

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

Lima, treinta y uno de enero
de dos mil diecisiete.-

I. VISTOS; con el acompañado:

I.1 Consulta

La sentencia contenida en la resolución de fecha veintidós de julio de dos mil dieciséis, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, obrante a fojas cuatrocientos nueve, es elevada en consulta por haber realizado el control difuso declarando inaplicable al caso concreto, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, en el proceso seguido contra **Ronald Joel Manrique Rodríguez y Erick Aldair Reyes Rojas**, por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado – grado de tentativa, en agravio de Diego Mamani More.

I.2 Fundamentos de la resolución elevada en consulta

La sentencia elevada en consulta, ha sido emitida en el proceso penal seguido contra Ronald Joel Manrique Rodríguez y Erick Aldair Reyes Rojas, condenándolos como coautores de la comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado y le imponen la pena de cuatro años de pena privativa de la libertad, la misma que se suspende por el periodo de tres años, quedando en dicho plazo sujeto a las siguientes reglas de conducta: a) No variar de domicilio, sin previo aviso a la autoridad judicial correspondiente; b) Justificar documentalmente ante el Juzgado de origen, cada seis meses sus actividades educacionales o laborales que realiza; c) Registrar su huella digital en la oficina distrital de control biométrico de procesados y sentenciados libres de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, cada treinta días; d) Cumplir con el pago de la reparación civil impuesta, bajo apercibimiento de revocarse la condicionalidad; la sentencia sustenta la inaplicación de la norma penal, considerando que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, es

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

incompatible con el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Estado, referido al principio de igualdad jurídica.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del objeto de pronunciamiento

Absolviendo la consulta, en *primer término* se procederá a precisar las reglas para el ejercicio del control difuso, en *segundo orden* se verificará si la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal supera el examen de constitucionalidad, para finalmente resolver sobre la aprobación o no de la sentencia elevada a esta Sala Suprema atendiendo a las propiedades del caso concreto.

SEGUNDO: Sobre el control difuso

2.1 En un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, prevalece la norma constitucional cuya supremacía y jerarquía (reconocida en el artículo 51 de la Constitución Política), debe ser preservada por todos los jueces al momento de resolver los casos de su competencia, habiendo sido habilitados por mandato constitucional para tales fines, ejercer la revisión judicial de las leyes, esto es, el control difuso, conforme al segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú que prevé: "*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera*".

2.2 La autorización constitucional a los jueces para el ejercicio del control difuso, tiene límites bajo responsabilidad, no pudiendo ser ejercida en forma irrestricta ni vulnerando el ordenamiento jurídico y constitucional que justamente les corresponde preservar.

2.2.1 En ese sentido, el control difuso se ejerce en estricto para los fines constitucionales preservando la supremacía de las normas del bloque de

CONSULTA
EXP. N°19220 - 2016
LIMA SUR

constitucionalidad, es de carácter excepcional y de última ratio, solo procede cuando no se puede salvar vía interpretativa la constitucionalidad de las normas.

2.2.2 Los jueces deben tener presente que **las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción**, como lo ordena el artículo 109 de la Constitución Política; asimismo, se encuentra reconocido el derecho fundamental de igualdad ante la ley, y **que corresponde a los jueces cautelar la seguridad jurídica**; en ese sentido, el control difuso resulta muy gravoso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que las normas del ordenamiento jurídico que son obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, sean inaplicadas en algunos casos particulares a diferencia de la generalidad y solo para los fines constitucionales, por lo que **el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme a parámetros de compatibilidad constitucional.**

2.2.3 En ese contexto, **el control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto, garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando en contra del ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.**

2.2.4 Es ineludible reiterar que **la facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitado al caso particular, constituye un control en concreto con efecto inter partes, en ese orden el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculado a los datos y particularidades del caso;** no está permitido un

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

control en abstracto de las leyes, el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto erga omnes, tribunal que ha señalado en relación al control difuso, que *está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes*¹.

