

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 11299-2017
VENTANILLA**

Lima, veintidós de junio
de dos mil diecisiete.-

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

I.- OBJETO DE LA CONSULTA:

PRIMERO.- Es materia de consulta la sentencia contenida en la resolución número treinta y nueve, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete, obrante a fojas seiscientos setenta y cinco, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, que realizando control constitucional difuso previsto en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **inaplica** al caso concreto **la pena prevista en el artículo 189 del Código Penal**, por considerar que colisiona con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado.

II.- ANTECEDENTES:

SEGUNDO.- Como antecedentes del proceso, se tiene que:

2.1. Denuncia. Se imputa a los procesados **Alberto Michel Risco Cayao y Ery Alberto Tejada Barrios** haberse apoderado de una billetera con la suma de doscientos veinte con 00/100 soles (S/. 220.00), unas zapatillas color rojas marca “Vans” y un celular que tenía en posesión la agraviada Flor de María Coarita Yapuchura, además de otros enseres que portaban los agraviados; dicho ilícito se habría cometido con un arma blanca (cuchillo), y de una manera violenta y con amenazas; por cuanto, de acuerdo a la investigación preliminar, se tiene que el día veinticinco de noviembre de dos mil quince, siendo las dieciséis horas de la tarde aproximadamente, los agraviados Marco Jordy Correa Plasencia y Flor de María Coarita Yapuchura paseaban por la playa “Las Conchitas” del distrito de Ancón, acercándose a ellos el procesado Alberto

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°11299-2017
VENTANILLA**

Michel Risco Cayao, quien premunido de un cuchillo toma por el cuello al agraviado Marco Jordy Correa Plasencia, mientras que el imputado Ery Alberto Tejada Barrios, aprovecha para buscar entre sus prendas; habiendo Flor de María Coarita Yapuchura escondido su celular dentro de su brasier, sin que el imputado Ery Alberto Tejada Barrios logre darse cuenta, sin embargo, Alberto Michel Risco Cayao logró percatarse de ello, abalanzándose contra la indicada agraviada Coarita Yapuchura, logrando sustraerle el teléfono celular, aunado a ello, el agraviado Marco Jordy Correa Plasencia al observar lo que le estaban haciendo a la agraviada, interviene con la finalidad de defenderla, resultando lesionado con un corte en la cara producido por el acusado Alberto Michel Risco Cayao. Asimismo, los imputados tan pronto consumaron el evento criminal, lograron correr hacía un vehículo marca Nissan, de placa ABT-366, modelo Tida, color plomo, donde los estaban esperando Miguel Ángel Lazo Alva y Bertello Antonio Gargate Mallqui, con quienes lograron darse a la fuga.

2.2. En atención a ello se atribuye a **Alberto Michel Risco Cayao** y **Ery Alberto Tejada Barrios**, como autores y a **Miguel Ángel Lazo Alva** y **Bertello Antonio Gargate Mallqui** como cómplices secundarios del delito de Robo Agravado, en agravio de Marco Jordy Correa Plasencia y Flor de María Coarita Yapuchura, conducta tipificada en el artículo 189 del Código Penal concordada con el primer párrafo de los incisos 3 y 4 del Código Penal.

2.3. Sentencia. Los procesados aceptaron los hechos atribuidos, procediendo el Colegiado de la Segunda Sala Penal de Apelaciones a emitir la sentencia anticipada que es materia de consulta, que condenó a Alberto Michel Risco Cayao y Ery Alberto Tejada Barrios como autores y a Miguel Ángel Lazo Alva y Bertello Antonio Gargate Mallqui como cómplices secundarios del Delito de Robo Agravado, y teniendo en cuenta que la sentencia parte de una pena de doce años (solicitada por el Ministerio Público a fojas cuatrocientos sesenta y cuatro), luego de realizar el control difuso de constitucionalidad de la pena del artículo 189 del Código Penal, reduce la pena que estima justa y proporcional,

**CONSULTA
EXPEDIENTE N°11299-2017
VENTANILLA**

aplicando el séptimo de la pena final o concreta por el beneficio de acogimiento a la conclusión anticipada, convirtió la pena privativa de libertad en **cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida por tres años** para los sentenciados **Alberto Michel Risco Cayao y Ery Alberto Tejada Barrios**, y para los sentenciados **Miguel Ángel Lazo Alva y Bertello Antonio Gargate Mallqui** la pena de **tres años de pena privativa de la libertad suspendida por dos años**, todos sujetos a reglas de conducta; y fijan la reparación civil en la suma de dos mil con 00/100 soles (S/.2,000.00) que deberán abonar los sentenciados en forma solidaria a favor de los agraviados, inaplicando para tal efecto la pena prevista en el artículo 189 del Código Penal.

