



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

Lima, veinte de junio
de dos mil diecinueve

I. VISTOS; con los acompañados:

I.1. CONSULTA:

La sentencia contenida en la resolución número catorce¹, integrada por resolución número quince², ambas de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, expedida por el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, en el proceso penal seguido contra Fredy Calisaya Quispe por la comisión del delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado, en su forma de peculado doloso por apropiación para sí, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, en agravio del Estado peruano.

I.2. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN ELEVADA EN CONSULTA

El citado órgano jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Puno, mediante las citadas sentencias, emite su fallo declarando: 1) **Primero.-** Desvinculándose de la acusación fiscal en el extremo de la forma del tipo penal de peculado, debiendo entenderse que se trata de un delito de peculado doloso por apropiación para sí; 2) **Segundo.-** Condenando al acusado Fredy Calisaya Quispe como autor del delito de peculado doloso por apropiación para sí, en agravio del Estado Peruano, imponiéndosele cuatro años de pena privativa de libertad con carácter suspendida, fijándose un periodo de prueba de un año y seis meses, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; 3) se impone pena de inhabilitación de cuatro años para ejercer cargo interno en la administración

¹ Fojas 153 del expediente.

² Fojas 167 del expediente.



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

pública o comisión de carácter público; 4) se fija en ciento ochenta días multa; 5) **Tercero.-** Se dispone que el sentenciado pague por concepto de reparación civil el monto de mil quinientos soles, además de restituir los bienes apropiados o alternatively el pago de su valor equivalente a mil setecientos noventa soles, por la cámara filmadora, y dos mil ciento ochenta soles, por el equipo portátil laptop marca HP.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

1.1. Es objeto de pronunciamiento la consulta de la sentencia emitida por el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, en razón de haber condenado al acusado Fredy Calisaya Quispe por la comisión del delito de peculado doloso por apropiación para sí, en agravio para el Estado peruano, imponiéndole una pena de carácter suspendida.

SEGUNDO: LA CONSULTA COMO INSTITUCIÓN PROCESAL

2.1. La consulta es una institución de carácter procesal y de orden público establecida en el artículo 408 del Código Procesal Civil, cuyo inciso 3 señala que esta procederá cuando el juzgador prefiera una norma de rango constitucional frente a una norma legal ordinaria, en concordancia con lo señalado en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017 -93-JUS, que indica que cuando los jueces encuentren una incompatibilidad entre la interpretación de una norma constitucional y una ley, y emitan su decisión haciendo prevalecer la primera por efecto del control constitucional realizado, esta será elevada en



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en caso que no fuera impugnada.

2.2. Asimismo, se tiene que esta Sala Suprema, en reiterada jurisprudencia, ha definido la consulta como “una institución procesal de orden público, que viene impuesta por la ley, que no es en esencia un recurso sino un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al Superior, y a este el de efectuar el control de legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior”³.

TERCERO: EL CONTROL CONSTITUCIONAL

3.1. El control constitucional se configura como “una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso)”⁴. Esta Sala Suprema, a través de su jurisprudencia, ha reconocido la existencia de dos sistemas de control de constitucionalidad de las normas jurídicas (control difuso y control concentrado), precisando que este examen de constitucionalidad de las leyes radica en verificar si estas son conformes a la Constitución, advirtiendo que aquel control varía dependiendo de la opción del constituyente⁵.

3.2. En ese sentido, el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política, soslayando la jerarquía de los órganos jurisdiccionales, encarga a los

³ Consulta N° 4777-2018-Piura, considerando “Segundo”.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 01680-2005-AA, fundamento jurídico 2. En esta sentencia también se cita un fragmento del caso *Marbury v. Madison* (1803): “El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la Constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales”.

⁵ Consulta N° 15159-2018-Lambayeque y Consulta N° 24818-2017-Del Santa, considerando “Tercero”.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

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 difuso⁶ 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”*.

3.3. 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. Así, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1109-2002-AA/TC, en su fundamento jurídico 6, señaló: *“(…) 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*

⁶ Al respecto, ver: Abad Yupanqui, S. (2004). *Derecho procesal constitucional*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

*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*⁷. La citada disposición 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, en consecuencia, se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia” que puede ser de derecho público o privado.

3.4. Asimismo, esta Sala Suprema, 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, al indicar lo siguiente: “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, en la citada ejecutoria suprema también se ha fijado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: “2.5. (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*

⁷ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N° 145-99-AA-TC (fundamento jurídico 4), N° 1124-2001-AA/TC (fundamento jurídico 13), y N° 1383-2001-AA/TC (fundamento jurídico 16).



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

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”, debiendo precisarse que estos exámenes son excluyentes, pues de no superarse uno de ellos no se podrá ejercer el análisis de las siguientes fases del test de proporcionalidad. Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento de analizar el ejercicio de control difuso realizado en la sentencia elevada en consulta.

