

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

CONSULTA Nº 18698 - 2016

LIMA ESTE

Lima, treinta y uno de enero
de dos mil diecisiete

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO: Es materia de consulta ante esta Sala Suprema, la sentencia de fecha veintiocho de junio de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento treinta y uno, expedida por la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que resuelve inaplicar para el caso concreto el **segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal**, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad consagrado por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado; en consecuencia, condena al acusado Arturo Gerónimo Clemente como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa, previsto en los incisos 4 y 7 primer párrafo del artículo 189 del Código Penal concordado con el artículo 188 del mismo Código; e impone cuatro años y tres meses de pena privativa de libertad efectiva.

SEGUNDO: La Consulta es una institución mediante la cual una sentencia no impugnada por las partes es revisada por el Superior. Se trata de un procedimiento que la norma procesal exige dado que el ordenamiento jurídico tiene interés en que ciertas situaciones sean revisadas por una instancia superior, las cuales están vinculadas por lo general, a aquellos procesos que involucra a la familia o al Estado (interés público); sin embargo, también es obligatoria la consulta cuando un juez inaplica una norma ilegal por inconstitucional. Por su parte, si bien la consulta puede traer una anulación o revocación de la sentencia, tal como sucede con el recurso, esta es producto de la propia norma y no de la voluntad de las partes. Por otro lado, tampoco existe agravio ni error pues las partes no la impugnan¹.

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

CONSULTA Nº 18698 - 2016

LIMA ESTE

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

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

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

CONSULTA Nº 18698 - 2016

LIMA ESTE

QUINTO: En la actualidad, el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres indica que *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*. Sobre el particular, si bien todo juez tiene la potestad y el deber de ejercer control difuso de constitucionalidad normativa, en tanto es el defensor de la Constitución, no es menos cierto que nuestro ordenamiento jurídico ha confiado en la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, y solamente en ella, la tarea de valorar si este ejercicio jurisdiccional del control difuso practicado pueda resultar constitucionalmente admisible o no. De este modo, será entonces la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desapruebe el ejercicio del control difuso, con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un juez no necesariamente especialista en materia constitucional, y, en segundo término, uniformizar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

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

CONSULTA Nº 18698 - 2016

LIMA ESTE

SÉTIMO: Ahora bien, en el caso de autos es materia de consulta la sentencia de fecha veintiocho de junio de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento treinta y uno, expedida por la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate, que resuelve inaplicar para el caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad consagrado por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado; en virtud de ello, esta Sala Suprema considera que se ha presentado un conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional y, de otro lado, la norma legal; por tanto, corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse sobre la validez del control difuso realizado por el Juez de la causa.

OCTAVO: Sobre el control difuso, el Tribunal Constitucional ha señalado³ que es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos: a) Que en el proceso constitucional, el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional; b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia; y, c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución.

NOVENO: En tal contexto, este Supremo Tribunal considera necesario analizar la validez del control difuso materia de consulta, siguiendo los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional, descritos en el considerando precedente. En cuanto al supuesto contemplado en el acápite a), referido a que el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional; es preciso señalar que en la sentencia materia de

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

CONSULTA N° 18698 - 2016

LIMA ESTE

consulta, se consideró que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, norma que regula los supuestos de excepción para la aplicación de la responsabilidad penal restringida por razón de la edad, es incompatible con el derecho fundamental a la igualdad contemplado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política, en mérito a que el Código Penal ha establecido que todas las personas comprendidas entre dieciocho y veintiún años de edad son incapaces relativos o imputables restringidos por la edad y por ese motivo son favorecidos con la reducción prudencial de la pena para el hecho punible cometido, no obstante, la norma cuestionada excluye la aplicación de dicho beneficio a los que cometen, como en este caso, el delito de robo agravado, pese a tener la condición de imputable restringido, lo cual vulneraría el derecho fundamental de toda persona a la igualdad ante la ley al realizar dicha discriminación en virtud a la naturaleza del delito cometido; por tanto, en ejercicio del control difuso, se dejó de aplicar la norma legal por ser incompatible con la Constitución; siendo esto así, se satisface este primer presupuesto.

