



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

Lima, doce de marzo de dos mil veintiuno

VISTA; en discordia, la presente causa en la fecha; luego de verificada la votación con arreglo a ley, con el voto de la señora Jueza Suprema **HUERTA HERRERA**, que se adhiere al voto de los señores Jueces Supremos **WONG ABAD, CARTOLIN PASTOR Y LINARES SAN ROMÁN** incorporado de fojas ochenta y dos a noventa y uno del cuaderno de consulta formado en esta Sala Suprema, se emite la siguiente sentencia; y el voto en minoría de los señores Jueces Supremos **RUEDA FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ MELGAREJO Y BUSTAMANTE ZEGARRA** que obran de fojas cincuenta a setenta, y el voto singular del señor Juez Supremo **BUSTAMANTE ZEGARRA** de fojas setenta a ochenta y dos del cuaderno de consulta; asimismo, **habiéndose dejado oportunamente** en Relatoría de esta Sala Suprema los votos emitidos por los señores Jueces Supremos **RUEDA FERNÁNDEZ, WONG ABAD, SÁNCHEZ MELGAREJO y CARTOLIN PASTOR**, obrantes de fojas cincuenta a setenta y de fojas ochenta y dos a noventa y uno respectivamente; **los mismos que no suscriben la presente**, de conformidad con los artículos 141, 142, 148 y 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dejándose constancia de los mismos para los fines pertinentes de acuerdo a ley.-----

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha seis de abril de dos mil dieciocho, obrante a fojas cincuenta y ocho, mediante la cual, ejerciendo control difuso, inaplicó al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal por resultar incompatible con el derecho constitucional a la igualdad.

SEGUNDO: En primer lugar, es del caso señalar que el **control de constitucionalidad** de las leyes, como sabemos, puede realizarse de **forma concentrada**, constitutiva y abstracta; y, en **forma difusa** declarativa y concreta¹.

¹ MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A. "La Odisea Constitucional Constitución, teoría y método", Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004; p. 156.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

El **primer sistema** es **concentrado** porque el único órgano que puede realizarlo es el Tribunal Constitucional; es **constitutivo** porque la sentencia que constata la inconstitucionalidad *«tiene como efecto específico el cese de la eficacia de la ley ex nunc y erga omnes»*² y; finalmente, es **abstracto**, *«porque las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes son examinadas sobre la base de los recursos de sujetos específicamente legitimados para proponerlas y constituyen el objeto principal de dichos recursos, en tanto son totalmente hipotéticos y eventuales sus reflejos sobre las aplicaciones concretas que de la ley pudieran haberse hecho»*³.

En cambio, el **segundo sistema** es **difuso** por cuanto la potestad de inaplicar una ley inconstitucional esta otorgada a todos los jueces; es **declarativo** *«porque el juez que declara inconstitucional la ley no la anula: se limita a no tenerla en cuenta, dando fe de la incompatibilidad existente entre la ley y la constitución»*⁴ y; además, es **concreto** *«porque el pronunciamiento de la inconstitucionalidad de la ley no representa el resultado de una ponderación abstracta y general de su alcance, sino resuelve, incidenter tantum y con efectos únicamente inter partes, acerca de la aplicación que la ley debe tener en el juicio en el curso del cual la decisión se adopta»*⁵.

Nuestra Constitución, como sabemos, acoge ambos sistemas: el primero lo desarrolla en el numeral 4 del artículo 200 y en los artículos 202 a 204; mientras que la potestad de control difuso aparece en el artículo 138.

TERCERO: Ahora bien, el mencionado **control difuso** es un poder-deber (potestad) conferido a los jueces por la segunda parte del ya citado artículo 138 de la Constitución:

«(...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda norma de rango inferior».

² Ibid., p. 156.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.



CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE

Como fácilmente puede advertirse, el control de constitucionalidad otorgado a los jueces deriva del carácter de norma suprema que ostenta la Constitución Política del Perú⁶.

Así lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional⁷ citando a autorizada doctrina:

«La Constitución es la fuente suprema del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad⁸. En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales⁹».

CUARTO: Para el correcto ejercicio de la potestad de control difuso que es la forma que ahora nos ocupa, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido los siguientes criterios¹⁰:

- a) Verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional.
- b) Relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso.
- c) Identificación de un perjuicio ocasionado por la ley.
- d) Verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad de la ley objeto de control.
- e) Búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad.

⁶ Como se infiere inmediatamente no solo del artículo 138 ya citado, sino, también, de lo establecido por los artículos 51 y 38 de la Constitución Política del Estado:

“Art. 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal (...)”.

“Art. 38. Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

⁷ STC 00047-2004AI/TC, de fecha 24 de abril de 2006, Fundamento 10.

⁸ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho Tomo II*, Tecnos, Madrid, 1992; p. 28.

⁹ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN, Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997; p. 285.

¹⁰ Sentencia dictada en el Expediente N° 02132-2008-P A/TC, dictada el 09 de mayo de 2011. Fundamentos 17 a 26.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

- f) Verificación de que la norma a inaplicarse resulta evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de esta al caso concreto.

QUINTO: Sobre el tema de autos, a través de la sentencia de fecha seis de abril de dos mil dieciocho, obrante a fojas cincuenta y ocho, que es materia de consulta, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que confirmó la sentencia contenida en la resolución número cinco, de fecha once de diciembre de dos mil diecisiete en el extremo que condenó a Edwin Jhonatan Ramos Chavesta como coautor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa (previsto en los incisos 2, 4 y 7 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal), en agravio de Alexis Cueva Ninaquispe; y la **revocaron** en el extremo que impone 9 años de pena privativa de libertad con carácter efectiva y en la suma de trescientos soles el monto de la reparación civil que deberá abonar a favor del agraviado, y **reformándola** le imponen 7 años de pena privativa de la libertad con carácter efectiva, con lo demás que contiene.

Asimismo, declaró inaplicable al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, sosteniendo que dicha norma es inconstitucional por colisionar con el derecho a la igualdad.

En ese sentido, la sala Superior refirió que: «*Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República se ha pronunciado por la inobservancia de la excepción que plantea el segundo párrafo del artículo 22 del código penal, como puede observarse de las ejecutorias supremas 2593-2012-Cusco, 1949-2012 Lima Norte, 993-2012 Lambayeque, entre otras, reiterada por resolución de fecha 13 de Enero (sic) de 2015, (R.N. 701-2014 Sala Penal Transitoria según la cual: '...En efecto, la base de la diferencia en función a 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 una democracia constitucional no puede aceptar'.*».

SEXTO: Atendiendo a lo expuesto, corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse sobre el control de la constitucionalidad realizado por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, la cual,



CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE

como venimos diciendo, inaplicó al caso concreto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal por ser evidentemente incompatible con la Constitución.

SÉPTIMO: Bajo ese orden de ideas, para un mejor análisis del tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable en torno a la responsabilidad restringida de las personas comprendidas entre los dieciocho (18) y veintiún (21) años de edad.

