

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°7237-2018  
ANCASH**

Lima, veinticinco de abril  
de dos mil dieciocho.-

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

**I.- OBJETO DE LA CONSULTA:**

**PRIMERO.**- Es objeto de consulta la sentencia de vista contenida en la resolución número veintidós, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, de fecha quince de febrero de dos mil dieciocho, que obra a fojas doscientos dieciséis, que aplicando el control constitucional difuso, *inaplica* al caso concreto el artículo 173 inciso 2 del Código Penal, por no superar el test de proporcionalidad, y, el segundo párrafo del artículo 22 del mismo cuerpo legal, por considerar que colisiona con el derecho constitucional a la igualdad (artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Estado), aplicando al imputado la reducción de la pena por responsabilidad restringida contenida en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal.

**II.- ANTECEDENTES:**

**SEGUNDO.**- Como antecedentes del proceso, se tiene que la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash mediante sentencia de vista, resolvió inaplicar para el caso concreto, el artículo 173 inciso 2 del Código Penal que tipifica el delito contra la libertad sexual, violación sexual de menor de edad y el segundo párrafo del artículo 22 del mismo cuerpo legal, consecuentemente, revocó la sentencia en el extremo por el cual el Juzgado resolvió condenar a **Daniel Luna Reyes** a diez años de pena privativa de libertad efectiva y reformándola le impusieron la pena de **cinco años de pena privativa de libertad efectiva**.

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°7237-2018  
ANCASH**

**III.- CONTROL CONSTITUCIONAL:**

**TERCERO**.- El control constitucional, es el marco general del tema materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas: Control Difuso y Control Concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente.

**CUARTO**.- Asimismo, el artículo 138, segundo párrafo de la Norma Fundamental, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas, pero además constituye un mecanismo idóneo de control de los excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; de modo tal, que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado. Lo señalado anteriormente concuerda con lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordado con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso<sup>1</sup> y que contiene el siguiente enunciado: *“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.”*

**QUINTO**.- Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo,

---

<sup>1</sup> ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°7237-2018**  
**ANCASH**

en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002 -AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil dos, dejó establecido: “(...) *El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos: **a.** Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional. **b.** Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. **c.** Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>2</sup>. La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.<sup>3</sup>*

**SEXTO.**- Asimismo, esta Suprema Sala con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N° 1618-**

<sup>2</sup> Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N° 145-99-AA/TC, sentencia publicada el dieciséis de marzo de dos mil; N° 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú Sociedad Anónima y FETRATEL; N° 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y, N° 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior Ley Orgánica de Tribunal Constitucional, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente Ley Orgánica de Tribunal Constitucional, Ley N° 283 01.

<sup>3</sup> CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura, Lima, octubre 2004, p. 29

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°7237-2018**  
**ANCASH**

**2016 LIMA NORTE**, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**; en el cual se precisó que: *“2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos, y, se ha fijado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: (i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, (ii) Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, (iii) Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una labor interpretativa exhaustiva distinguiendo entre disposición y norma; y, (iv) dado que el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad, el examen de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto.”* Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Sala Penal en la sentencia elevada en consulta.

**IV. VALORACIÓN:**

**SÉPTIMO. - Hechos imputados:**

**7.1.** En el presente caso, se imputa al procesado Daniel Luna Reyes haberse aprovechado sexualmente de la niña agraviada de iniciales G.J.M.E., con

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°7237-2018**  
**ANCASH**

fecha dieciocho de mayo de dos mil quince, siendo aproximadamente las siete y treinta de la noche (7:30 pm), en circunstancias que la menor de trece años de edad se encontraba a bordo del vehículo de color rojo, marca Toyota conducido por el procesado, en el lugar denominado Checlla; la menor se encontraba sentada en el asiento del copiloto, y el procesado se le acercó poniendo uno de sus brazos por detrás de su espalda, mientras que con la otra mano le bajaba su pantalón y la ropa íntima, practicándole el acto sexual.