CUARTO: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

4.1. Asimismo, esta Sala Suprema considera que el examen de la inaplicación de normas legales no se agota en el desarrollo de su control de constitucionalidad, ya que según el artículo 55⁸ y la Cuarta Disposición Final y Transitoria⁹ de la Constitución Política del Estado establecen que también forman parte de nuestro ordenamiento jurídico los instrumentos legales de carácter internacional que han sido suscritos y ratificados por nuestro país. En ese sentido, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, *“En materia de interpretación de los derechos constitucionales, el operador judicial no puede olvidar que (...) la comprensión de las cláusulas que reconocen (o limitan) derechos en ella previstos, deben interpretarse en armonía con lo que sobre ellas hayan realizado los tratados internacionales en materia de derechos*

⁸ “Artículo 55.- Tratados. Derecho nacional

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

⁹ Cuarta Disposición Final y Transitoria.- Interpretación de los derechos fundamentales

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

*humanos y, en particular, con la jurisprudencia de los tribunales internacionales de justicia con competencia en materia de derechos humanos*¹⁰. De esta manera, nuestra Constitución exige que el operador judicial efectúe también un control de las normas inaplicables, en razón a los instrumentos legales internacionales (tratados, jurisprudencia internacional y otros de fuente externa) en los que el Estado peruano es parte, circunstancia a la cual se le denomina “control de convencionalidad”¹¹.

4.2. Además, se advierte que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) establece que: *“Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*; por tanto, se puede entender que el control de convencionalidad es una técnica que permite al juzgador examinar si las normas de derecho interno son compatibles con las normas de la CADH, por lo que cuando se examine una norma inaplicable en un caso concreto se determinará si dicha inaplicación es acorde o no a la Convención, conforme así también lo realizó esta Sala Suprema en la ejecutoria recaída en la Consulta N° 4777-2018-Piura, fundamento noveno.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2209-2002-PA/TC, fundamento jurídico 5.

¹¹ “los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.” CIDH *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, serie C, número 154, párrafo 124.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

4.3. Luego de efectuar el control de constitucionalidad a la norma inaplicable, corresponde ejercer el control de convencionalidad de la misma, que a consideración de esta Sala Suprema consiste en: 1) Definir si el derecho que se protege de la norma inaplicable se relaciona con algún instrumento legal internacional. Al tenerse definido el derecho que se busca proteger, que deviene del control de constitucionalidad ejercido previamente, corresponde verificar si dicho derecho se encuentra protegido por alguna norma de carácter internacional que vincule al Estado peruano; 2) establecer si la norma inaplicable colisiona con el instrumento legal internacional. Para determinar si existe colisión de normas con la Convención o algún instrumento legal internacional, en este estadio, se deberá: i) determinar qué ordenamiento jurídico (nacional o internacional) ofrece una mayor protección al derecho que se protege en el caso concreto, ii) determinar si dicho hecho merece ser resuelto por la jurisdicción ordinaria, en caso que la decisión esté vinculada a asuntos culturales o de trascendencia social, iii) verificar si la resolución que inaplica una norma y su respectivo proceso fue tramitado regularmente; 3) determinar si existiría responsabilidad internacional del Estado peruano, si se aplica en el caso concreto la norma inaplicada.

4.4. De esta manera, si la norma inaplicada en cada caso concreto supera el control de convencionalidad ejercida por el juez constitucional del órgano jurisdiccional ordinario, luego de haber superado el control de constitucionalidad previo, se puede determinar la validez y legitimidad de la inaplicación de dichas normas legales.

QUINTO: EL PRINCIPIO – DERECHO DE DIGNIDAD

5.1. Este principio – derecho se encuentra positivizado en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

Analizando este dispositivo constitucional, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la dignidad del ser humano no sólo representa el valor supremo que justifica la existencia del Estado y de los objetivos que este cumple, sino que se constituye como el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento”¹².

5.2. Este doble carácter de la dignidad humana (principio y derecho fundamental) se materializa de diferente manera: “(...) en tanto **principio**, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como al criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares. (...) en tanto **derecho fundamental** se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma *praxis* intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana, ante las cuales no podemos permanecer impávidos”¹³.

SEXTO: EL DERECHO A LA LIBERTAD DE TRÁNSITO

6.1. Este derecho se encuentra estipulado en el inciso 11 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, que señala: “Toda persona tiene derecho: (...) 11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2273-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 5.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2273-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 10.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería”.

6.2. En ese sentido, el Tribunal Constitucional analizando este derecho establece que: “La libertad de tránsito o derecho de locomoción es, dentro del catálogo de atributos susceptibles de tutela por mediante el habeas corpus, de los más tradicionales. Con el mismo se busca reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida pueda circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujeto con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde decide desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio de nuestro Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o simplemente salida o egreso del país”¹⁴.

6.3. A nivel internacional, este derecho se encuentra protegido por el artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los artículos 7.3 y 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos, los cuales establecen que nadie podrá ser detenido en forma arbitraria, infiriéndose que la libertad se erige como uno de los derechos fundamentales en el orden jurídico internacional.