Así, debemos mencionar que el artículo 22 de Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo N° 635, dispuso en su texto original que cuando el agente tuviera más de dieciocho (18) y menos de veintiún (21) años o más de sesenta y cinco (65) años de edad, al momento de realizar la infracción, se podía reducir prudencialmente la pena señalada en la ley para el hecho cometido. Sin embargo, este artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho; por el artículo 1 de la Ley N° 29439, publicada el diecinueve de noviembre de dos mil nueve; y, posteriormente, por el artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece, cuyo segundo párrafo estableció que queda excluido de la responsabilidad restringida por la edad, el agente que haya incurrido, entre otros, en delito de robo agravado.

OCTAVO: Establecido lo anterior, corresponde desarrollar el sustento y características del principio de igualdad. Debiendo señalarse que este derecho fundamental se encuentra consagrado en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política de 1993, de acuerdo con cual: «(...) *toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole*».

Ahora bien, contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, nos encontramos frente a un derecho fundamental que no otorga la facultad general para exigir un trato igual a las demás personas, sino para ser tratado de igual modo que quienes se encuentran en una situación similar.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia dictada en el Expediente N° 03525-2011-AA/TC, de fecha treinta de septiembre de dos mil



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

once, que el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas establece que una norma debe ser aplicada por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de hecho de la misma; mientras que la segunda, implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable¹¹.

Debe precisarse, entonces, que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; pues solo se estará frente a una diferenciación constitucionalmente prohibida cuando el trato desigual no se funde en causas objetivas y razonables.

Por consiguiente, debe examinarse si la diferenciación realizada por el legislador respeta los límites establecidos.

NOVENO: A partir de lo expuesto, el ponente considera que el modificado artículo 22 del Código Penal debe considerarse inconstitucional, puesto que si bien dicha norma, en principio, podría encontrarse justificada atendiendo a la gravedad de los delitos expresamente excluidos de la atenuación de la pena; no obstante, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad restringida constituye el producto de la evaluación respecto a la madurez emocional y psicológica de los sujetos activos que se encuentran entre los dieciocho (18) y veintiún (21) años de edad, examen para el cual no resulta relevante la gravedad del delito involucrado.

En efecto, la responsabilidad restringida se fundamenta en la constatación por el Juez de un estado de inmadurez en el agente que provoca una falta de comprensión de la gravedad del delito o de las consecuencias del mismo; lo que puede provocar que la pena conminada legalmente resulte excesiva para cumplir los fines que constitucionalmente se le reconocen.

Precisamente, el fundamento de la responsabilidad restringida estriba, hasta cierto punto, en que el individuo no alcanza la madurez de repente y a los individuos entre dieciocho y veintiún años no se les considera titulares de una capacidad

¹¹ Véase Fundamento 4.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

plena para actuar culpablemente, pues su proceso de madurez no ha terminado, por lo que la capacidad de culpabilidad debe ser considerada como limitada¹².

Por consiguiente, si el elemento relevante es el estado de inmadurez del agente, no se encuentra justificación para que la utilización de esta atenuante dependa del delito cometido pues, en este último caso, dos personas en la misma situación de madurez serían tratadas en forma distinta: una con la imposición de una pena ajustada a su situación personal específica y la otra castigada con una pena excesiva.

Por estas razones, no se advierten causas objetivas y razonables que den lugar a la diferenciación prevista en la norma bajo análisis, por el contrario, nos encontramos ante situaciones idénticas –madurez en razón de la edad- que merecen un trato igualitario.

DÉCIMO: Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República, con ocasión del “X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias”, ha emitido el **Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116**, publicado el diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, en el que ha establecido como doctrina legal, entre otros, los siguientes criterios¹³:

«14º (...)

*Luego, si la edad del agente está referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que **la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido, que tiene su propio baremo de apreciación.***

*15º El grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón a su edad no está en función directa a la entidad del delito cometido. **La disminución de la pena, según el presupuesto de***

¹² HURTADO, José /PRADO, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parte General, I, Lima, 2011, pp. 618-621.

¹³ De acuerdo a lo señalado en el Considerando 25º.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

hecho del artículo 22 del Código Penal, no tiene su fundamento causal y normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano.

Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado. (...). (Resaltado nuestro).

DÉCIMO PRIMERO: Al respecto, el propio Tribunal Constitucional señaló en la sentencia dictada en el Expediente N° 00751-2010/PH C/TC, de fecha quince de junio de dos mil diez, que: *«De acuerdo al texto del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) y a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 (fojas 17), queda a criterio del juez la reducción prudencial de la pena y/o inaplicación del segundo párrafo del artículo antes mencionado»*.

Siendo que el referido Acuerdo Plenario, en el numeral 11, con carácter de doctrina legal, estableció que: *«Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente - que impide un resultado jurídico legítimo»*.

Por consiguiente, entendemos que nuestro Tribunal Constitucional ha aprobado, implícitamente, el criterio antes citado.

DÉCIMO SEGUNDO: Pues bien, regresando al caso de autos, apreciamos que el sentenciado al momento de la comisión del delito tenía veinte (20) años; asimismo, se observa que no completó sus estudios secundarios; que no contaba con antecedentes penales; no habiéndose comprobado, además, que al momento de los hechos tenía un trabajo fijo.

En ese orden de ideas, el medio social en el que se desarrollaba, aunado a su grado inmadurez, determinan que el sentenciado presente condiciones personales particulares que deben ser consideradas al momento de imponer la pena. En ese sentido, debe ser tratado de igual modo –con responsabilidad restringida- que las



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

demás personas del mismo grupo etéreo que cometan los otros delitos no excluidos por el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

Estando a ello, el ponente considera que la imposición de siete (7) años de pena privativa de la libertad efectiva al imputado, con la inaplicación del acotado segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, como ha efectuado la sentencia elevada en consulta, resulta razonable y proporcional a la situación personal del agente.

DÉCIMO TERCERO: Adicionalmente, y sin perjuicio de lo anotado, debe ponderarse que la imposición de la pena sin el beneficio de la responsabilidad restringida, en el caso concreto, implicaría un exceso y desproporción que atentaría contra los derechos de rehabilitación y reinserción social –los cuales, de acuerdo con el artículo 5.6¹⁴ de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyen la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad-; así como contra la realización personal y familiar, el proyecto de vida y otros derechos vinculados a la dignidad de la persona que se encuentran previstos en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado. Tanto más, si en el caso de autos no solo estamos frente a un delito en grado de tentativa; sino, sobre todo, ante una persona joven que, eventualmente, puede reinsertarse a la sociedad y reconducirse con mayor madurez.

DÉCIMO CUARTO: Por lo precedentemente expuesto, se concluye que la inaplicación de la prohibición contemplada en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, efectuada por la sentencia objeto de consulta en mérito al control difuso que le otorgan la Constitución y la ley, se encuentra arreglada al artículo 138 de la Carta Magna, por lo que corresponde su aprobación.