DÉCIMO: En cuanto a la exigencia contemplada en el punto b), referido a que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso; es preciso tener en cuenta que el primer párrafo del artículo 22⁴ del Código Penal⁵, modificado por la Ley N° 30076, regula la responsabilidad penal restringida de las personas comprendidas entre dieciocho y veintiun años de edad al momento de realizar la infracción, reduciendo prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido; mientras que el segundo párrafo de dicha disposición prevé los casos de exclusión para la aplicación de dicho

⁴ Art. 22 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

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

CONSULTA Nº 18698 - 2016

LIMA ESTE

beneficio, en virtud a la gravedad del delito cometido, tales como violación de la libertad sexual, homicidio calificado, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, apología, atentado contra la seguridad nacional, traición a la patria, entre otros.

UNDÉCIMO: En el presente caso, se aprecia que mediante escrito de fojas treinta y seis, la Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Santa Anita del Distrito Fiscal de Lima Este, formuló denuncia penal contra Arturo Gerónimo Clemente, de veinte años de edad, por el delito de robo agravado, tipificado en el artículo 189 incisos 4 y 7 del Código Penal, en agravio de Juan Carlos Rojas Condori y Álvaro André Chiquillan Castro, siendo cometido el veinticuatro de mayo de dos mil quince, cuando las víctimas se encontraban transitando por la cuadra dos de la Cooperativa Andahuaylas, distrito de Santa Anita, circunstancia en la que el imputado en compañía de otro sujeto, intentó robarles sus pertenencias, logrando llevarse un celular del agraviado Juan Carlos Rojas Condori, previas amenazas de muerte. Mediante sentencia de fecha veintiocho de junio de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento treinta y uno, la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, condena al acusado como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado e impone la pena de cuatro años y tres meses de pena privativa de la libertad, así como el pago de la suma de quinientos nuevos soles y 00/100 soles (S/ 500.00) por concepto de reparación civil. Para reducir la pena, la Sala Penal, en virtud del control difuso, dejó de aplicar la excepción contemplada por el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, rebajando la sanción por debajo del mínimo legal, esto es, cuatro años y tres meses de pena privativa de la libertad, toda vez que el acusado al cometer la infracción tenía veinte años de edad; por tal motivo, se constata que el supuesto de la norma cuestionada tiene relación directa, principal e indisoluble con el caso concreto.

DUODÉCIMO: Finalmente, en relación al presupuesto previsto en el **acápite c)**, respecto a que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución; es primordial tener en consideración el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que señala: “*Cuando*

CONSULTA Nº 18698 - 2016

LIMA ESTE

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

DÉCIMO TERCERO: Este Supremo Tribunal considera necesario realizar el análisis determinando en primer lugar la igualdad como derecho y como principio constitucional; y, en segundo lugar, se debe aplicar el test de igualdad, a fin de establecer si en el caso concreto existe o no la alegada trasgresión. En efecto, la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política de 1993 de acuerdo al cual; "(...) toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole". Cabe anotar, que desde una perspectiva constitucional la igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y, en el segundo como un derecho posible de reclamación y protección individual. Así, la igualdad constitucional como principio constitucional constituye una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona que debe ser exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna.

DÉCIMO CUARTO: Ahora bien, en cuanto a los alcances del principio de igualdad, el Tribunal Constitucional ha expresado que ha de considerarse⁶: a)

⁶ Exp. 0018-2003-AI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril del 2004, p.

CONSULTA Nº 18698 - 2016

LIMA ESTE

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

DÉCIMO QUINTO: Que, para determinar si en un caso concreto se está frente a un quiebre del principio-derecho a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir es al test de igualdad, que es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, vulneratorio del principio derecho a la igualdad. Dicho test se realiza a través de tres sub principios: 1. Sub principio de idoneidad o de adecuación; 2. Sub principio de necesidad; y, 3. Sub principio de proporcionalidad.

