que se desenvuelve”*¹⁷; de esta manera se pueden comprender las diferentes etapas del desarrollo humano y los procesos por los que atraviesan las personas en su desarrollo biológico y psicosocial.

No es por ello casual, sino por el contrario, una condición debidamente fundamentada y sustentada en los estudios sociales, psicológicos y jurídicos, la implementación de medidas que deban considerarse para el caso de las personas entre dieciocho y veintiún años de edad que hayan cometido actos contrarios a las normas. En este sentido, cabe anotar, como lo refiere Hurtado Pozo¹⁸ citando a Bouzat & Pinatel, que *“(...) la madurez no comienza al final de la adolescencia”, sino que “(...) hay un período intermedio que va de los 18 a los 25 años, donde el crecimiento aún no ha terminado, donde la osificación evoluciona, el sistema nervioso termina su desarrollo”, y por último, que “la madurez propiamente dicha comienza a los 25 años”.*

6.3. Consideraciones conceptuales respecto de la norma inaplicada contrastadas con los hechos:

a) Responsabilidad restringida del agente

Desde el enfoque jurídico *“el individuo no alcanza la madurez de repente. Se trata de un proceso paulatino, que varía de un individuo*

¹⁶. Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Tercera edición. Lima 2005; página 611.

¹⁷. Piaget, Jean. *Psychologie normale y pathologique*; pagina 31. Paris 1968.

¹⁸. Hurtado Pozo, José. Ob. Cit.; página 647.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

a otro. Debido a esta situación, las legislaciones contienen normas que regulan un período intermedio comprendido entre el límite que separa el derecho penal de menores del derecho penal común y el límite cronológico a partir del cual se considera plenamente adulta (madura) a una persona”¹⁹.

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, la imputabilidad restringida por razón de la edad comprende a las personas entre dieciocho y veintiún años de edad, siendo que *“a estos individuos ya se les aplican las normas y sanciones del derecho penal común. Pero, por su situación personal, son considerados como incapaces relativos o imputables restringidos. Es decir, no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente”²⁰.*

Esta es la razón del por qué se establece en el origen del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal la imputabilidad restringida por razón de la edad; por lo que cualquier condición beneficiosa que se determine aplicar a las personas bajo esta consideración con relación a su edad, deberá ser aplicada y considerada para todas ellas sin distinción alguna, de lo contrario se estaría vulnerando y afectando el principio de igualdad ante la ley, convirtiéndose dicho accionar en un trato discriminatorio.

b) Principio de igualdad ante la Ley

Desde una perspectiva constitucional, la igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental. Respecto al principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha expresado que ha de considerarse “[...] a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) Como un impedimento para el

¹⁹. Hurtado Pozo, José. Ob. Cit. página 647.

²⁰. Hurtado Pozo, José. Ob. Cit.; página 647.

Corte Suprema de Justicia de la República
Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
CONSULTA N°3700-2017
CAJAMARCA

establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres [...]”²¹.

La igualdad ante la ley, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es un “[p]rincipio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”²²; ello presume, a decir de Carbonell “predicar una relación comparativa entre por lo menos dos elementos. Tal relación, sin embargo, no establece cualquier tipo de comparación entre los elementos a los que se refiere, sino sólo, precisamente, la de igualdad (A vale tanto como B), y no la de mera semejanza (A es casi como B) y todavía menos la de superioridad ni la de inferioridad, que niegan frontalmente la idea de la igualdad, y de ahí la ironía de la feliz y justamente famosa frase de Rebelión en la granja [Todos los animales son iguales, pero unos son más iguales que otros]”²³.

La igualdad es, a decir de Juan María Bilbao Ubillos y Fernando Rey Martínez, “(...) un juicio comparativo para medir la legitimidad o ilegitimidad de una desigualdad jurídica de trato entre un conjunto de individuos dado que se hallan en una situación análoga, semejante o comparable, respecto de un criterio previamente determinado. La igualdad mide, en realidad, el “quantum” de desigualdad de trato jurídicamente admisible”²⁴.

De ahí que a fin de resolver la presente consulta, inicialmente deben confrontarse el principio de igualdad reconocido constitucionalmente

²¹. Expediente N.°0018-2003-AI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2004, fojas 7.

²². Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Tomo 6, España 2001; página 845.

²³. Carbonell, Miguel. *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*. México 2003. Comisión Nacional de los Derechos Humanos; página 44.

²⁴. Carbonell, Miguel. Ob. Cit.; página 107.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

y la disposición de la segunda parte del artículo 22 del Código Penal, para posteriormente contrastarla con el principio de proporcionalidad de la pena, reconocido en nuestro texto constitucional en la última parte de su artículo 200.

c) Principio de proporcionalidad de la pena

Según lo ha expresado el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha tres de enero de dos mil trece, recaída en el Expediente N.º 010-2002-AI/TC (fundamentos 195 y 196):

“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución. En su condición de Principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena (...)

Este principio responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, teniendo en cuenta su aplicación a fin de determinar el grado de culpabilidad en atención al daño generado en la víctima.

En este sentido, el referido principio *“exige a los poderes públicos (Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal*

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

reclama que toda pena criminal sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respeto al principio de proporcionalidad no sólo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legitimidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional “sólo están sometidos a la Constitución y la ley” (art. 146.1 de la Const.)”²⁵.

Cabe hacer referencia, sobre el particular, a la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de fecha nueve de agosto de dos mil seis, en el Expediente N.º 003-2005-PI/TC, respecto a que *“el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reproable resulte el acto respecto a la persona responsable”²⁶.*

En ese sentido, y en la misma línea argumentativa seguida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente²⁷ en el año dos mil diez, debemos señalar que *“III) las exigencias que determinan la aplicación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además se debe tener en cuenta la inexperiencia y juventud del que delinque en el momento de los hechos, que carece de*

²⁵. Casación N.º 335-2015 Del Santa. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 01 de junio de 2016; páginas 11 y 12.

²⁶. Pleno Jurisdiccional 003-2005-PI/TC sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de 09 de agosto de 2006. Proceso de Inconstitucionalidad, párrafo 62.

²⁷. Consulta Expediente N.º 2472-2010-Junin. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 14 de setiembre de 2010. Sexto Considerando, página 3.

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

antecedentes penales .../// por lo que resulta razonable rebajarle la pena impuesta en cumplimiento del principio de proporcionalidad, acorde a lo establecido en los artículos 22°, 45° y 46° del Código Penal, el principio de igualdad previsto en el artículo 2° inciso 2) de la Constitución Política del Estado, así como de los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad previsto en el artículo 139° inciso 22) de la Carta Magna”.

Debe precisarse que el Tribunal Constitucional hace referencia al principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena, que se reconoce en la última parte del artículo 200 de la Constitución Política; por lo que, no debe confundirse con la aplicación del método de interpretación del test de ponderación que en su tercer nivel contempla la proporcionalidad propiamente dicha; sino que se hace referencia al principio constitucional de proporcionalidad de la pena, el cual, al ser un principio constitucional, se aplica directamente contra una ley en caso de ser contraria a su texto.

6.4. Análisis del ejercicio del control constitucional difuso

Corresponde analizar si existe colisión constitucional entre la disposición del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal (norma inaplicada) y el principio de igualdad reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, así como el principio de proporcionalidad de las penas consagrado en el último párrafo del artículo 200 de la Carta Magna, el mismo que guarda relación con el principio de resocialización del condenado, reconocido en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, que exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Así, tenemos que en la sentencia materia de elevación en consulta ante esta Suprema Sala, se **revocó** la sentencia contenida en la resolución número cuatro, de fecha once de abril de dos mil

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

dieciséis, en el extremo que impuso a Juan Carlitos Micha Chabes treinta años de pena privativa de la libertad efectiva; y **reformándola**, le impuso quince años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva al sentenciado Juan Carlitos Micha Chabes, por ser autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales LMAC; en mérito a la inaplicación del mínimo de la pena previsto en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal y la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del mismo cuerpo normativo, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad, consagrado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

En relación con los hechos probados a nivel judicial, resulta importante tener en cuenta que de acuerdo al relato de la menor de edad agraviada, existía una relación sentimental entre ella y el sentenciado, tratándose de dos personas que se conocían y que mantenían una relación sentimental; por lo que si bien el consentimiento en la relación sexual no es relevante para la determinación de la consumación del tipo penal, este sí constituye un factor trascendente para la determinación de la pena.