DECISIÓN:

Por tales fundamentos, **APROBARON** la sentencia consultada de fecha seis de abril de dos mil dieciocho, obrante a fojas cincuenta y ocho, que **inaplicó** al presente caso lo dispuesto en **el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal**; en los seguidos contra Edwin Jhonatan Ramos Chavesta, sobre Robo

¹⁴ Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Derecho a la Integridad Personal:

(...)

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

Agravado; en agravio de Alexis Cueva Ninaquispe; y los devolvieron. **Juez Supremo: Wong Abad.**
S.S.

WONG ABAD

CARTOLIN PASTOR

HUERTA HERRERA

LINARES SAN ROMAN

Lvr/Egc

EL VOTO EN MINORÍA DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS RUEDA FERNÁNDEZ, SÁNCHEZ MELGAREJO Y BUSTAMANTE ZEGARRA, ES COMO SIGUIE:-----

I. MATERIA DE CONSULTA

Es materia de consulta la sentencia de segunda instancia, de fecha seis de abril de dos mil dieciocho, obrante a fojas cincuenta y ocho, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en el que –mediante control difuso– resuelve inaplicar al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal (modificado por la Ley N.º 30076), por incompatibilidad constitucional; en el proceso penal seguido contra Edwin Jhonatan Ramos Chavesta, por la comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, en agravio de Alexis Cueva Ninaquispe.

II. SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CONSULTA



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

3.1 Para Jerí Cisneros, la consulta es un instituto que en sentido estricto no constituye un recurso impugnatorio, pero que tiene efectos procesales semejantes a la apelación. Para dicho autor, consultar es elevar una resolución judicial al Tribunal Superior para su aprobación, implica un reexamen de lo ya resuelto y se encuentra limitado a los casos en que la ley expresamente lo ordena, no proviene de decisión judicial. Por último, importa que la resolución en cuestión sea necesaria y oficiosamente revisada por el superior, sin el cual no causaría ejecutoria¹⁵.

3.2 La consulta debe ser entendida 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, efectuar el control de la legalidad de la resolución dictada en la instancia inferior¹⁶.

3.3 El artículo 408 del Código Procesal Civil señala: *“La consulta solo procede contra las siguientes resoluciones de primera instancia que no son apeladas: [...] 3. Aquella en la que el juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; [...] También procede contra la resolución de segunda instancia no recurrida en casación en la que se prefiere la norma constitucional. En este caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema”*. Siendo así, puede advertirse que en instancia judicial, *“[...] la consulta opera porque el legislador considera necesaria la revisión de la sentencia por el superior, sin lo cual no hay ejecutoria [...]”*¹⁷, por lo que, de acuerdo a los supuestos regulados en el artículo citado, corresponde que el órgano jurisdiccional eleve el expediente al superior, y este al recibirlo efectúe el **control de constitucionalidad** que corresponda respecto de lo resuelto por la instancia inferior.

¹⁵ JERÍ, J. *Teoría de la impugnación penal y la problemática de la apelación del auto de no ha lugar a la apertura de instrucción por el agraviado*. En: http://sisbid.unmsm.edu.pe/bibvirtualdata/tesis/human/jeri_cj/Cap6.pdf

¹⁶ Consulta N.º 2692-2011-Lima, de fecha 22 de setiembre de 2011, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema

¹⁷ LEDESMA, M. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica. Lima. p. 306



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

3.4 En el caso de autos, se advierte que la sentencia elevada en consulta resuelve inaplicar una norma legal por colisionar con la Constitución, siendo la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema competente para conocer la misma, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 14 y el inciso 3 del artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. SOBRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

4.1 Al respecto, corresponde señalar que el sistema de control constitucional se divide principalmente en dos modelos: el **sistema europeo o de Justicia Constitucional concentrada**, en el que se recurre a un órgano autónomo especializado y constitucionalmente designado para revisar la constitucionalidad de las normas legales, estableciendo para ello declaraciones generales; y, por otro lado, el **sistema americano o de control difuso**, que permite que un órgano jurisdiccional ordinario desarrolle la función de control de constitucionalidad inaplicando para ello una norma que resulte contraria u oponible al texto constitucional para un caso en concreto, quedando dicha norma vigente en el ordenamiento; justamente, es este segundo modelo el que será aplicado para resolver la consulta elevada.

4.2 Como antecedente, cabe mencionar que fue la Corte Suprema Federal Norteamericana la primera institución con atribuciones jurisdiccionales que defendió esta nueva perspectiva y que además la puso en práctica. Esto se colige de la sentencia emitida en el año mil ochocientos tres por el Juez Supremo y Presidente de la Sala John Marshall, en el caso "*William Marbury versus James Madison*" donde precisó, entre otras cosas, que, en tanto la Constitución es la norma más importante del ordenamiento jurídico de cualquier Estado, aquella norma, actuación u omisión no ceñida a lo previsto en dicha Constitución no resulta conforme a derecho y debe por ello ser declarada inconstitucional por un juez, dado que, es a ellos a quienes les corresponde resolver cualquier controversia sobre la interpretación y contenido de la normativa vigente.¹⁸

¹⁸ ALEJANDRO, J. *Marbury vs Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*. Colección Textos Jurídicos. Fundación para el desarrollo de las ciencias jurídicas



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

4.3 Por su parte, el sistema jurídico peruano ante la especial importancia que tiene la revisión de la constitucionalidad de las leyes, como mecanismo de protección y como coadyuvante a la consolidación de la Constitución como norma jurídica suprema, respecto a la segunda forma de control constitucional, precisa en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú que: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”* (Subrayado nuestro).

4.4 En ese mismo orden de ideas, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo VI de su Título Preliminar: *“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. Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular [...]”*.

4.5 Asimismo, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, en su artículo 14 señala: *“[...] cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece [...]”*.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

4.6 Siendo así, se define el control difuso como aquella facultad atribuida a los jueces para que puedan inaplicar una norma legal o de inferior jerarquía, siempre que esta resulte oponible a la Constitución respecto a un caso concreto. Esto, permitirá sustituir en el caso concreto la ponderación del legislador por la del juez, dotando a este último de mayores márgenes de discrecionalidad en la solución de la controversia.¹⁹ Por lo tanto, su ejercicio debe ser limitado y debe adoptarse únicamente como un acto de *última ratio*, siempre que ello sea ineludible para obtener una solución constitucionalmente válida para la controversia. Cabe precisar que, esto no implica que la norma en cuestión perderá vigencia o será excluida del ordenamiento jurídico, sino que únicamente no será de aplicación para dicho caso.

4.7 Para el autor Henríquez Viñas, *“el control difuso de constitucionalidad de las leyes es un mecanismo de resolución de antinomias, que busca asegurar la unidad y coherencia normativa, reconociendo a la Constitución como: a) la norma fundante del ordenamiento jurídico; b) determina el ámbito de vigencia y validez de las normas del ordenamiento jurídico, las que deben sujetarse tanto formal como materialmente a ella; c) regula las formas de producción de las demás normas jurídicas; d) define el sistema de fuentes, precisando los órganos competentes para la producción de las normas jurídicas, como las categorías básicas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de su jerarquía o de su competencia”*²⁰.