SÉTIMO: LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

7.1. La determinación judicial de la pena importa un proceso intelectual del juzgador de suma relevancia, dado los intereses jurídicos que se ponen en tensión; siendo así, la graduación de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva; en ese sentido, la determinación de la pena debe realizarse conforme a los fines de la misma, siendo importante resaltar la teoría de la prevención general positiva, lo

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3482-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 5.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

que implica asumir como criterio de determinación de la pena al hecho delictivo; es decir, la cantidad de pena a imponer debe ser proporcional al hecho delictivo, conforme a lo establecido en los artículos 45 , 45-A y 46 del Código Penal.

7.2. De esta manera, el actual sistema de determinación judicial de la pena establecido en el Código Penal es conocido como el “sistema de tercios”, el cual entiende que el marco mínimo y máximo de la pena será dividido abstractamente en tres espacios: tercio inferior, tercio medio y tercio superior, dentro de los cuales dependiendo de la concurrencia de circunstancias agravantes y/o atenuantes se determinará la pena concreta que se impondrá a quien resulte responsable de la comisión del delito.

OCTAVO: EL DERECHO DE RESOCIALIZACIÓN

8.1. Este derecho se configura como una de las funciones de la pena, según así lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, que establece: “La pena tiene función preventiva, protectora y **resocializadora**. (...)”. De esta manera, esta función de resocialización responde al fin preventivo especial de la pena, el cual establece que su finalidad busca la reinserción en la sociedad de la persona sancionada y se materializa cuando a una persona a quien, a través de la lección que se le imparte con la imposición de la pena, se la educa para mantenerla alejada de infracciones futuras, a efectos de lograr su adaptación a las reglas básicas de la convivencia en la sociedad¹⁵.

8.2. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10, numeral 3, establece las condiciones necesarias para alcanzar la resocialización de los penados durante su permanencia en los establecimientos

¹⁵ Jescheck, H-H y Weigend, T. (2014). Tratado de derecho penal. Parte general. Volumen I. Trad. de Miguel Olmedo Cardenere. Lima: Instituto Pacífico, p. 102.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

penitenciarios, indicando en el numeral 1 que todo condenado a prisión privativa de libertad debe ser tratado humanamente y con respecto a su dignidad.

NOVENO: LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

9.1. Entendiéndose que la resocialización es una función de la pena, esta se mantiene ya sea cuando se impone una pena privativa de libertad o una pena suspendida en su ejecución. En palabras de los juristas alemanes JESCHECK y WEIGEND, la suspensión condicional de la pena es “un medio sumamente razonable y flexible para ejercer una influencia resocializadora sobre el autor sin privación de libertad (...) conecta la fuerza simbólica de la declaración de culpabilidad con la renuncia a una pena de prisión que a menudo despliega efectos resocializadores; por otro lado, el autor queda bajo la espada de Damocles que representa la posible ejecución de la pena, por lo que de este modo se le motiva a desarrollar un comportamiento adecuado a Derecho”¹⁶. En el ámbito nacional y judicial, esta Corte Suprema de Justicia ha señalado que: “la suspensión de la ejecución de la pena tiene como fin eludir o limitar la ejecución de pena privativas de libertad de corta o mediana duración –es decir, evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria, básicamente en los delincuentes primarios, en casos que la corta duración de la pena no permite un efectivo tratamiento resocializador-”¹⁷.

9.2. Esta institución se encuentra regulada en el Código Penal determinando los requisitos que deben cumplirse para que la pena impuesta a un sentenciado sea suspendida en su ejecución, bajo el cumplimiento de las reglas de conducta previstas en el artículo 58 del Código Penal, que permiten supervisar

¹⁶ Jescheck, H-H y Weigend, T. (2014). Tratado de derecho penal. Parte general. Volumen II. Trad. de Miguel Olmedo Cardenere. Lima: Instituto Pacífico, p. 1245.

¹⁷ Considerando “Primero” de la Resolución Administrativa N° 321-2011-P-PJ, de fecha 8 de septiembre de 2011, Circular para la debida aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

su cumplimiento y garantizar la rehabilitación y resocialización del agente. Cabe precisar que si bien esta institución es favorable al condenado, sin embargo, no constituye un derecho suyo, sino una facultad del Juez. Así, actualmente se tiene configurado el artículo 57 del Código Penal de la siguiente manera:

“El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permitan inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación.

3. Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”.

DÉCIMO: NORMA QUE SERÁ INAPLICADA EN EL PRESENTE CASO

10.1. Debemos tener presente que la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal señala: **“La suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387”**, norma vigente al momento en que se interpuso la demanda que originó el presente proceso judicial cuya sentencia es materia de consulta.

DÉCIMO PRIMERO: ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

11.1. Siguiendo lo establecido en la Consulta N° 1618-20 16-Lima Norte, corresponde analizar la norma inaplicable en el presente caso, a efectos de verificar el cumplimiento de las reglas para el ejercicio del control difuso judicial, en razón de los siguientes criterios: 1) presunción de constitucionalidad de los



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

artículos inaplicados, II) juicio de relevancia de los artículos inaplicados, III) efectuar una interpretación exhaustiva de los artículos inaplicados; y, IV) luego de identificar los derechos fundamentales involucrados, realizar el test de proporcionalidad¹⁸ con los artículos en conflicto. De esta manera, se determinará si en el presente caso las normas inaplicadas superan el control de constitucionalidad, con la finalidad de ejercer posteriormente el control de convencionalidad de las mismas.