**7.2.** Por ello, se le atribuye ser autor del delito contra la libertad sexual, violación sexual de menor de trece años, tipificado en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal. Y teniendo en cuenta que se parte de una pena de treinta años (solicitada por el Ministerio Público, punto 3.1 de la sentencia de primera instancia obrante a fojas ciento siete), por sentencia de primera instancia se dispuso imponer la **pena privativa de libertad de diez años**.

**7.3.** La sentencia consultada, considera que se afecta el principio de igualdad garantizado por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado, puesto que el acusado al momento de la comisión del hecho punible contaba con veinte (20) años de edad, en consecuencia tiene la condición de agente con responsabilidad restringida, siéndole aplicable el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, inaplicando el segundo párrafo del referido artículo, por ser incompatible con el derecho constitucional a la igualdad, razón por la que revoca la sentencia en el extremo del *quantum* de la pena de diez años de pena privativa de libertad efectiva, reformándola, impusieron **cinco años de pena privativa de libertad efectiva**.

**OCTAVO.-** Revisado el dispositivo legal inaplicado, se tiene que el artículo 173 del Código Penal dispone lo siguiente: “*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*

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°7237-2018**  
**ANCASH**

*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 (...)*". Vemos que la norma penal citada es expresa al señalar los años de pena privativa de libertad que se debe imponer a quien cometa ese delito, atendiendo a la edad del menor; pues, es evidente que con dicha norma se busca sancionar –de modo ejemplar– al agresor sexual de una víctima menor de edad.

**NOVENO.**- En el presente caso, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash **ha realizado el control difuso** para imponer una pena privativa de libertad de cinco años, **pena que está muy por debajo del límite legal previsto para el delito de violación sexual de menor de edad**, aduciendo que, en el presente caso no se supera el test de proporcionalidad. **Entonces**, se evidencia de lo argumentado por la Sala Superior, que no se cumple con las **reglas para el ejercicio del control difuso judicial** establecidas en la **Consulta N° 1618-2016-LIMA NORTE**, descrita en el sexto considerando de la presente resolución; así, recordemos que el análisis que se realiza mediante el control difuso, necesariamente se lleva a cabo analizando un caso en concreto, no pudiendo analizar la norma en abstracto o hechos del proceso como se hizo en el presente caso, pues el Colegiado, en ningún momento menciona qué norma constitucional se prefiere para dejar de lado el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal; toda vez que, como se ha indicado, la finalidad del control difuso, es preferir la norma constitucional sobre una de inferior jerarquía. Por lo tanto, se concluye que se ha omitido los presupuestos necesarios para el ejercicio del control difuso, ya que no se agotó la búsqueda de una interpretación acorde a la Constitución.

**DÉCIMO.**- Asimismo, no basta con señalar las circunstancias o hechos acaecidos en un proceso, para que en base a ello, se justifique la inaplicación de la norma atendiendo al control difuso; más aún, si la

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°7237-2018  
ANCASH**

criminalización del acceso carnal con menores de edad busca proteger el bien jurídico denominado “indemnidad sexual”, –el cual puede definirse como el derecho a que la persona no sufra interferencia en la formación de su propia sexualidad–; siendo que en este caso, cuando se produjeron los hechos, la menor agraviada contaba con tan solo trece años de edad; consecuentemente, la pena entre treinta y treinta y cinco años de pena privativa de libertad establecida para la violación sexual de menores de edad que tengan entre diez y catorce años de edad, se encuentra conforme a la Constitución Política del Estado, pues como se ha mencionado, en ningún momento se ha precisado qué artículo de la carta fundamental se prefiere para inaplicar la pena fijada en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal.