4.8 Sobre el particular, resulta necesario remitirnos a la Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte²¹, emitida por este Supremo Tribunal, la cual constituye doctrina jurisprudencial vinculante, que en su considerando 2.5 desarrolla cuáles son las reglas a aplicarse para el **ejercicio del control difuso judicial**, siendo las mismas:

¹⁹ ATIENZA, M. “A vueltas con la ponderación”. En *La Razón del Derecho*. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas. N.º 1. 2010. p. 12

²⁰ HENRÍQUEZ, M. “Los jueces y la resolución de antinomias desde las perspectivas de las fuentes del derecho constitucional chileno”. En: *Estudios Constitucionales*. N.º 01. Año 11. 2013. p. 460

²¹ Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte, de fecha 16 de agosto de 2016



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

- 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 Política, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución; 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 solo 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 última *ratio*, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución, 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



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

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).

IV. SOBRE LA NORMA INAPLICADA

5.1 El artículo 22 del Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N.º 635, el tres de abril de mil novecientos noventa y uno (publicado el ocho de abril del mismo año, a través del diario oficial *El Peruano*), introdujo la posibilidad de reducir la pena al actor del delito, a razón de su edad, bajo el texto siguiente: *“Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenticinco años, al momento de realizar la infracción”*, sin embargo, con el devenir de los años y atendiendo a razones de política criminal, el legislador ha venido efectuando diversas modificaciones al citado artículo, a través de las cuales establece ciertas excepciones y/o prohibiciones en su aplicación, atendiendo a razones de política criminal.

5.2 Por lo tanto, si se aplica el primer criterio desarrollado en la Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte, emitida por esta Sala Suprema, la cual constituye doctrina jurisprudencial vinculante acorde con los diversos pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional²² para el ejercicio del control difuso, se tendría que el artículo 22 del Código Penal se presume constitucional, válido y legítimo, al haber sido incorporado al ordenamiento jurídico nacional, observando el procedimiento establecido en el artículo 109 de la Constitución Política del Estado.

5.3 Ahora bien, la primera modificatoria efectuada al mencionado artículo, se produjo con la dación de la Ley N.º 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, en cuyo texto se prohíbe la reducción de la pena cuando el agente haya incurrido en los delitos de violación de la libertad sexual,

²² STC. N.º 02132-2008-PA/TC.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

5.4 Luego, a través de la Ley N.º 29439, publicada el diecinueve de noviembre de dos mil nueve, se modifica nuevamente el artículo en cuestión, estableciendo que la aplicación de la reducción prudencial de la pena a razón de la edad se efectuará siempre y cuando el agente no haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

5.5 Es con la dación de la Ley N.º 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece, que se amplía el catálogo de delitos sobre los cuales se establecía la prohibición de aplicar la reducción de la pena, comprendiendo dentro de ellos, al delito de robo agravado; en ese sentido, el texto normativo quedó redactado de la siguiente manera:

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

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

5.6 La modificación introducida al artículo 22 del Código Penal por la Ley N.º 30076 se dio a raíz de la grave crisis que hasta ahora viene atravesando el país en cuanto a seguridad ciudadana se refiere. Los altos índices de criminalidad en nuestra sociedad, en donde los principales partícipes de dicho problema social son



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

personas adolescentes, ha conllevado al Estado –en ejercicio de su potestad punitiva– a reestructurar la legislación penal, de tal manera que dé respuesta a esta problemática desde una óptica retributiva y preventiva, tanto general como especial, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal.

5.7 En ese sentido, tenemos que como parte de la política criminal del Estado para frenar la inseguridad ciudadana, es que se ha dictado la mencionada Ley que no solo modifica aspectos penales sustantivos sino también procesales y de ejecución.

5.8 Bajo ese contexto, resulta necesario definir qué se entiende por política criminal. Para el profesor Roxín, además de la elección de las sanciones más eficaces para prevenir el delito, entiende por política criminal, al conjunto de aspectos fundamentales que según la Constitución y el Código Penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad. Los elementos limitadores de la potestad punitiva del Estado, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho²³.

5.9 De otro lado, la programación y realización de una correcta y coherente política criminal dependen de los estudios tendientes a determinar la amplitud del fenómeno delictuoso y a describir también los diferentes modos de reacción social. Mediante estas investigaciones se buscan estrategias apropiadas para frenar el avance de la criminalidad²⁴.

5.10 Justamente, el Estado para alcanzar sus objetivos en la lucha contra la criminalidad, utiliza su poder coercitivo de las sanciones, traducido, por ejemplo, en el endurecimiento de las penas o en limitar algunos beneficios de reducción de la pena como en efecto sucedió a través de la modificatoria del artículo 22 del Código Penal, para los casos de imputabilidad restringida.

²³ ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y procesal penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. p. 58

²⁴ HURTADO, P. *Manual de Derecho penal. Parte General*. 3era edición. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Grijley. Lima. 2005. p. 59



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

5.11 Ahora, cabe preguntarnos por qué el legislador consideró excluir la posibilidad de reducir la pena en razón de la edad del sujeto agente, en la comisión de ciertos delitos, dentro de ellos, el delito de robo agravado. La respuesta más aproximada es que la medida de la pena necesariamente requiere colegirse con la gravedad del delito. Distintas han sido las circunstancias y tendencias que han proclamado la categorización de la gravedad del delito, aunque todas ellas parecieran precaver la arbitrariedad judicial mediante un elenco de circunstancias que atenúan o agravan las penas dependiendo de las circunstancias, de las características de los hechos y en forma muy especial, de las particularidades del autor del hecho punible. Parten del daño social, del impulso criminal, del deber violado, aunque todos por lo general estructuran legalmente las circunstancias que alteran la imputabilidad²⁵.

5.12 En todo caso, el grado de peligrosidad resulta la base angular en cuanto a la apreciación de la pena que corresponde al delito realizado. El grado de peligrosidad debe plasmarse por las circunstancias relativas a la gravedad del delito, la modalidad empleada en la realización del delito, los motivos determinantes, la situación del infractor en el momento de la comisión del delito y la personalidad del delincuente²⁶.

5.13 Es así que, en el caso del delito de robo agravado, nos encontramos frente a un delito pluriofensivo, pues protege diversos bienes jurídicos como el patrimonio, la vida o salud (en caso medie violencia) y la libertad de la persona (en caso medie amenaza). Se ha concebido también como un delito complejo, pues concurren varios hechos que están vinculados por una determinada relación jurídica. Efectivamente en este delito además de afectar el patrimonio de una persona, debe desarrollar la conducta mediante violencia o amenaza²⁷.