11.2. En cuanto al criterio de presunción de constitucionalidad, esta Sala Suprema advierte que la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal, modificada por Ley N° 30304 – Ley que prohíbe la su suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, fue promulgado el veintiocho de febrero de dos mil quince conforme al procedimiento constitucional previsto en el artículo 108 de la Constitución Política del Perú de mil novecientos noventa y tres; por tanto, se tiene que la norma citada se encontraba en vigencia al momento de interponerse la demanda y es de carácter obligatorio conforme al artículo 109 de la Constitución Política actual¹⁹.

11.3. Respecto al juicio de relevancia de la norma inaplicada, se tiene que la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal, modificada por la Ley N° 30304, está referida a la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los

¹⁸ “(...) el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”, véase en Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00579-2008-PA/TC, f. j. 25.

¹⁹ Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos; por lo que, esta Sala Suprema que la norma inaplicada se vincula en forma relevante con el presente caso, toda vez que se condenó al procesado Fredy Calisaya Quispe por la comisión del delito de peculado, motivo por el cual se supera el juicio de relevancia de normas inaplicadas.

11.4. En relación a la interpretación de la norma inaplicada, corresponde precisar que la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30304, pertenece al sistema normativo penal de nuestro ordenamiento jurídico, advirtiéndose específicamente que dicha norma está destinada a los efectos de la imposición de una pena privativa de libertad. En ese sentido, se tiene que la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal establece taxativamente que aquellas personas que sean declaradas responsables de la comisión de un delito y que ostenten la calidad de funcionarios o servidores públicos, pese a cumplir con los requisitos exigidos para que se les suspenda la pena impuesta, no podrán ser merecedores de esta facultad del juzgador.

11.5. En el presente caso, si se aplicara la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal, modificada por la Ley N° 30304, se estaría restringiendo el derecho a la libertad ambulatoria y la resocialización del condenado Fredy Calisaya Quispe y, consecuentemente, su derecho fundamental a la dignidad humana, toda vez que no existe motivo racional o fundamento alguno que permita excluir al citado condenado de la potestad del juzgador de excluirlo de una pena privativa de libertad efectiva, más aún si luego del análisis del caso en concreto logra desprenderse que el citado condenado cumple con los requisitos establecidos en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 57 del Código Penal; además, conforme a lo señalado en los considerandos precedentes, se advierte que los efectos de una pena privativa de libertad de corta duración podrían resultar más dañinas al condenado que una pena privativa de libertad



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

suspendida en su ejecución, siendo necesario precisar que esta se encuentra sujeta al cumplimiento de determinadas reglas de conducta, establecidas en el artículo 58 del Código Penal; por lo que, esta situación nos permite advertir que dicha norma colisiona con los derechos fundamentales citados, motivo por el cual corresponde efectuar el test de proporcionalidad, consistente en el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a efectos de determinar qué norma prevalece. En ese sentido, al efectuarse el examen de idoneidad de la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30304, se advierte que su aplicación no resulta idónea para salvaguardar su derecho fundamental a la dignidad humana, ya que una pena privativa de libertad efectiva de corta duración no sería idónea para garantizar la materialización del fin preventivo especial de la pena en el presente caso, más aún si se tiene que según el artículo 50 del Código de Ejecución Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 1296 [Decreto Legislativo que modifica el Código de Ejecución Penal en materia de beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo o la educación, semi – libertad y liberación condicional], el delito imputado al condenado (delito de peculado doloso – artículo 384 del Código Penal) no resulta merecedor de beneficios penitenciarios; por lo tanto, se advierte que la aplicación de dicha norma, en el presente caso, se aleja del fin constitucional que protege el derecho fundamental a la dignidad humana de toda persona, motivo por el cual esta Sala Suprema concluye que esta norma no logra superar el examen de idoneidad, careciendo de motivo efectuar los exámenes de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, prevaleciendo así el derecho fundamental a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución Política del Estado), el derecho a la libertad ambulatoria (artículo 2, numeral 22, de la Constitución Política del Estado) y el derecho de resocialización (artículo 139, numeral 22,



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

de la Constitución Política del Estado y artículo IX del Título Preliminar del Código Penal).

11.6. Al tenerse que la inaplicación de la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal, modificado por Ley N° 30304, supera el control de constitucionalidad en el presente caso, conforme a lo señalado en el considerando “cuarto” de esta ejecutoria suprema, corresponde analizar si la inaplicación de dichas normas superan el control de convencionalidad. De esta manera, al encontrarnos analizando una consulta sobre la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad efectiva, se advierte que el derecho a la dignidad humana, a la libertad ambulatoria y a la resocialización se encuentra protegido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales han sido suscritos y ratificados por el Estado peruano.