De otro lado, se debe tener presente que Juan Carlitos Micha Chabes, autor del acto delictivo, contaba con diecinueve años de edad cuando cometió el delito y, por ende, se encontraba dentro del rango de edad establecido en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal correspondiente a la imputabilidad restringida; empero, la segunda parte del citado artículo restringía su aplicación al señalar que *“[e]stá excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, (...)”*, impedimento que no permitía que se pueda aplicar la reducción de la pena por responsabilidad restringida a pesar de encontrarse dentro del rango de edad de imputabilidad relativa, ya que establece que se le aplique la norma

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

de manera diferente y discriminatoria por haber cometido el delito de violación sexual, sin tener en cuenta que se trata de un delito común, lo que evidencia una discriminación y consecuente violación al principio de igualdad y proporcionalidad de la pena, tanto más si el origen de dicha norma era considerar en general una responsabilidad restringida a los que tenían la edad de dieciocho hasta veintiún años.

Por lo tanto, considerando que al ejercerse el control constitucional difuso, cada caso constituye una situación particular que debe evaluarse y analizarse de manera individual; además, que el derecho a la igualdad ante la ley está reconocido y garantizado por el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, y que en la determinación de la pena del agente correspondía que se le aplique el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal (en cuanto a la imputabilidad relativa respecto a la edad, con relación a la disminución de la pena) por contar con diecinueve años al momento de la comisión del delito, ello en consonancia con el principio de proporcionalidad de la pena previsto en la última parte del artículo 200 del texto constitucional; se concluye –como se ha expuesto en las fundamentos precedentes– que existe incompatibilidad entre la norma analizada con el derecho constitucional igualdad ante la ley y el principio de proporcionalidad en la pena, dado que el agente es un imputable restringido, aunado al hecho de que el mismo no cuenta con antecedentes penales ni ejerció violencia contra el sujeto pasivo para el acceso carnal.

En ese sentido, se colige que existe incompatibilidad constitucional de la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal con el inciso 2 del artículo 2 y la última parte del artículo 200 del texto constitucional, por cuanto se trata de la aplicación de una norma que colisiona con el principio constitucional de igualdad ante la ley y el principio de proporcionalidad de las

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

penas. En consecuencia, por lo expresado anteriormente, corresponde aprobar la sentencia consultada en la que se ejerció el control difuso por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

En torno a la inaplicación del mínimo de la pena señalada en el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal, dado que el Colegiado ha establecido disminuir la pena por debajo del mínimo legal previsto en la norma antes citada en virtud de la minoría relativa del imputado, previsto en el artículo 22 del Código Penal, y al haberse declarado la inaplicabilidad de este último, carece de objeto inaplicar al caso concreto el inciso 2 del artículo 173 del Código Penal, en el extremo del mínimo establecido en dicha disposición, más aún cuando en la sentencia emitida el Colegiado Superior no ha esbozado argumentación con dicho objeto.

IV. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **MI VOTO** es por que se **APRUEBE** la sentencia contenida en la resolución número diez, de fecha treinta de noviembre de dos mil dieciséis, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, que **revocó** la sentencia contenida en la resolución número cuatro, de fecha once de abril de dos mil dieciséis, en el extremo que impuso a Juan Carlitos Micha Chabes treinta años de pena privativa de la libertad efectiva, y **reformándola**, le impuso quince años de pena privativa de la libertad con el carácter de efectiva, por ser autor del delito contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales LMAC; **precisándose** que solo se aprueba respecto de la inaplicación de lo previsto en el en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; y se devuelvan los actuados al juzgado de origen.

S.S.

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

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

CARTOLIN PASTOR

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

CONSULTA N°3700-2017

CAJAMARCA

CONSTANCIA

Se deja constancia que en la fecha se ha llevado a cabo la vista de la causa con los Señores Jueces Supremos: Walde Jáuregui, Vinatea Medina, Rueda Fernández, Toledo Toribio y Cartolin Pastor.

Intervino el Señor Juez Supremo Cartolin Pastor por licencia del Señor Juez Supremo Bustamante Zegarra.

Lima, 21 de abril del 2017

CESAR GRANDA VALENCIA

Relator