2.3 La Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de justicia de la República, es el órgano con jurisdicción constitucional para conocer con exclusividad el control concentrado de normas infralegales conforme a lo previsto en el artículo 85 del Código Procesal Constitucional y el inciso quinto del artículo 200 de la Constitución Política; asimismo, cuenta con competencia exclusiva para absolver las consultas por ejercicio de los jueces del control difuso de normas legales e infralegales en general, preservando la supremacía de las normas constitucionales, ello conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 14, del inciso tercero del artículo 35 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial y conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional², en concordancia con lo previsto en el artículo 138 de la Constitución Política.

2.4 Las exigencias y complejidad que reviste el ejercicio del control difuso, ha conducido a la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en compatibilidad con nuestro ordenamiento constitucional, ha desarrollar pautas vinculantes que orientan a los jueces al momento de efectuar el control judicial de las leyes, las que constituyen jurisprudencia de esta Sala Suprema³, se encuentran incorporadas como doctrina jurisprudencial en el Segundo Tema del Primer Pleno

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2008-AA fundamento 19.

² El inciso tercero del artículo 35 del T.U.O. de La Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que la Sala Constitucional y Social conoce de las consultas conforme al Código Procesal Constitucional, el que regula el control difuso e interpretación constitucional en el artículo VI citado.

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

Asimismo lo tiene señalado el Tribunal Constitucional, en Exp. N.º 00014-2009-PI/TC, fundamentos 16 al 40; Exp. N.º 06730-2006-AA fundamentos 14 al 16, 2132-2008-AA fundamentos 161 al 26.

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

Jurisdiccional en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo⁴, aprobado por Resolución Administrativa N° 440-2015- P-PJ del trece de noviembre de dos mil quince, sustentando el carácter vinculante de la doctrina jurisdiccional de conformidad al artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el dos de febrero de dos mil dieciséis; **y en la sentencia de Consulta N° 1618-2016;** enfatizando las **reglas para el ejercicio del control difuso judicial; a saber:** **i.** Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales; **ii** Realizar el juicio de relevancia de la norma; **iii.** Agotar la interpretación de la norma conforme a la Constitución Política; **iv.** En caso de no encontrar una interpretación constitucional de la norma, proceder al control difuso identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia⁵,

⁴ **I Pleno en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo**, Segundo Tema: II. el Ejercicio Jurisdiccional del Control Difuso en Autos y Sentencias, Acuerdo 2.- Para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad normativa, los jueces de la República deberán observar, en ese orden, los criterios de 1) Fundamentación de incompatibilidad constitucional concreta, 2) Juicio de relevancia, 3) Examen de convencionalidad, 4) Presunción de constitucionalidad, 5) Interpretación conforme a la Constitución.

⁵ Las reglas del control difuso precisadas en la doctrina jurisprudencial, son las siguientes: **i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales**, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política⁵, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución⁵; debiendo suponer a priori que la norma no viene viciada de ilegitimidad, en ese orden, **quien enjuicie la norma esgrimiendo infracción a la jerarquía de la norma constitucional, debe cumplir con la exigencia de demostrar objetivamente la inconstitucionalidad alegada.**

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

iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva**, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la ultima ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución⁵, **es obligación de los jueces haber agotado los recursos y técnicas interpretativas para salvar la constitucionalidad de la norma legal;** por el contrario el uso indiscriminado acarrea inseguridad jurídica en relación a la aplicación de las normas, vulnerando el orden del sistema normativo.

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

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

TERCERO: Sobre la presunción de constitucionalidad de la norma inaplicada

3.1 La norma inaplicada por la instancia de mérito al emitir sentencia condenatoria en el proceso penal seguido por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa e imponer pena reducida de cuatro años suspendida por periodo de prueba de tres años, es la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal que excluye de la reducción de la pena legal a los agentes del indicado ilícito penal.