11.7. Además, corresponde verificar si en el presente caso la aplicación de la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal colisiona con la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁰, la Convención Americana de Derechos Humanos²¹ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²². En ese sentido, analizando si la jurisdicción nacional o internacional ofrece una mayor protección a los derechos a la dignidad humana, a la libertad ambulatoria y a la

²⁰ **Artículo 9.-**

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

²¹ **Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.-**

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

²² **Artículo 10**

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

resocialización, se advierte que si bien la jurisdicción internacional generaría una mayor protección de estos derechos, ello no es óbice para que nuestra jurisdicción analice el presente caso en atención a las normas internacionales, más aún si dichos derechos se encuentran protegidos por ambas jurisdicciones, advirtiéndose que en el presente caso nuestro ordenamiento jurídico resulta suficiente para salvaguardar los derechos a la libertad ambulatoria y a la resocialización del condenado Fredy Calisaya Quispe y, consecuentemente, su derecho a la dignidad humana; asimismo, si bien nos encontramos analizando los referidos derechos fundamentales, no obstante, este caso presenta una trascendencia particular, al referirse a los citados derechos del referido condenado, motivo por el cual el ordenamiento jurídico peruano es suficiente e idóneo para dilucidar la presente materia, más aún si su procedimiento cumplió con respetar el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

11.8. Por último, corresponde determinar la posibilidad de responsabilidad internacional de nuestro Estado ante la inaplicación de la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal en el presente caso. Conforme se determinó en el control de constitucionalidad, la aplicación de dicha norma contraviene los derechos a la dignidad humana, a la libertad ambulatoria y a la resocialización del condenado Fredy Calisaya Quispe, ya que su aplicación impediría que se cumpla con el fin preventivo especial de la pena privativa de libertad efectiva, toda vez que al referido condenado se le impuso una pena de corta duración; por lo que, si el Estado peruano optaría por aplicar la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal en el presente caso, ello acarrearía una responsabilidad internacional por limitar a una persona a sus derechos fundamentales. Por lo tanto, se advierte que en el presente caso la inaplicación de la citada norma supera el control de convencionalidad.



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

DÉCIMO SEGUNDO: CONSECUENCIAS DE LA DECISIÓN EN EL PRESENTE CASO

12.1. Al amparo del derecho a fundamental a la dignidad humana, la libertad ambulatoria y la resocialización, tenemos que en el presente caso el condenado Fredy Calisaya Quispe fue condenado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, advirtiéndose que dicha determinación judicial de la pena se sustentó en los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal, cuyo análisis permitió al juzgador arribar a una pena de cuatro años, lo cual motivó el análisis de su suspensión en la ejecución, conforme a lo establecido en el artículo 57 del Código Penal; además, se advierte que la sanción impuesta al referido condenado no ha sido cuestionada por el representante del Ministerio Público, conforme se desprende de la resolución número diecisiete²³, de fecha cinco de abril de dos mil diecinueve, que declara consentida la sentencia materia de consulta. Como consecuencia de ello, se tiene que la primacía de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la libertad ambulatoria y la resocialización en el presente caso, resultan motivos suficientes para aprobar la sentencia elevada en consulta.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **APROBARON** la sentencia contenida en la resolución número catorce²⁴, integrada por resolución número quince²⁵, ambas de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, expedidas por el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, que condenó a Fredy Calisaya Quispe como autor del delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado, en su forma de peculado doloso por apropiación para sí, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal,

²³ Fojas 178 del expediente principal.

²⁴ Fojas 153 del expediente.

²⁵ Fojas 167 del expediente.



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

en agravio del Estado peruano, y le impuso una sanción de cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución bajo el cumplimiento de reglas de conducta; y los devolvieron. ***Interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana.***

S.S.

PARIONA PASTRANA

ARIAS LAZARTE

RUEDA FERNÁNDEZ

BUSTAMANTE ZEGARRA

Ervg/cda

LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS ARIAS LAZARTE Y RUEDA FERNÁNDEZ, SON COMO SIGUE:

La magistrada que suscribe comparte la decisión de aprobar la consulta, así como los argumentos del ponente, agregando el siguiente fundamento adicional.

PRIMERO. Control de Convencionalidad

1.1 Considero que de acuerdo a la cláusula de *numerus apertus* del artículo tercero y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, las normas de los tratados de derechos humanos, forman parte de las normas del bloque de constitucionalidad; en ese orden, el control de constitucionalidad



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

de las leyes que se efectúa en el ejercicio del control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución, conlleva también se practique un control de convencionalidad, en el sentido de que sí se advierte que la norma legal infringe una norma de derecho internacional sobre derechos humanos, debe sancionarse con su inaplicación, máxime que en nuestro Estado de Derecho Constitucional los jueces se encuentran obligados a respetar y proteger los derechos fundamentales.