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 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordado con el primer párrafo del artículo VI del Título

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 11299-2017
VENTANILLA

Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso¹ 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, 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"². La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por*

¹ ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

² Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N°s. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000; 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL; 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y, 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 11299-2017
VENTANILLA**

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.³

SEXTO.- Asimismo, esta Suprema Sala con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis, ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N° 1618-2016 LIMA NORTE**, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituye **doctrina jurisprudencial vinculante**; en el cual se precisó que: *“2.2.3. El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos, y, 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*

³ 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° 11299-2017
VENTANILLA**

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.- En el presente caso, la sentencia consultada, considera que la pena prevista en el artículo 189 del Código Penal no guarda relación con las consecuencias jurídicas, y no es proporcional entre el delito y la pena, es decir por la sustracción de un celular y trece con 00/100 soles (S/. 13.00) no se puede sancionar a una pena privativa de libertad, conforme lo dispone el inciso 3 y 4 del artículo citado, más aún teniendo en consideración que los bienes materia de apoderamiento han sido devueltos a los agraviados, agregando que toda pena sea privativa de libertad o no, debe guardar relación con la gravedad del delito, debiendo tener en cuenta el valor del bien jurídico, asimismo considera que deben existir leyes penales que permitan y promuevan la resocialización, dada la realidad carcelaria que en nuestro país no contribuye a la resocialización ni readaptación de los condenados, por lo que, al haber un conflicto entre disposiciones legales y principios constitucionales, no puede imponerse la pena señalada en el artículo 189 del Código Penal porque colisionaría con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, es por ello que, realiza control difuso e inaplica la norma legal antes citada.

OCTAVO.- El artículo 189 incisos 3 y 4 del Código Penal establece que la pena será **no menor de doce ni mayor de veinte años** si el robo es cometido, *a mano armada y con el concurso de dos o más personas*. Por tanto, se advierte que la norma penal antes citada contiene una regla general que se vincula al caso con la determinación de la pena para los procesados Alberto Michel Risco Cayao, Ery Alberto Tejada Barrios, Miguel Ángel Lazo Alva y Bertello Antonio Gargate Mallqui, que en sentencia fueron encontrados responsables como

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 11299-2017
VENTANILLA**

autores y cómplices secundarios del delito de robo agravado, superando la norma el juicio de relevancia, siendo además pertinente señalar que el delito de robo agravado daña gravemente otros derechos fundamentales como la propiedad, el derecho a la integridad, dignidad y seguridad de la persona humana agraviada que también goza de protección constitucional, manteniendo la norma la presunción de constitucionalidad en abstracto.

NOVENO.- Siendo así, tenemos que la sentencia consultada, no señala en forma clara y precisa la norma o las normas que inaplica, pues si bien señala en la parte resolutive que inaplica la pena prevista en el artículo 189 del Código Penal, sin embargo, de sus considerandos se advierte que **la inaplicación está referida a la pena mínima**, más no de los agravantes que se hallan previstos en los incisos 3 y 4 del referido artículo, en ese sentido, la norma inaplicada en estricto es el mínimo de la pena de doce (12) años previsto en el artículo 189 del Código mencionado.

DÉCIMO.- Igualmente, se tiene de la sentencia consultada que no contiene ningún fundamento que justifique el ejercicio del control difuso en el caso particular; en otras palabras no ha desarrollado ni identificado el supuesto normativo, que constituye la regla relevante y determinante que aporta la solución prevista por el ordenamiento jurídico para resolver el caso concreto, incumpliendo de esta forma en realizar el juicio de relevancia que se exige para la aplicación del control difuso, como así ha sido detallado en el sexto considerando de la presente resolución; consecuentemente no resulta suficiente sostener que dicha norma colisiona con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, sin el debido sustento.

DÉCIMO PRIMERO.- De otro lado, se advierte que el Juez de la causa, tampoco ha tenido en cuenta que el control difuso es residual y que su ejercicio debe estar debidamente motivado, lo cual no ha sido cumplido en la sentencia consultada que se limita a realizar un juicio abstracto de la pena que señala el

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 11299-2017
VENTANILLA**

artículo 189 del Código Penal, sin haber analizado y sustentado la particularidad del caso, lo cual no se encuentra en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado y el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza la revisión judicial de las leyes para el caso concreto.

DÉCIMO SEGUNDO.- En ese sentido, tenemos que la norma en abstracto mantiene la presunción de constitucionalidad más aún cuenta con sustento constitucional y legal para establecer penas privativas de la libertad fijando límites legales, por el contrario efectuar el control difuso del mínimo de la pena prevista en el artículo 189 del Código Penal, conlleva la inaplicación de la norma legal, ocasionando que no haya pena legal mínima, lo cual si atenta contra el ordenamiento constitucional y el principio de vinculación a la pena legal, el principio de legalidad y de reserva de ley, que exigen que la pena sea prevista con los límites mínimos y máximos en una norma con rango de ley, así como vulnera la seguridad jurídica al dejar sin marco legal del cual el Juez debe determinar y graduar la pena.

DÉCIMO TERCERO.- Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso concreto, que la norma inaplicada en su interpretación si guarda compatibilidad con las normas constitucionales y no habiéndose realizado un correcto desarrollo del control difuso en la sentencia consultada, corresponde desaprobado la misma.

V.- DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **DESAPROBARON** la sentencia emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ventanilla, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil diecisiete, obrante a fojas seiscientos setenta y cinco, en el extremo que realiza el control difuso declarando **inaplicable** al caso, el artículo 189 del Código Penal; en el proceso

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 11299-2017
VENTANILLA**

penal seguido contra Alberto Michel Risco Cayao y otros, por el delito contra el patrimonio, en su modalidad de robo agravado en agravio de Marco Jordy Correa Plasencia y otra; y en consecuencia, **NULA** la sentencia consultada, **ORDENARON** emitir nuevo pronunciamiento conforme a lo señalado en la presente resolución; *y, los devolvieron.* **Interviene como Juez Supremo Ponente el señor Bustamante Zegarra.-**

S.S.

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

CARTOLIN PASTOR

BUSTAMANTE ZEGARRA

Toq/kly