3.2 El examen de la norma, se debe iniciar con **la presunción de constitucionalidad, de validez y legitimidad**, norma que integra el cuerpo normativo del Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo N° 635 del tres de abril de mil novecientos noventa y uno y publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, el ocho de abril de mil novecientos noventa y uno; superando el control de producción normativa conforme al procedimiento constitucional del artículo 108, por ende las normas se encuentran vigentes y son de carácter obligatorio conforme a la norma constitucional del artículo 109.

3.3 La disposición del segundo párrafo del artículo 22 en el texto vigente al momento de los hechos, contiene varias normas sobre la imputabilidad restringida, de las cuales se relaciona con el caso concreto, *la regla que excluye a los agentes de menores de veintiún años, de la reducción de la pena cuando hubieren cometido el delito de robo agravado*; **norma que se vincula en forma directa e indisoluble al caso con la determinación de la pena para los procesados Ronald Joel Manrique Rodríguez y Erick Aldair Reyes Rojas**, que en sentencia han sido encontrados responsables como coautores del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, cometido cuando tenían dieciocho años, un mes y siete días, y diecinueve años, tres meses y dieciséis días de edad respectivamente, y que **de acuerdo a la norma citada el acusado se encuentra excluido de la posibilidad de reducción de la pena señalada en la ley.**

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

3.4 La disposición legal contiene varias normas referidas a la imputabilidad restringida, prescribiendo como regla general la posibilidad de reducción prudencial de la pena por razones de edad para los adultos menores de veintiún años y los mayores de sesenta y cinco años, con la salvedad de algunos casos de reincidencia.

3.4.1 El segundo párrafo de la disposición cuestionada vigente a la fecha de los hechos, contiene excepciones para los agentes integrante de una organización criminal, los que hayan 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, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa no menor de veinticinco años o cadena perpetua⁶.

3.4.2 Es preciso anotar que la regla general es la posibilidad de la reducción de la pena para los casos de imputabilidad restringida; entre las reglas de excepción, está **la exclusión de la posibilidad de reducción prudencial de la pena señalada para el hecho punible, para el agente que haya incurrido en delito de robo agravado.**

⁶ “**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, 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.” Ley N° 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece.*

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

3.5 En ese sentido, el problema que se plantea en el cuestionamiento de la norma, reside en **la exclusión a los agentes del delito de robo agravado (con imputabilidad restringida), de la posibilidad de reducción de la pena**, correspondiendo examinar si dicha restricción, infracciona la Constitución.

3.6 Anótese que todo tratamiento diferente en la ley no conlleva necesariamente una afectación al derecho a la igualdad, en tanto la exigencia es el trato igual entre iguales admitiendo un trato diferente entre desiguales, por lo que el examen se circunscribe a determinar: **si constituye una diferencia no justificada la diferencia de trato en la reducción de la pena, entre agentes de delitos con imputabilidad restringida, por razón del delito cometido.**

3.6.1 El **derecho fundamental a la igualdad** se encuentra reconocido y protegido en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad, que todos son iguales ante la ley, que tienen derecho a igual protección de la ley, y protección contra todo acto de discriminación⁷; y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asumiendo los Estados el compromiso de respetar los derechos fundamentales y garantizar su pleno ejercicio sin discriminación alguna, al derecho a la igualdad ante la ley con derecho a igual protección de la ley⁸.

3.6.2 Está reconocido en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dos dimensiones del derecho a la igualdad, una es la **igualdad como prohibición de discriminación** (*por el cual es discriminatorio todo trato diferenciado que atente contra la dignidad de la persona humana, sea por*

⁷ Artículo 1º: Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 7º: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

⁸ Artículos 1º: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 24º: Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

*condiciones de superioridad o inferioridad, no obstante no toda distinción de trato puede considerarse violatoria por sí misma de la dignidad humana); y la segunda, **igualdad ante la ley** de la que deriva la concepción de igualdad como prohibición de trato arbitrario (se sustenta en que la ley debe aplicarse igual a todos los individuos).*

Teniendo interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que **un trato diferenciado basado en criterios razonables y objetivos, que se sustente en desigualdades reales y objetivas, no constituye discriminación**⁹ (OC-4/84 del diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafo cincuenta y seis y cincuenta y siete).