5.14 En atención a ello, se colige que el artículo 22 del Código Penal establece en efecto, una diferenciación en su aplicación, al prohibir la reducción de la pena por

²⁵ LAMAS, L. *Código Penal comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima. 2004. p. 862

²⁶ IDEM.

²⁷ Academia de la Magistratura. Temas de Derecho Penal Especial. En: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/tema_dere_pen_espe/capitulo11.pdf.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

razón de edad al sujeto agente que comete cualquiera de los delitos estipulados en el segundo párrafo del citado artículo, pero que encuentra respaldo constitucional al haber el Estado ejercido su potestad punitiva implementado medidas y/o reformas legales como parte de la política criminal, en atención a la problemática social y a la gravedad de los delitos que la generan; siendo así, se puede colegir que el legislador ha respetado entre otros, los principios constitucionales como son de legalidad, principio de necesidad o de mínima intervención, principio de lesividad y principio de proporcionalidad.

V. SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD

6.1 Dado que, lo que constituye materia de controversia en el presente caso, es si el artículo 22 del Código Penal colisiona con el derecho a la igualdad regulado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado, resulta necesario precisar algunos aspectos generales en torno al mismo, para finalmente analizar si en efecto, resulta válido arribar a dicha conclusión.

6.2 El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que *“la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho subjetivo constitucional [cfr. STC N.º 0045-2004-AI/TC, 20]. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Como derecho fundamental constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional; la igualdad oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (‘motivo’ ‘de cualquier otra índole’) que jurídicamente resulten relevantes. Igualmente, ha recordado que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto 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,***



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana" [Opinión Consultiva N.º 4/84]. La igualdad jurídica presupone pues dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que, se afecta a esta no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminación por indiferenciación]²⁸.

6.3 En la citada opinión consultiva se señala además que *"no habrá 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"*²⁹. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que solo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable".

6.4 De lo expuesto, se ha señalado que el derecho a la igualdad ante la ley "impide que se pueda configurar los supuestos de hecho de la norma, de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y por eso es discriminatoria"³⁰.

²⁸ STC N.º 02437-2013-PA/TC Lima, f. 5

²⁹ Corte IDH Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. f. 57

³⁰ STCE N.º 96/1997, del 19 de mayo de 1997.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

6.5 De lo expuesto, se colige entonces que el derecho a la igualdad ante la ley como derecho fundamental reconocido tanto a nivel internacional como es en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales; así como, a nivel nacional en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, impide al Estado a emitir normas que contengan supuestos de hecho que efectúen distinciones arbitrarias que resultan ser a todas luces discriminatorias. En otras palabras, se establece un trato desigual entre los iguales. Sin embargo, no todo trato diferenciado implica una discriminación. Para que ese trato diferenciado no sea considerado como discriminatorio, debe analizarse si el mismo se encuentra justificado. Para llevar a cabo esta tarea, la doctrina y la jurisprudencia comparada han desarrollado una serie de lineamientos a ser tomados en consideración. Estos son³¹:

- El trato diferenciado debe llevarse a cabo respecto a personas que se encuentran en una situación de desigualdad.
- El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo legítimo (principio de razonabilidad). Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables.
- Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad.
- El trato diferenciado debe guardar una relación con el objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de racionalidad). El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de proporcionalidad).

6.6 Del análisis del artículo 22 del Código Penal se desprende que, si bien el legislador ha efectuado una distinción al establecer la prohibición de aplicar el beneficio de la reducción de la pena a personas cuyas edades oscilan entre más

³¹ Huerta, L. "El derecho a la igualdad". En: revistas.pucp.edu.pe



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

de dieciocho y menos de veintiún años que hayan cometido cualquiera de los delitos estipulados en el segundo párrafo del mencionado artículo, considerados por su propia naturaleza graves, dicha distinción no resulta ser por sí misma discriminatoria, en tanto, conforme se explicó en líneas precedentes, la misma se encuentra fundamentada de manera objetiva en la potestad punitiva del Estado de implementar medidas necesarias y urgentes como parte de su política criminal, en la lucha contra la delincuencia, apuntando principalmente, a la delincuencia juvenil, acorde a los datos estadísticos que determinan el incremento de la misma en la comisión de diversos eventos delictivos considerados graves y pluriofensivos (a diferencia de otros), como es por ejemplo, el robo agravado.

6.7 Aunado a ello, cabe precisar que, de la propia redacción del citado artículo se evidencia que la aplicación de la reducción de la pena a razón de la edad, constituye una facultad más no una obligación por parte de los jueces, es decir, por regla general se tiene que el agente que ha alcanzado la mayoría de edad es imputable y penalmente responsable de los delitos que realiza; sin embargo, tratándose de una persona cuyos rangos de edad se encuentra entre dieciocho y veintiún años de edad, el juez tiene la potestad de atenuar la pena en el marco del artículo 22 del Código Penal, pero dicha reducción se produce luego de haberse valorado los hechos o circunstancias que conllevan al juez a aplicar una pena disminuida a razón de su edad. En otras palabras, la aplicación del citado artículo no se produce de manera automática u obligatoria de alcance general, sino que se sujeta a consideración del juez en cada caso en concreto.

6.8 Como bien señala el profesor Hurtado Pozo,³² si bien es cierto que el proceso de madurez del individuo se presume que aún no ha terminado durante los dieciocho y veinticinco años de edad incluso, lo cual ha impulsado la tendencia que consiste en distinguir un grupo de delincuentes jóvenes no para considerarlos como irresponsables pero sí diferentes de los adultos, también lo es que, puede darse el caso que aun cuando dichos jóvenes parecen no haber salido de la adolescencia, no pueden tampoco ser tratados como menores cuando buscan precisamente ser tratados como adultos plenos, y consideramos que ello

³² HURTADO. óp. cit. p. 647



CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE

dependerá como se reitera, de las circunstancias que se suscitan en cada caso en concreto.

6.9 Entonces, independientemente del delito que se trate, la aplicación del artículo 22 del Código Penal no se da, en principio, de manera indiscriminada pues desde su incorporación al Código Penal, hasta las diversas modificatorias sufridas, siempre se ha sujetado a la valoración del juez en cada caso en concreto. En ese sentido, de manera abstracta no se podría sustentar que el segundo párrafo del citado artículo que excluye la aplicación del beneficio de la reducción de la pena por razón de la edad resulta ser discriminatoria o que afecta el derecho a la igualdad ante la ley cuando de por sí la misma no contiene un mandato general u obligatorio sino que es facultativo o sujeto a consideración de cada juez.

6.10 Por lo tanto, continuando con el análisis de los criterios previos para aplicar el control difuso de constitucionalidad de normas legales, se tiene que **si se realiza una labor interpretativa exhaustiva**, como en efecto se ha procedido a efectuar en los párrafos precedentes, se desprende que el artículo 22 del Código Penal tantas veces mencionado, contiene diversas normas o sentidos interpretativos que se ajustan al orden constitucional y a los alcances desarrollados por el máxime intérprete de la Constitución en torno al derecho fundamental a la igualdad.