DÉCIMO SEXTO: En primer orden, a través del sub principio de idoneidad, se evalúa el medio empleado por el legislador para la consecución del fin constitucional, es decir, se analiza si la medida resulta adecuada para la consecución de la finalidad constitucional, constituyendo una observación “medio fin”. Seguidamente, solo superada dicha primera fase, corresponde el examen de

CONSULTA N° 18698 - 2016

LIMA ESTE

necesidad el que comprende una comparación entre los medios empleados por el legislador para la consecución del fin constitucional y otros hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin, de modo tal que se evalúa si los otros medios alternativos serían igualmente idóneos; constituyendo un análisis medio - medio. Finalmente, superados los juicios anteriores, corresponderá someter a las normas al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se realiza un juicio de comparación entre el grado de realización del fin constitucional y el grado de intensidad en la intervención en el derecho fundamental que configura su contrapartida y que se ha afectado, de modo tal que se evalúa el nivel de satisfacción de uno de los derechos en juego, en relación a la afectación del otro derecho en conflicto, pues cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

DÉCIMO SÉTIMO: En cuanto al sub principio de idoneidad, es pertinente señalar que mediante las exclusiones contempladas en el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, para la aplicación de la responsabilidad penal restringida por razón de la edad respecto de delitos graves como el caso del robo agravado, el legislador consideró idónea dicha medida, pues con ella se busca proteger la vida, el cuerpo y la salud, esto es, la integridad de la persona humana, derecho fundamental reconocido por el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política⁷. En efecto, el derecho a la integridad ha sido enfocado desde tres perspectivas; la de carácter moral, la psíquica y la física. En cualquiera de estos supuestos se presenta como un típico atributo de exclusión, es decir, que proscribire o prohíbe injerencias arbitrarias sobre la integridad, sea que estas provengan del Estado o de cualquier persona, pues lo que se pretende es evitar las conductas que traducidas de alguna forma en violencia puedan suponer un menoscabo a los aspectos morales, psíquicos y físicos que tal derecho representa. A través de la norma impugnada lo que se busca es desincentivar las conductas infractoras que afecten la integridad física, moral o

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

CONSULTA Nº 18698 - 2016

LIMA ESTE

psíquica de las personas, que constituye un derecho fundamental; por tal razón, se colige que la medida contemplada por la norma cuestionada resulta idónea para alcanzar la protección de dicho derecho constitucional; por consiguiente, superado este juicio corresponde el examen del sub principio de necesidad.

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

DÉCIMO NOVENO: Finalmente, en cuanto al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, es pertinente traer a colación que el Tribunal Constitucional ha señalado⁸que: “(...) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrática de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”.

VIGÉSIMO: En el caso concreto, es menester señalar que la medida de exclusión de la responsabilidad restringida encuentra justificación objetiva y razonable en que a través de ella se pretende proteger el derecho fundamental a la integridad

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

CONSULTA Nº 18698 - 2016

LIMA ESTE

de la persona humana; por ello estamos ante la colisión de dos derechos, el de la integridad y la igualdad, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo peso en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto. En efecto, resulta evidente que el derecho a la integridad tanto física, psíquica y moral resulta de vital importancia, pues a través de ella se pretende la protección del ser humano como fin supremo del Estado. Así, este derecho fundamental adquiere un peso esencialmente mayor que aquel interés orientado a preservar la aplicación rigurosa de la ley penal, tanto en su marco abstracto como en el empleo de la aplicación de una atenuante especial; siendo esto así, se puede concluir que la norma dejada de aplicar resulta adecuada, proporcional y esencialmente igualitaria, no evidenciándose un trato discriminatorio; en virtud de ello, la inaplicación de la prohibición contemplada en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en la sentencia impugnada, haciendo control difuso, no se encuentra arreglada a la Constitución Política, por lo que la consulta merece ser desaprobada.

Por tales fundamentos: **DESAPROBARON** la sentencia de fecha veintiocho de junio de dos mil dieciséis, obrante a fojas ciento treinta y uno, expedida por la Sala Penal Descentralizada Permanente de Ate de la Corte Superior de Justicia de Lima Este, que resuelve inaplicar para el caso concreto el **segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal**, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad consagrado por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado; en los seguidos contra Arturo Gerónimo Clemente por el delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa, previsto en los incisos 4 y 7 del artículo 189 del Código Penal, concordado con el artículo 188 del mismo Código; *y los devolvieron. Interviene como Juez Supremo Ponente el Señor Vinatea Medina.*

S.S

WALDE JÁUREGUI

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

CONSULTA Nº 18698 - 2016

LIMA ESTE

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Jrc/sgr