SEGUNDO: Inaplicación del artículo 57 del Código Penal

2.1 La libertad personal además de ser un derecho constitucional protegido en la norma del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, previendo el acápite b) del artículo citado, que no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por ley; constituye un derecho fundamental reconocido y protegido en el artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el sentido de que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por causas y condiciones fijadas de antemano por las normas constitucionales y leyes dictadas conforme a ellas; añadiendo la norma del artículo 7.3 que nadie puede ser sometido a encarcelamiento arbitrario; significando que si bien se puede restringir el derecho a la libertad física, conforme a la Constitución y a lo previsto en las leyes, no se puede someter a un encarcelamiento arbitrario. Cabe anotar, que el referido tratado es vinculante para el Estado Peruano en virtud de su ratificación y sometimiento al mismo, así como a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

2.2 En el control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma del artículo 57 del Código Penal que prevé la inaplicación de la suspensión de la pena a los funcionarios y servidores públicos condenados por delitos dolosos de los artículos 384 y 387 del Código Penal, esto es, que en tales casos la pena siempre será efectiva; se advierte que en el caso específico del sentenciado Fredy Calisaya Quispe, la referida norma legal vulnera el derecho fundamental a la libertad física.

En tanto, no es suficiente que la restricción del derecho a la libertad se encuentre prevista por ley, sino además que dicha restricción no configure un encarcelamiento arbitrario; teniendo interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Servellón García y otros vs Honduras*, sentencia del veintiuno de setiembre de dos mil seis, párrafo 89, que la restricción de la libertad personal prevista en la legislación, debe ser dictada de conformidad con los principios que rigen la Convención y ser conducente a la efectiva observancia de las garantías en ella previstas; constituyendo un derecho y garantía constitucional la prevista en la norma del inciso 22 del artículo 139 de la Constitución, el objeto constitucional de las penas, esto es, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; no siendo el objeto que las penas sean siempre efectivas, sino que sean efectivas o suspendidas, estén destinadas a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad; y siendo más gravosa la pena efectiva, su imposición debe ser cuando se encuentre de acuerdo a los hechos y al derecho razonable y proporcionalmente justificada.

No obstante, en el caso del sentenciado Fredy Calisaya Quispe no se han establecido elementos que justifiquen razonablemente la imposición de una



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

**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

pena efectiva, y por el contrario el juzgador ha determinado que la imposición de pena efectiva en su caso, resulta innecesaria para los fines constitucionales de la pena, habiendo desarrollado en el considerando cuarto, en el ítem en relación al carácter de la pena, de que en dicho caso “no podría imponerse una pena gravosa frente a hechos que en realidad tampoco resultan relevantes de forma que afecte altamente el bien jurídico tutelado”, anota que no están ante montos que puedan implicar una afectación seria a la Administración Pública, siendo que en el presente caso el monto supera los S/. 5,000 (cinco mil con 00/100 soles), que no se trata de una organización criminal, que los hechos no son gravosos, ponderando en este caso, la aplicación de la pena suspendida, priorizando los derechos sustanciales de determinación de pena y sus consecuencias, así como en relación al caso específico, los principios de razonabilidad, proporcionalidad y humanidad. Por lo que, en este caso concreto y sus particularidades, la imposición de una pena efectiva sin justificación resultaría en una restricción arbitraria de la libertad física, correspondiendo en control de convencionalidad y constitucionalidad, la inaplicación de la norma legal, en consecuencia, **aprobar** la sentencia materia de consulta.

Por lo expuesto, **NUESTRO VOTO** es porque se **APRUEBE** la sentencia contenida en la resolución número catorce de fecha de veintiuno de marzo de dos mil diecinueve obrante a fojas ciento cincuenta y tres e integrada mediante resolución número quince de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, obrante a fojas ciento sesenta y siete; consultada por haber ejercido control difuso inaplicando el artículo 57 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Fredy Calisaya Quispe por el delito contra la administración pública en la modalidad de peculado, en su forma de peculado doloso por apropiación para sí en agravio del Estado; y se devuelva. **Jueza Suprema: Rueda Fernández.**

S.S.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

ARIAS LAZARTE

RUEDA FERNÁNDEZ

Act/jps

LOS FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO BUSTAMANTE ZEGARRA, SON COMO SIGUEN: -----

Por sus fundamentos, **coincido con la ponencia** del Juez Supremo Titular ponente Pariona Pastrana, por el que decide **APROBAR** la sentencia consultada contenida en la resolución número catorce, de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, obrante a fojas ciento cincuenta y tres²⁶, expedida por el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, en el extremo que ejerciendo control difuso **inaplicó** al caso concreto la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, contenido en la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal, modificado por la Ley N.º 30304; y, además por las siguientes **CONSIDERACIONES**:

a) En el presente caso, el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, señala de folio ciento sesenta y uno a ciento sesenta y cuatro, así como a folios ciento sesenta y ocho y ciento sesenta y nueve del fallo: “(...) *no se enmarcan indicios de que el acusado haya participado conjuntamente con otras*