6.11 No obstante, si bien, desde un control abstracto³³ del dispositivo legal aludido no resulta ser inconstitucional, ello no significa que la aplicación de la misma, en un caso dado y bajo circunstancias concretas (control concreto), podría resultar inconstitucional.

6.12 Cabe precisar que, la diferencia entre uno y otro tipo de control constitucional es, según lo dicho, que en el control concreto se define si en determinado caso se está desconociendo una norma constitucional, mientras que, en el abstracto se realiza una constatación de compatibilidad lógica entre una norma infraconstitucional y una norma constitucional³⁴.

³³ En el control abstracto de constitucionalidad se faculta a los jueces para que definan la inconstitucionalidad de las normas desligándose de los casos concretos (KELSEN: 1942). En: Revista *Prolegómenos - Derecho y Valores*. 168 Bogotá, D.C. Colombia - Volúmen XIV - N.º27 - Julio - Diciembre 2011 - ISSN 0121-182X

³⁴ PULIDO, F. En: Revista *Prolegómenos - Derecho y Valores*. 168 Bogotá, D.C. Colombia - Volúmen XIV - No. 27 - Julio - Diciembre 2011 - ISSN 0121-182X



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

En ese sentido, corresponde analizar el control difuso ejercido en el caso concreto, materia de consulta.

VI. CONTROL DIFUSO EN EL CASO EN CONCRETO

7.1 El Ministerio Público mediante requerimiento acusatorio de fecha siete de noviembre de dos mil quince, de fojas uno al nueve, acusó a Edwin Jhonatan Ramos Chavesta, de veinte años de edad, como presunto co-autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa prescrito en el artículo 188 del Código Penal, en concordancia con los incisos 2, 4 y 7 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, en agravio de Alexis Cueva Ninaquispe.

7.2 Entre los hechos imputados del requerimiento acusatorio se advierte que, el día veinte de enero de dos mil catorce, en circunstancia que el agraviado Alexis Cueva Ninaquispe de dieciséis años de edad, se encontraba conversando con una amiga, en la intersección de las calles El Tumi y Ama Sua del distrito de La Victoria, aparecieron dos sujetos desconocidos, entre ellos, el acusado, quienes lo agreden para arrebatarle su celular y se dan a la fuga; sin embargo, son perseguidos sin ser vistos por el agraviado, quién avisó a un patrullero de serenazgo, logrando intervenir a Jhonatan Ramos Chavesta y encontrando en su poder el teléfono celular robado. Como consecuencia de lo sucedido, el agraviado Alexis Cueva Ninaquispe resultó con lesiones traumáticas recientes de origen contuso, requiriendo de un (01) día de atención facultativa por cuatro (04) día de incapacidad médico legal. La versión del agraviado está corroborada con el examen médico legal que describe las lesiones producto del robo de su teléfono celular; por su parte, el argumento de defensa, que aduce que vio cuando tiraban un objeto, es ilógico e inverosímil; tanto más, sin no ha ofrecido la declaración de la supuesta enamorada.

7.3 La Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante sentencia, de fecha seis de abril de dos mil dieciocho, que obra a fojas cincuenta y ocho, resolvió lo siguiente: i) Confirmó la sentencia contenida en la resolución número cinco, de fecha once de diciembre de dos mil



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

diecisiete, en el extremo que resolvió condenar al acusado Edwin Jhonatan Ramos Chavesta, como coautor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa, previsto en el artículo 188 del Código Penal, en concordancia con los incisos 2, 4 y 7 primer párrafo del artículo 189 y con el artículo 16 del mismo Código, en agravio de Alexis Cueva Ninaquispe; ii) revocó en el extremo en el que se le impone nueve años de pena privativa de libertad con carácter efectiva, y reformándola, le impuso siete años de pena privativa de la libertad con carácter efectivo, con lo demás que contiene. Adicionalmente, ordenó elevar en consulta la misma a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, toda vez que en sus considerados resolvió **inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, a través del ejercicio del control difuso.**

7.4 La referida Sala Superior sustenta la inaplicación de la norma antes mencionada, señalando que en el artículo 22 del Código Penal concede al juzgador la posibilidad de rebajar la pena; sin embargo, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, excluye de tal beneficio al agente que hubiera incurrido, entre ellos, el delito de robo agravado, como el presente caso. Tal modificación colisiona con el principio de igualdad ante la ley, que es a la vez un derecho de rango constitucional. Asimismo, menciona que en el Acuerdo Plenario N.º 4-2016, del doce de junio de dos mil diecisiete, se ratificó el concepto discriminatorio de la norma en virtud de la gravedad del hecho sin considerar el grado de madurez en razón de la edad y, por lo tanto, de la evolución vital del ser humano; el cual no está en función directa a la entidad del delito cometido, por lo que carece de justificación constitucional.

7.5 Por otro lado, indica que el Colegiado de primera instancia, ha aplicado la rebaja de la pena únicamente por haber alcanzado el delito en grado de tentativa; por ello, indica que además de los criterios adoptados por el Colegiado de primera instancia, es necesario tener también presente los artículos 45 y 46 del Código Penal que contienen los presupuestos para su individualización; esto es, junto a la naturaleza de acción, apreciar la modalidad del hecho punible, las condiciones del agente, así como, las circunstancias de la comisión del delito.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

7.6 Como se advierte, la Sala Superior ha vulnerado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la medida que no ha expresado con suficiencia las razones que conllevan a efectuar el control difuso en el caso en concreto para inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, conforme lo establece los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional y en la Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte que constituye doctrina jurisprudencial vinculante.

7.7 En ese sentido, la Sala Superior no ha justificado por qué en el presente caso, corresponde aplicarle al sujeto activo del delito el beneficio de reducción de la pena en razón de la edad, considerando que la misma se sujeta a las circunstancias especiales que circunscriben la comisión del delito y al sujeto agente; de ahí su carácter potestativo de acuerdo a la redacción del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, más aun existiendo una prohibición en el segundo párrafo del mismo para supuestos de robo agravado.

7.8 Asimismo, La Sala Superior no ha considerado que los argumentos referidos a la edad del sujeto agente, el grado de tentativa, lo previsto en los artículos 45 y 46 del Código Penal y las circunstancias de la comisión del delito, resulten ser suficientes para aplicar de manera automática el citado artículo 22; máxime, si conforme se ha determinado en el considerando 6.6. de la presente resolución, la norma en cuestión, desde un control abstracto, no resulta ser por sí misma discriminatoria, y por ende inconstitucional, en tanto que, esta se encuentra fundamentada de manera objetiva en la potestad punitiva del Estado de implementar medidas necesarias y urgentes como parte de su política criminal en la lucha contra la delincuencia.