3.7 En coherencia el derecho del agente a la igualdad ante la ley, reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución garantiza el trato igual entre iguales, y desigual entre desiguales; **siendo posible realizar distinciones en base a criterios objetivos y razonables, considerando desigualdades de hecho, como instrumento para proteger a quienes deban ser protegidos por circunstancias de mayor o menor fragilidad o desamparo en que se encuentren**, como lo acoge la norma del artículo 22 del Código Penal al establecer en primer lugar un tratamiento desigual **por razón de la edad del agente** confiriéndole imputabilidad restringida; en segundo lugar estableciendo la posibilidad **del beneficio de la reducción de la pena** solo para aquellos con imputabilidad restringida, con exclusión de la generalidad de agentes, brindando un tratamiento legal diferente y especial, debido a que la pena requerida en tales casos, **puede** ser menor al mínimo legal; y en tercer lugar de aquellos que tienen imputabilidad restringida **excluye a algunos por el tipo del ilícito cometido**, advirtiendo de la lista que se tratan de **delitos graves y pluriofensivos cuyo tratamiento del agente para los fines de la pena va a ser dentro de los límites legales**, contemplando al agente integrante de una **organización criminal**, a los que hayan incurrido en **delitos de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial**

⁹ Interpretación vinculante conforme a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política.

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, **robo agravado**, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria, a los que hayan cometido delito sancionado con pena privativa de la libertad no menor de veinticinco (25) años o cadena perpetua.

De lo cual se concluye que la norma en cuestión, sí contiene un tratamiento desigual desde la consideración de imputabilidad restringida, el otorgamiento de beneficio de reducción de la pena, a la exclusión de algunos agentes con imputabilidad restringida a la reducción de la pena; **en base a criterios razonables y justificantes:**

a. Para establecer la imputabilidad restringida, tiene como razón la edad que puede afectar la comprensión del agente.

b. **La segunda norma que prevé la reducción de la pena a los que gozan de imputabilidad restringida, en sí no es una norma universal e igualitaria para todos los supuestos de imputabilidad restringida**, sino que desde ya contiene distinciones al establecer como "posibilidad", dependiendo de las particularidades del agente de que la pena necesaria, pueda ser menor a los límites legales; supuesto normativo que se vincula y sustenta en los fines de la pena.

c. Continuando con la interpretación de la norma, se advierte que en los otros casos que excluye de la reducción de la pena, también atiende y se justifica en los fines constitucionales de la pena, debido a la gravedad del ilícito y la lesión a varios bienes protegidos constitucionalmente¹⁰; **la pena requerida para el agente que incurre en tales delitos, atendiendo a los fines de reeducación, rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad¹¹, será dentro de los**

¹⁰ 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 en el artículo primero y fundante que establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como la propiedad en el artículo 70 establece que el derecho de propiedad es inviolable, y que el Estado lo garantiza

¹¹ El fin perseguido de la norma, el cual está vinculado a la finalidad de la pena, que de acuerdo a la norma del inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política, el fin constitucional de la pena es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

límites legales; colocándolos en la misma situación de los comprendidos en el supuesto "b" que atendiendo los fines de la pena no les alcanza la *posibilidad* de reducir por debajo del mínimo legal, resultando razonable y justificable que los agentes que cometen este tipo de delitos de alta lesividad se les aplique la pena legal, al requerir el tiempo necesario dentro de los límites legales previstos por el legislador, como necesarios para su reeducación, rehabilitación y reinserción con éxito a la sociedad.