**DÉCIMO PRIMERO**.- Ahora bien, con relación al artículo 22 del Código Penal<sup>4</sup> tenemos que el mismo dispone lo siguiente: *“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.**”* Vemos que la norma penal citada es expresa al señalar que no resulta aplicable la responsabilidad restringida por la edad cuando se trate de determinados delitos – como el de **violación de**

---

<sup>4</sup> Modificado por el Artículo Único de la Ley N°27024, luego por el artículo 1 de la Ley N°29439 y posteriormente por el artículo 1 de la Ley N°30076, publicada el diecinueve de agosto del dos mil trece

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°7237-2018**  
**ANCASH**

**la libertad sexual** – restricción que se justifica en razón a la protección de bienes jurídicos especiales como la indemnidad sexual, o por la extrema gravedad que configura el ilícito penal.

**DÉCIMO SEGUNDO.**- En el presente caso, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, señala que el acusado al momento de la comisión del hecho punible contaba con veinte (20) años de edad, en consecuencia tiene la condición de agente con responsabilidad restringida, que afecta el principio-derecho constitucional de igualdad, estipulado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución.

**DÉCIMO TERCERO.**- Con relación al derecho de igualdad ante la ley, el máximo intérprete de la constitucionalidad considera que la igualdad como principio *“implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático”* y, de otra parte, en cuanto derecho fundamental *“comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”*<sup>5</sup>. En resumen de lo señalado por el Tribunal Constitucional se entiende que las personas que se encuentren en condiciones y supuestos equivalentes pueden tener la garantía de que los órganos públicos aplicarán la ley de manera idéntica para todos ellos.

**DÉCIMO CUARTO.**- En tal sentido, tanto la Administración Pública como la jurisdicción, principales encargados de aplicar el derecho, ejercen sus funciones de regular o decidir derechos de los administrados y justiciables

---

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 0018-2003-AI/TC.



**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°7237-2018**  
**ANCASH**

atendiendo a la aplicación uniforme de la ley para todos, **salvo situaciones singulares, objetivas y razonables**. Se prohíbe con ello toda diferenciación injustificada e irracional en la interpretación y aplicación de las normas al momento de impartir justicia, administrar o -en general- decidir sobre situaciones jurídicas. Se observa que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras esta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento genético de la norma; aquella alude a la vida misma de la ley, esto es, la exigencia de una aplicación igualitaria en su interpretación y ejecución<sup>6</sup>.

**DÉCIMO QUINTO**.- Por ende, no cabe entender esta posibilidad de diferenciación como una puerta abierta para vaciar de contenido a la igualdad constitucional. Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado; solo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. De esta forma, quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos<sup>7</sup>. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras.

**DÉCIMO SEXTO**.- En consecuencia, siendo que el artículo 22 del Código Penal contempla los delitos exceptuados de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad, como lo es el de violación a la libertad sexual, tenemos que en dicho contexto normativo sí contiene un tratamiento desigual, ello en base a **criterios razonables y justificantes**, pues, para establecer (i) la *imputabilidad restringida*, se tiene como criterio la edad del agente que la comete, el cual, a consideración del legislador puede afectar la comprensión del mismo; (ii) el *otorgamiento del beneficio de*

---

<sup>6</sup> La Constitución Comentada-Análisis Artículo por Artículo –Tomo I, Gaceta Jurídica, Edición Diciembre 2005, p. 87

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°7237-2018**  
**ANCASH**

*reducción de la pena*, el que solamente se concede a aquellas personas con responsabilidad restringida, lo que no implica que sea una norma universal y de aplicación igualitaria para todos los que se encuentren en el rango de la edad que establece la norma, sino que de por sí se establece una posibilidad dependiendo de las particularidades del agente que la comete, para lo cual se debe considerar los fines de la pena; (iii) los *fines de la pena*, aquello se vincula con la pena que debería fijarse al agente que comete cualquiera de los delitos establecidos en el artículo 22 del Código Penal, considerando la finalidad de la pena, el cual conlleva a una reeducación, rehabilitación y reinserción a la sociedad del sentenciado.