²⁶ Integrada mediante resolución número quince, de fecha veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, obrante a fojas ciento sesenta y siete.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

personas, como ocurren generalmente en otros procesos como de peculados en los que se imputa esta comisión de hechos, en una serie de funcionarios o servidores públicos. Ello contraviene el mismo principio de interpretación favorable y además el principio de igualdad en cuanto a la combinación de penas, pues existen otros tipos penales más gravosos acorde a las circunstancias establecidas que aún no se contemplan en torno a inaplicación de la pena suspendida. Razón por la que el juzgador, optara en una especie de ponderación, de disponer la pena suspendida y priorizar la cautela de los derechos sustanciales de determinación de pena y sus consecuencias, como es el principio de razonabilidad, proporcionalidad y humanidad de las penas que se hacen en este caso específico. (...) de aplicar "irrazonable y desproporcionalmente" la pena privativa de la libertad para todos los tipos penales que contienen el artículo 387 del Código Penal (sin considerar circunstancias de menor afectación al bien jurídico tutelado, pero que resultan relevantes penalmente, sin identificar hechos vinculados al crimen organizado de los hechos que no lo están), y bajo la sola literalidad del último párrafo del artículo 57 del Código Penal, implica contravenir el principio constitucional de interpretación favorable en materia penal (...)"

b) 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 a 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*



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias"²⁷. 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.

c) En tal sentido, la jurisdicción, principal encargado de aplicar el Derecho, ejerce sus funciones de regular o decidir derechos de los justiciables 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 ejecución²⁸.

d) En esa perspectiva, 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

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional – Expediente N.°0018-2003-AI/TC.

²⁸ La Constitución Comentada - Análisis Artículo por Artículo –Tomo I, Gaceta Jurídica, Edición Diciembre 2005, Pág. 87



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos²⁹. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras.

e) En ese sentido, para que en el caso concreto sea posible inaplicar la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena a los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, **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.

f) Así, se desprende de la sentencia penal, objeto de consulta, que los hechos delictivos, denunciados por el Ministerio Público, se remonta al año dos mil quince, imputándose al sentenciado Fredy Calisaya Quispe haberse apropiado para sí de bienes públicos, que le fueran entregados para el cumplimiento de sus funciones; por lo que en mérito al desarrollo argumentativo que contiene el fallo, el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno resolvió, entre otros puntos, declarar a Fredy Calisaya Quispe autor del delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionario públicos, en su modalidad peculado, en su forma de peculado doloso por apropiación para sí, imponiéndole **la pena de cuatro (4) años de pena privativa de la libertad**, con carácter de suspendida, fija el periodo de prueba en un año y seis meses, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, pena de inhabilitación de cuatro (4) años de ejercer cargo interno en la Administración Pública o comisión de

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

carácter público, dispone de ciento ochenta días multa a favor del Estado Peruano, y el pago de S/ 1,500 (mil quinientos soles) como reparación civil, además de restituir los bienes apropiados o alternativamente el pago de su valor.

g) Se establece en el fallo que los hechos investigados se subsumen dentro de la norma contenida en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, cuyo texto enuncia:

“Artículo 387.- Peculado doloso o culposo

*El funcionario o servidor que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad **no menor de cuatro ni mayor de ocho años**, inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días - multa”. (Resaltado agregado)*

h) De lo anotado, se desprende que la pena impuesta por el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, ha sido con arreglo a ley, desde que los cuatro (4) años de pena privativa de la libertad impuesta, se encuentra dentro del rango de pena previsto en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, esto es, no menor de cuatro (4) ni mayor de ocho (8) años; lo que trasluce que independientemente de que, en el caso concreto se haya aplicado la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena *-no obstante que, de*



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

acuerdo al artículo 57 del Código Penal modificado por la Ley N.º 30304 no procede la suspensión de la ejecución de la pena en los casos de delitos como peculado-, empero, se aprecia que el ejercicio de la facultad de control difuso no ha importado desconocimiento legal de la norma penal especial; además, dadas las circunstancias del caso puntual, no se requiere de una condena efectiva, pues la pena impuesta también contribuye al cumplimiento de los fines de la misma, debiendo primar en este caso en especial el principio anotado por el Juzgado como es la interpretación favorable en materia penal.

i) En esa perspectiva, para el caso en particular, el suscrito considera procedente la **aprobación** de la sentencia penal elevada en consulta, por las razones esgrimidas por el ponente y los argumentos adicionales vertidos en el presente voto. En los seguidos contra Fredy Calisaya Quispe por delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado previsto en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, en agravio del Estado Peruano; y, se devuelva. **Juez Supremo: Bustamante Zegarra.-**

S.S.

BUSTAMANTE ZEGARRA

Toq/Cmp

**EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TOLEDO TORIBIO,
ES COMO SIGUE: -----**

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

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia contenida en la resolución número catorce, integrada por resolución número quince, ambas de fecha



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

veintiuno de marzo del dos mil diecinueve, emitida por el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, obrante a fojas ciento cincuenta y tres y a fojas ciento sesenta y siete, respectivamente, en cuanto inaplicó al caso concreto en la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30304, sobre la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387 del Código Penal.