3.8 Constituyendo un tratamiento jurídico desigual legítimamente establecido¹², compatible con los fines constitucionales de la pena, por lo que la norma en ninguna de sus regulaciones evidencia supuesto de inconstitucionalidad, pues como se tiene señalado, no todo tratamiento jurídico diferente concluye en un trato discriminatorio, pues en principio no toda distinción de trato es ofensiva a la dignidad humana, sino cuando ella carece de justificación objetiva y razonable, existiendo desigualdades de hecho que legítimamente se traducen en desigualdades de tratamiento jurídico¹³; y en cuanto a la exclusión del **segundo párrafo del artículo 22 no adolece de inconstitucionalidad manifiesta**, al prever para el agente que comete delitos **graves y pluriofensivos**, un trato diferente en razón de los fines constitucionales de la pena, conteniendo la norma una exigencia legítima y

¹² Criterios acogidos de la OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 57: No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento *del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.*

¹³ Conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 56: Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

específica al mantener los límites legales de la pena en razón del delito cometido, y en consecuencia **con razón suficiente para el tratamiento desigual**¹⁴.

Es importante anotar que **la restricción reside en el acceso a la reducción de la pena, la que se vincula con los fines constitucionales de la pena**, no advirtiendo en abstracto incompatibilidad constitucional de la norma en cuestión; por lo que de considerar los jueces que debe efectuarse control difuso de la restricción, no lo debe realizar en abstracto sino en concreto, **debiendo verificar elementos o circunstancias que lleve a determinar en ese caso concreto**, que una exclusión de la posibilidad de reducción de la pena al agente le ocasiona perjuicio a algún derecho fundamental.

CUARTO: Control de Constitucionalidad en el caso concreto

4.1 En el asunto materia de análisis, los acusados fueron sentenciados por el delito de robo agravado en grado de tentativa, señalando la sentencia penal como circunstancias concomitantes del delito: *“el día once de enero de dos mil catorce, siendo las 00:30 horas aproximadamente, el menor Diego Mamani More se encontraba en compañía de su amigo el menor Ángel Guerra Pajuelo, transitando por las inmediaciones de la Av. Juan Velasco Alvarado, a la altura del Ovalo de la Mujer – Villa El Salvador, circunstancias en que fue interceptado por tres sujetos, siendo cogido sorpresivamente por el cuello, por un sujeto aún no identificado, mientras que Ronald Joel Manrique Rodríguez con un cuchillo, tipo navaja amenazaba tanto al menor agraviado como a su acompañante Guerra Pajuelo, a fin de que no le preste auxilio, aprovechando dicha circunstancia Erick Aldair Reyes Rojas para sustraer la billetera y el celular del agraviado y darse a la fuga”*(Sic); siendo un caso en que el ilícito fue cometido con varios agravantes de la pena, en concurso de más de dos personas, con sustracción de bienes, en agravio de un menor de edad de trece años, que por

¹⁴ Conforme señala Robert Alexis, en el caso que no hubiera ninguna razón suficiente para la permisión de tratamiento igual se encuentra ordenado un trato igual, en cambio, si hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual (citado por José Víctor García Izaguirre, *El Test de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Editorial Adrus, 2012, página 433).

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

resistirse al robo de sus bienes fue agredido con golpes de puño en el rostro, siendo condenado el acusado por el ilícito de robo agravado previsto en el artículo 189 con los agravantes de los incisos 2, 3, 4 y 7 del Código Penal.

4.2 En cuanto a la determinación de la pena, la consultada anota que la pena legal del ilícito es no menor de doce ni mayor de veinte años, que aplicando los atenuantes, las circunstancias específicas, se ubica en el tercio inferior, obteniendo la pena concreta provisional entre los doce a catorce años y ocho meses, y por las circunstancias del caso y del procesado la determina en doce años de pena privativa de la libertad, aplicando la reducción de la pena por concurrir en grado de tentativa le reduce a ocho años de pena, se tiene en cuenta la edad de los imputados, reduciendo a cuatro años y ocho meses de pena, asimismo al haberse acogido a la conclusión anticipada **le reduce a cuatro años de pena privativa de libertad, que es la pena aplicada por el periodo de prueba de tres años.**