**DÉCIMO SÉTIMO.**- Estando las consideraciones glosadas, cabe concluir que resulta válido el tratamiento jurídico desigual de la norma materia de consulta, la cual debe contener compatibilidad con los fines de la pena de cada sentenciado en particular; por lo que, para efectuarse el control difuso del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en lo que compete a la restricción, no debe realizarse un análisis en abstracto sino en concreto, debiendo verificarse los elementos o circunstancias que lleven a determinar en ese caso concreto, que la exclusión de la reducción de la pena atendiendo a la edad del agente podría ocasionarle un perjuicio en alguno de sus derechos fundamentales.

**DÉCIMO OCTAVO.**- En ese entendido, si bien es cierto, que el sentenciado Daniel Luna Reyes por el delito contra la libertad sexual, violación sexual de menor de catorce años, cumpliría el presupuesto de la edad, de ser mayor de dieciocho y menor de veintiún años al momento de la comisión del ilícito (*el dieciocho de mayo de dos mil quince contaba con veinte años de edad*), también lo es que, no basta aquello para acceder a la reducción de la pena, respecto a la naturaleza del delito cometido; así en la sentencia consultada no se trasluce que se haya efectuado un control difuso respecto del caso en particular; asimismo, carece de argumentos justificativos suficientes para

**CONSULTA**  
**EXPEDIENTE N°7237-2018**  
**ANCASH**

reducir la pena por imputabilidad restringida, dado que la propia norma otorga la posibilidad de aplicar dicha imputabilidad restringida, lo que no debe confundirse con una reducción automática; por consiguiente, se puede concluir que en la sentencia de la Sala Superior objeto de consulta, su examen se ha efectuado de manera genérica orientado a un control abstracto de la norma y no, al caso particular, lo que entra en abierta contraposición con el supuesto contemplado en el último párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú y el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vinculado con la revisión judicial de las leyes para el caso concreto.

**DÉCIMO NOVENO.**- En consecuencia, para que en el caso concreto sea posible conceder el beneficio de responsabilidad restringida, **se impone la exigencia al órgano jurisdiccional de explicar debidamente las circunstancias particulares que se presentan en el caso en concreto**, que nos lleven a inferir que la diferenciación, en principio legítima, realizada por el legislador, colisionaría con un derecho fundamental, lo que no se vislumbra de lo argumentado en los apartados 6.9 y 6.10 de la sentencia elevada en consulta, respecto de la responsabilidad restringida del sentenciado; *máxime*, si tenemos en cuenta que de acuerdo a las reglas del ejercicio de control difuso detalladas en el quinto y sexto considerando de este pronunciamiento, el ejercicio del control difuso requiere de una labor previa como es el de verificar en forma obligatoria una labor interpretativa escrupulosa, con el propósito de agotar los medios para salvar la constitucionalidad de la norma; además de haberse determinado en este caso concreto, que la norma inaplicada en su interpretación sí guarda compatibilidad con las normas constitucionales.

**VIGÉSIMO.**- Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso concreto, que la norma inaplicada en su interpretación sí guarda compatibilidad con las normas constitucionales y no

**CONSULTA  
EXPEDIENTE N°7237-2018  
ANCASH**

habiéndose realizado un correcto desarrollo del control difuso en la sentencia consultada, esta no corresponde ser aprobada.

**V.- DECISIÓN:**

Por estas consideraciones, **DESAPROBARON** la sentencia contenida en la resolución número veintidós, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, de fecha quince de febrero de dos mil dieciocho, que obra a fojas doscientos dieciséis, en el extremo que realiza el control difuso declarando **inaplicable** al caso el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal y el segundo párrafo del artículo 22 del citado cuerpo legal; en consecuencia, **NULA** la sentencia consultada; en el proceso penal seguido contra **Daniel Luna Reyes**, por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales G.J.M.E.; **ORDENARON** al Colegiado emita nuevo pronunciamiento conforme a lo señalado en la presente resolución; *y los devolvieron. Interviene como Juez Supremo Ponente el señor Bustamante Zegarra.-*

**S.S.**

**WALDE JÁUREGUI**

**RUEDA FERNÁNDEZ**

**WONG ABAD**

**SÁNCHEZ MELGAREJO**

**BUSTAMANTE ZEGARRA**

*Toq/kly*