SEGUNDO: El control difuso previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consiste en la atribución jurisdiccional de inaplicar -al caso que el Juez viene conociendo- una norma legal o infralegal por apreciarla incompatible con la Constitución. El control difuso tiene carácter incidental, en tanto que se da al interior de un proceso, y es concreto o relacional, ya que en su ejercicio no se analiza la norma reputada inconstitucional en abstracto, sino con ocasión de su aplicación a un caso en particular. Por ello también, los efectos del control difuso son *inter partes* y no *erga omnes*, esto es, su alcance está circunscrito a los que participan en la controversia.

TERCERO: En el presente caso, el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, mediante sentencia, contenida en la resolución número catorce, integrada por resolución número quince, ambas de fecha veintiuno de marzo del dos mil diecinueve, entre otras cosas, condenó al acusado Fredy Calisaya Quispe como autor del delito de peculado doloso por apropiación para sí, y se le impone cuatro años de pena privativa de libertad con carácter suspendida, fijándose un periodo de prueba de un año y seis meses, bajo el



CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

cumplimiento de reglas de conducta; se le impuso la pena de inhabilitación al sentenciado por el plazo de cuatro años para ejercer cargo interno en la administración pública o comisión de carácter público y se fijó en la suma de ciento ochenta días multa, así como pague por concepto de reparación civil el monto de mil quinientos soles, además de restituir los bienes apropiados o alternativamente el pago de su valor equivalente a mil setecientos noventa soles, por la cámara filmadora, y dos mil ciento ochenta soles, por el equipo portátil laptop marca HP.

CUARTO: La decisión señalada en el considerando precedente, se fundamentó principalmente en la inaplicación *in fine* del artículo 57 del Código Penal que claramente señala que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387 del Código Penal.

QUINTO: Ahora bien, podemos decir que, *in fine* del artículo 57 del Código Penal, modificada por la Ley N° 30304, no puede interpretarse como inconstitucional, pues, como se tiene expuesto, dicho precepto no hace otra cosa que establecer la suspensión de la ejecución de la pena efectiva en delitos cuyos autores sean funcionarios o servidores públicos sobre delitos de colusión, patrocínio incompatible y **peculado doloso**, norma que busca proteger el correcto funcionamiento y el prestigio de la administración pública, y de esta manera legitimar la ley y el Estado de Derecho, debido al hecho que los funcionarios corruptos incrementan su patrimonio de origen ilícito, afectando el patrimonio del Estado.

SEXTO: En ese sentido, es factible afirmar que la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del



**CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO**

Estado y el carácter preventivo del derecho penal y, por tanto, no puede colisionar con el principio constitucional de interpretación favorable en materia penal³⁰, así como el principio institucional, de relevancia constitucional, de dignidad – del artículo 1° de la Constitución Política del Estado; puesto que, si bien, existe la obligación de garantizar la dignidad de la persona, esto, no puede ser empleado para limitar el poder punitivo del Estado ni la facultad de dictar políticas públicas orientadas a luchar contra el delito.

SÉPTIMO: En tal sentido, al establecer la ley penal un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la suspensión de pena efectiva a los funcionarios o servidores públicos condenados por los delitos dolosos establecidos en los artículos 384 y 387 del Código Penal, no se afecta el principio de interpretación favorable en materia penal o el principio de dignidad, previsto en la Constitución, pues debido a la naturaleza del ilícito penal, y las condiciones del agente responsable, entre las cuales tenemos a las penas privativas de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos, la ley penal puede imponer medidas más severas, es por ésta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos y la naturaleza del bien jurídico protegido; por ésta misma razón resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución Política del Estado que la ley defina que en determinados delitos no opera la suspensión de la pena efectiva; por estas razones resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución Política del Estado que, la ley penal disponga que no es de aplicación la suspensión de la pena efectiva para delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos que incurran en el delito de peculado doloso.

³⁰ Artículo 139, numeral 11) de la Constitución Política del Perú



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

CONSULTA
EXPEDIENTE N° 10541 - 2019
PUNO

OCTAVO: Finalmente, considero pertinente señalar que, en mérito a la facultad conferida por el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado mediante el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, **me aparto** de cualquier otro criterio anterior que se oponga a las consideraciones antes expuestas.

Por estos fundamentos: **MI VOTO** es porque se **DESAPRUEBE** la sentencia, contenida en la resolución número catorce, integrada por resolución número quince, ambas de fecha veintiuno de marzo del dos mil diecinueve, emitida por el Cuarto Juzgado Penal Unipersonal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Puno, obrante a fojas ciento cincuenta y tres y a fojas ciento sesenta y siete, respectivamente, en cuanto inaplicó al caso concreto en la parte *in fine* del artículo 57 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30304, sobre la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena de los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos condenados por cualquiera de los delitos dolosos previstos en los artículos 384 y 387 del Código Penal; en los seguidos contra Fredy Calisaya Quispe en agravio del Estado Peruano, sobre el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado; y *los devolvieron*. **Señor Juez Supremo: Toledo Toribio.-**

S.S.

TOLEDO TORIBIO

Yca/Lhv