4.3 Al respecto **se puntualiza, que el objeto de consulta es la inaplicación de la norma que excluye al sentenciado de la reducción de la pena por imputabilidad restringida**; los fundamentos de la recurrida sobre el asunto, se encuentran del considerando séptimo, sustentándose en la edad del acusado al momento de los hechos, de dieciocho años, un mes y siete días, y de diecinueve años, tres meses y dieciséis días, que el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política prohíbe la discriminación de cualquier índole, colisionando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal con la norma constitucional, que de aplicarse sería un trato diferenciado a las personas en función al delito que comete, situación que la Constitución no permite, que de acuerdo a lo señalado por la Sala Penal en el Recurso de Nulidad N° 701-2014/Huancavelica, *“la base de la diferencia en función de la edad se sustenta en la capacidad penal disminuida - sustento o elemento esencial de la culpabilidad- no en el delito cometido, hacerlo por esa razón significa incorporar como regla de interdicción de exención de pena un elemento impropio que decide la antijuricidad y, por tanto, con una base no objetiva ni razonable que*

CONSULTA
EXP. N° 19220 - 2016
LIMA SUR

una democracia constitucional no puede aceptar”, concluyendo que la limitación impuesta vulnera el principio de igualdad ante la ley.

4.4 Con suma preocupación se advierte, que **la sentencia consultada no contiene ningún fundamento para ejercitar el control difuso en el caso particular de los sentenciados Ronald Joel Manrique Rodríguez y Erick Aldair Reyes Rojas**; así como **tampoco contiene argumentos para decidir la reducción de la pena por imputabilidad restringida**, pues como se tiene señalado en el considerando anterior 3.7.b, la regla general se refiere a una "posibilidad" de reducir, y no a una reducción automática, lo cual demanda exponer las razones y consideraciones del caso concreto, que lleven a reducirle la pena por debajo del mínimo legal.

Por el contrario, la consultada contiene argumentos en forma genérica que van orientadas al control abstracto de la norma legal, lo cual no se encuentra en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política y del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza la revisión judicial de las leyes **para el caso concreto**, que es objeto de decisión en el proceso judicial que el Juez está resolviendo; agréguese, que como se tiene explicado en el considerando tercero de esta ejecutoria, **la norma legal al establecer un trato diferenciado entre diferentes, no pierde la presunción de constitucionalidad al no evidenciar vulneración del principio de igualdad**, y más bien, los jueces al inaplicar normas a casos particulares sin cumplir los supuestos para el control difuso, **están vulnerando el principio de igualdad ante la ley, inaplicando injustificadamente y contra los fines del control difuso, la norma que contiene la prohibición de aplicar la reducción de la pena.**

4.5 También llama la atención, que **los jueces no han tenido en cuenta que el control difuso es residual, al que se acude cuando agotada la interpretación jurídica no se ha podido encontrar una compatible con la Constitución Política**, lo cual no ha sido realizado por la sentencia consultada limitándose su análisis al enunciado legal; además ha efectuado un examen en

CONSULTA
EXP. N°19220 - 2016
LIMA SUR

abstracto, no ha examinado ni sustentado las particularidades del caso para inaplicar una norma legal y vinculante, contraviniendo los fines constitucionales del ejercicio del control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución Política, por lo que se desaprueba la sentencia consultada.

III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones; resolvieron **DESAPROBAR** la sentencia consultada de fecha veintidós de julio de dos mil dieciséis, obrante a fojas cuatrocientos nueve, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en el extremo que realiza el control difuso declarando **inaplicable** al caso, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en consecuencia, **NULA** la sentencia consultada, de fecha veintidós de julio de dos mil dieciséis, debiendo la Sala de mérito emitir nuevo pronunciamiento conforme a ley; en el proceso penal seguido contra **Ronald Joel Manrique Rodríguez y Erick Aldair Reyes Rojas**, por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en agravio de **Diego Mamani More**; y los devolvieron.- Juez Supremo Ponente: **Rueda Fernández**.-

SS.

WALDE JÁUREGUI

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Ciz/jps