7.9 Asimismo, como se reitera, el artículo 22 del Código Penal no constituye una norma de obligatorio cumplimiento sino de aplicación facultativa por parte de los jueces, atendiendo a la valoración de los hechos, bien jurídico protegido y circunstancias especiales del actor del delito. En ese sentido, partiendo de dicha premisa, el mismo argumento –de manera aislada– no podría servir de base para efectuar el control difuso e inaplicar la prohibición del mencionado beneficio en supuestos de robo agravado, regulado en el segundo párrafo del indicado dispositivo; pues, considerando el carácter residual de este mecanismo, resulta



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

exigible que en principio, se haya agotado los pasos o criterios antes desarrollados, para luego, verificar si la norma legal objeto de control difuso es manifiestamente incompatible con la Constitución Política en el presente caso; de ser así, debió identificar el contenido constitucionalmente protegido así como la manifiesta incompatibilidad de la norma legal respecto del mencionado contenido constitucional, para lo cual, debió aplicarse 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), conforme lo establece la Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte; razones por las cuales, corresponde **desaprobar** la consulta.

7.10 Finalmente, cabe precisar que tampoco podría admitirse como argumentos, que existen diversos pronunciamientos jurisdiccionales de la Corte Suprema en el sentido que resulta inconstitucional la prohibición de rebajar la pena por imputabilidad restringida en determinados delitos, cuando la aplicación del control difuso se sujeta a cada caso en concreto, salvo que se pueda determinar la identidad o similitud de los procesos penales en cuestión, que conllevarían a adoptar un criterio similar a fin de no vulnerar el derecho a la igualdad ante la ley; sin embargo, en la sentencia de vista materia de consulta, no se ha hecho mayor análisis al respecto.

VII. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, **NUESTRO VOTO** es porque se **DESAPRUEBE** la sentencia de segunda instancia, de fecha seis de abril de dos mil dieciocho, obrante a fojas cincuenta y ocho, emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; consecuencia, **NULA** la sentencia consultada, **SE ORDENE** a la Sala Superior emitir nuevo pronunciamiento, conforme a lo señalado en la presente resolución; en el proceso penal seguido contra Edwin Jhonatan Ramos Chavesta, por la comisión del delito



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, en agravio de Alexis Cueva Ninaquispe; y se devuelva. **Interviene como ponente el señor Juez Supremo Sánchez Melgarejo.**

S.S.

RUEDA FERNÁNDEZ

SÁNCHEZ MELGAREJO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Ptc/jfp

**EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO BUSTAMANTE ZEGARRA
ES COMO SIGUE: -----**

El suscrito concuerda con el magistrado ponente, en cuanto al sentido de la sentencia que absuelve la consulta; sin embargo, lo sustenta en las siguientes consideraciones:

I. CONSIDERANDO:

1. MATERIA DE CONSULTA:

Es objeto de consulta la sentencia contenida en la resolución número doce de fecha seis de abril de dos mil dieciocho, expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, obrante en copia certificada de fojas cincuenta y ocho a sesenta y cinco, que condenó a Edwin Jhonatan Ramos Chavesta como coautor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Alexis Cueva Ninaquispe e **inaplicó** el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

incompatibilidad constitucional con el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Estado.

2. REFERENCIAS PRINCIPALES DEL PROCESO:

2.1. El Requerimiento Acusatorio del siete de noviembre de dos mil quince, Acta de Registro de Audiencia de Control de Acusación, del veintinueve de marzo de dos mil diecisiete y el Auto de Enjuiciamiento de la misma fecha, corriente en copias autenticadas de fojas uno a trece, dando cuenta del proceso penal iniciado ante el Primer Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Chiclayo y Ferreñafe de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, contra Edwin Jhonatan Ramos Chavesta, como presunto coautor del delito contra el patrimonio en su modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Alexis Cueva Ninaquispe.

2.2. Realizada la tramitación que corresponde, mediante sentencia emitida por el Primer Juzgado Penal Colegiado Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque –*Resolución número cinco del once de diciembre de dos mil diecisiete*–, de fojas veintiséis a cuarenta, se condenó a Edwin Jhonatan Ramos Chavesta como coautor del delito contra el patrimonio en su figura de robo agravado, en agravio de Alexis Cueva Ninaquispe, imponiéndosele nueve años de pena privativa de la libertad efectiva y una reparación civil ascendente a trescientos con 00/100 soles (S/. 300.00).

2.3. Formulada la apelación según recurso, que en copia autenticada corre de fojas cuarenta y uno a cuarenta y cinco, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, vía control difuso inaplicó el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, revocando el extremo que fija en nueve años la pena impuesta y, reformándola, impuso siete años de pena privativa de libertad con carácter efectivo; sosteniendo en síntesis que:

“7.5. (...) el Acuerdo Plenario 4-2016 de doce de junio 2017, en el que se ratifican en el concepto discriminatorio de la norma en virtud de la gravedad del hecho sin considerar que el grado de madurez en razón de la edad y por tanto de la



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

evolución vital del ser humano, no está en función directa a la entidad del delito cometido y por tanto carece de justificación constitucional. 7.6. (...) en concepto de esta Superior Sala de Apelaciones, en principio, el delito de robo agravado es de sumo grave por la alarma social que ocasiona, no obstante es indispensable apreciar la forma y circunstancias en que cada hecho en particular ha tenido lugar, a efectos de imponer la sanción con criterios de proporcionalidad y racionalidad que corresponda a los sucesos que se juzgan. 7.7. (...) junto a la naturaleza de la acción, apreciar la modalidad del hecho punible, las condiciones del agente, así como las circunstancias que acompañaron a la comisión del delito.” (...). 7.9. (...) esta Superior Sala de apelaciones estima que en el caso concreto se presenta es evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, (...) debiendo resolverse con apego a la norma de mayor rango por tanto, aplicar plenamente, el primer párrafo del artículo 22 del Código sustantivo, por lo que considera pertinente rebajar la pena a imponerse, (...).”

II. SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL:

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

SEGUNDO: El segundo párrafo del artículo 138 de la Norma Fundamental, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas. En otras palabras dicho control constituye a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior; pero además, constituye un mecanismo idóneo de control de



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

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.

TERCERO: El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualesquiera clase de procesos o especialidad, encuentre que hay incompatibilidad en su interpretación, de un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con arreglo al primero, en cuyo caso las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Norma que debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso³⁵ 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”*.

CUARTO: Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002-AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil dos, dejó establecido: *“6. (...) 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*

³⁵ Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. **c.** Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³⁶. (Palabra y consonantes destacadas que no aparecen en el original). La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.³⁷

QUINTO: 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**; en el cual se precisó que: “**2.2.3.** *El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.*” Y en el fundamento 2.5. ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: “**i.** Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). **ii.** Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al

³⁶ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N°. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301

³⁷ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre de 2004, p.29



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

caso, (...) *iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva** distinguiendo entre disposición y norma; (...). iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...)*”. Reglas que, en el presente caso, son valoradas al momento de analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque en la sentencia elevada en consulta.

SEXTO: De otro lado, esta Suprema Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la Consulta N° 17151-20 13 -cuarto considerando- indicó que “(...) *la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el ‘iter legislativo’, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental*”.

III. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

SÉPTIMO: En el presente caso, es pertinente traer a colación los hechos fijados por la instancia superior penal, así tenemos que la Primera Sala Penal de



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en el fallo objeto de consulta, estableció: “**PRIMERO: DE LOS HECHOS Y POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.** El 20 de enero de 2014, el agraviado Cueva Ninaquispe de 16 años estaba en la calles El Tumi y Ama sua, conversando con una amiga, aparece el acusado con otra persona que lo agreden para arrebatarse su teléfono celular marca Samsung, dándose a la fuga, fueron perseguidos sin ser vistos por el agraviado que avisa a un Patrullero de Serenazgo, logrando intervenir a Jhonatan Ramos Chavesta a quien se encontró en poder del teléfono celular robado. El agraviado sufrió lesiones que según el certificado médico legal arrojó un día de atención por cuatro de incapacidad médico legal. Se acusó por delito de robo agravado tipo base 188 del código penal y 189.2 4 y 7 en grado de tentativa”. La Primera Sala Penal emite sentencia imponiendo a Edwin Jhonatan Ramos Chavesta, la pena privativa de la libertad efectiva de siete años; y fijando una reparación civil de trescientos con 00/100 soles (S/. 300.00), en aplicación de la responsabilidad penal restringida, por razón de la edad, regulada en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal.

OCTAVO: El artículo inaplicado regula el tema sobre la responsabilidad restringida por la edad, cuyo contenido establece:

- Artículo 22 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 30076, aplicable por razón de temporalidad, prescribe que: “Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, atentado contra la seguridad nacional,



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua". (Subrayado agregado)

Observamos que la norma penal citada es expresa al señalar que no resulta aplicable la responsabilidad restringida por la edad cuando se trate de determinados delitos –como el **robo agravado**– restricción que se justifica en razón a la protección de bienes jurídicos especiales como la vida e integridad, salud pública, o por la extrema gravedad que configura el ilícito penal.

NOVENO: Con relación al derecho de igualdad ante la ley, que constituye el derecho fundamental del cual se afirma que se vería vulnerado por aplicación de la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, 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 derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias*"³⁸. 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.

DÈCIMO: 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

³⁸ STC Exp. N°0018-2003-AI/TC.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras ésta 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 ejecución³⁹.

DÉCIMO PRIMERO: Por ello, no cabe entender esta posibilidad de diferenciación como una puerta abierta para vaciar de contenido a la igualdad constitucional. Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado, solo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. De esta forma, quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos⁴⁰. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras.

DÉCIMO SEGUNDO: En ese escenario, siendo que el artículo 22 del Código Penal contempla los delitos exceptuados de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad, como lo es el robo agravado, tenemos que en dicho contexto normativo no se afecta el derecho de igualdad ante la ley previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, desde que por la naturaleza del ilícito penal, la norma penal establece distintas clases de pena; por consiguiente, el segundo párrafo del artículo precitado, se encuentra arreglado a la Norma Fundamental, y no es incompatible, ni inconstitucional, tanto más si la norma señala en qué casos resulta posible la aplicación de un beneficio penal como la reducción de una pena, de tal manera que su inaplicación normativa exige que éste se efectúe no en abstracto sino en atención a las particularidades del caso concreto y objetivamente sustentadas.

³⁹ La Constitución Comentada-Análisis Artículo por Artículo –Tomo I, Gaceta Jurídica, Edición Diciembre 2005, Pág. 87

⁴⁰ STC Exp. N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3 .



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

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

DÉCIMO CUARTO: En ese entendido, si bien es cierto, que el sentenciado Edwin Jhonatan Ramos Chavesta, por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, cumpliría el presupuesto de la edad, por ser mayor de dieciocho y menor de veintiún años al momento de la comisión del ilícito (*veinte de enero de dos mil catorce, contaban con diecinueve años y ocho meses de edad*), también lo es que, no basta aquello para acceder a la reducción de la pena por razones objetivas, respecto a la naturaleza y gravedad del delito cometido, dado que para que en el caso concreto sea posible conceder el citado beneficio, **se impone la exigencia a órgano jurisdiccional de explicar debidamente las circunstancias particulares que se presentan en el caso particular**, que lleven a inferir que la diferenciación, en principio legítima, realizada por el legislador, colisionaría con un derecho fundamental. En base a ello, se colige que la sentencia consultada trasluce una carencia de argumentos justificativos suficientes para reducir la pena por imputabilidad restringida, dado que la propia norma otorga la posibilidad de aplicar dicha imputabilidad restringida, lo que no debe confundirse con una reducción automática; por tanto, se concluye que en la sentencia de la Sala Superior objeto de consulta, su examen se ha efectuado de manera genérica orientado a un control abstracto de la norma y no, al caso particular, lo que entra en abierta contraposición con el supuesto contemplado en el último párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú y el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vinculado con la revisión judicial de las leyes para el caso concreto.



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

DÉCIMO QUINTO: Asimismo, debe considerarse que el ejercicio del control difuso requiere de una labor previa como es el de verificar en forma obligatoria una labor interpretativa escrupulosa, con el propósito de agotar los medios para salvar la constitucionalidad de la norma; siendo que en el caso consultado, se ha determinado que la norma inaplicada en su interpretación sí guarda compatibilidad con las normas constitucionales.

DÉCIMO SEXTO: En esa perspectiva, las razones que ha esgrimido la Sala Penal, a efectos de ejercer control difuso, no satisfacen los parámetros legales y jurisprudenciales reseñados en la presente resolución; dado que los hechos de que el sentenciado sea un reo primario, hombre joven, que se recuperó el teléfono celular sustraído y que el daño no fue de mayor entidad, no son aspectos objetivos suficientes a efectos de considerar que la diferenciación que se sustrae del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, en el caso concreto, colisionaría con el derecho fundamental a la igualdad.

DÉCIMO SÉPTIMO: Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso particular, que la norma inaplicada en su interpretación sí guarda compatibilidad con las normas constitucionales y no habiéndose realizado un correcto desarrollo del control difuso en la sentencia consultada conforme a los lineamientos establecidos por el Tribunal Constitucional y esta Suprema Sala Constitucional, corresponde desaprobado la sentencia consultada.

En consecuencia, son por estas consideraciones que **MI VOTO es porque se DESAPRUEBE** la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, del seis de abril de dos mil dieciocho, en el extremo que realiza el control difuso declarando **inaplicable al caso, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal**; en el proceso penal seguido contra Edwin Jhonatan Ramos Chavesta en su calidad de coautor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, en agravio de Alexis Cueva Ninaquispe; en consecuencia **NULA** la sentencia consultada, debiendo la Sala Penal de origen emitir nuevo



**CONSULTA N.º 10988-2018
LAMBAYEQUE**

pronunciamiento conforme a las consideraciones glosadas en la presente resolución. **Juez Supremo: Bustamante Zegarra.**

S.S.

BUSTAMANTE ZEGARRA

Mam/kly

LPDERECHO.PE