

CONSULTA
EXP. N° 1618– 2016
LIMA NORTE

Lima, dieciséis de agosto
de dos mil dieciséis.-

I. VISTOS:

I.1 Consulta

La sentencia contenida en la resolución número cinco de fecha uno de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas cincuenta y dos, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en razón de haber realizado el control difuso declarando inaplicable al caso concreto, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, en el proceso penal seguido contra Luis Fernando Manuel Eguavel, por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de Matthew Romel Delgado Pereda.

I.2 Fundamentos de la resolución elevada en consulta

La sentencia elevada en consulta, sustenta la inaplicación de la norma penal, considerando que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, es incompatible con el artículo 2, numeral 2 de la Constitución Política del Estado, referido al principio de igualdad jurídica.

II. CONSIDERANDO:

PRIMERO: Delimitación del objeto de pronunciamiento

1.1 Es objeto de pronunciamiento, la consulta de la sentencia emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en razón de haber efectuado el control difuso del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal al momento de sentenciar en un proceso penal seguido por delito de robo agravado en grado de tentativa; cabe anotar que el asunto que sube en consulta, es uno con incidencia en el ordenamiento jurídico y que reviste complejidad.

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

1.2 La línea argumentativa a desarrollar en esta sentencia, inicia con efectuar precisiones, puntualizar las reglas del ejercicio del control difuso y señalar doctrina jurisprudencial, que en aplicación servirán para examinar si la norma consultada es la vinculada al caso, si evidencia inconstitucionalidad manifiesta, si la sentencia consultada ha cumplido con las reglas del control difuso y si ha sustentado en el caso particular que la norma resulta inconstitucional, conduciéndonos finalmente a establecer si corresponde o no aprobar la sentencia elevada en consulta.

SEGUNDO: Sobre el control difuso

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

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

2.2.1 En ese sentido, **el control difuso se ejerce en estricto para los fines constitucionales preservando la supremacía de las normas del bloque de constitucionalidad, es de carácter excepcional y de última ratio, sólo procede cuando no se puede salvar vía interpretativa la constitucionalidad de las normas.**

2.2.2 Los jueces deben tener presente que **las normas legales gozan de presunción de constitucionalidad y son obligatorias para todos sin excepción**, como lo ordena el artículo 109 de la Constitución Política, asimismo, que, se encuentra reconocido el derecho fundamental de igualdad ante la ley, y **que corresponde a los jueces cautelar la seguridad jurídica**; en ese sentido, el

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

control difuso resulta muy gravoso al afectar la obligatoriedad de las leyes, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, al permitir que las normas del ordenamiento jurídico que son obligatorias y vinculantes para todos sin excepciones, sean inaplicadas en algunos casos particulares a diferencia de la generalidad y sólo para los fines constitucionales, por lo que **el ejercicio del control difuso debe ser realizado conforme parámetros de compatibilidad constitucional.**

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

2.2.4 Es ineludible reiterar que **la facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitado al caso particular, constituye un control en concreto con efecto inter partes,** en ese orden el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculado a los datos y particularidades del caso; **no está permitido un control en abstracto de las leyes,** el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto erga omnes, tribunal que ha señalado en relación al control difuso, que *está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes*¹.

2.3 La **Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, es el órgano con jurisdicción constitucional para conocer con exclusividad el control concentrado de normas infralegales** conforme a lo previsto en el artículo 85 del Código Procesal Constitucional y el inciso quinto del artículo 200 de la Constitución Política; asimismo, cuenta con **competencia exclusiva para absolver las consultas por ejercicio de los jueces del control difuso de normas legales e infralegales en general,** preservando la supremacía de las normas

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

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

constitucionales, ello conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 14, del inciso tercero del artículo 35 del Texto Único de la Ley Orgánica del Poder Judicial y conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional², en concordancia con lo previsto en el artículo 138 de la Constitución Política, en consecuencia es también un órgano de control de constitucionalidad en abstracto y en concreto, cuyas decisiones son vinculantes.

2.4 Las exigencias y complejidad que reviste el ejercicio del control difuso, ha conducido al *Tribunal Supremo de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial* en compatibilidad con nuestro ordenamiento constitucional, a desarrollar **pautas vinculantes que orientan a los jueces al momento de efectuar el control judicial de las leyes, las que constituyen jurisprudencia de esta Sala Suprema³, se encuentran incorporadas en el Segundo Tema del Primer Pleno Jurisdiccional en Materia Constitucional y Contencioso Administrativo⁴** aprobado por Resolución Administrativa N° 440-2015-P-PJ del trece de noviembre de dos mil quince, sustentando el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial de conformidad al artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cuál fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el dos de febrero de dos mil dieciséis; no obstante, se advierte el incremento de procesos en que los jueces vienen inaplicando indistintamente normas legales e incluso contrariando el ordenamiento constitucional, por lo que es necesario **reiterar el carácter vinculante de los Acuerdos del Primer Pleno Constitucional**, y al amparo de lo previsto en el artículo 22 Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **establecer**

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

³ **Consulta** N° 286-2013-Arequipa, Consulta N° 555-2013-Arequipa, Consulta N° 10807-2013-Arequipa, Consulta N° 3221-2013, Consulta N° 7598-2016-Cañete, Consulta N° 14634-2013, Consulta N° 02822-2013, Consulta N° 02050-2015, Consulta N° 9548-2012, Consulta N° 08075-2014, Consulta N° 10277-2014, Consulta N° 05699-2015, Consulta N° 04980-2015, Consulta N° 10807-2013, Consulta N° 12895-2013, Consulta N° 12102-2013, Consulta N° 00833-2015, Consulta N° 02747-2015, Consulta N° 00600-2015, Consulta N° 1549-2015.

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

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

CONSULTA
EXP. N° 1618– 2016
LIMA NORTE

que los fundamentos de este considerando, se constituyan en doctrina jurisprudencial que deben ser observados por todos los jueces cuando realicen el control difuso, garantizando así los fines constitucionales de su ejercicio.

2.5 Enfatizando las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial:

i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, las que son de observancia obligatoria conforme lo prevé el artículo 109 de la Constitución Política⁵, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución⁶; 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 alegada⁷.

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

iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva**, distinguiendo entre disposición y norma, siendo el primero el texto o enunciado legal sin interpretar, y la norma es el resultado de la interpretación, por lo que siendo el control difuso la ultima ratio, que se ejerce cuando la disposición no admite interpretación compatible con la Constitución⁸, 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 normativo⁹.

⁵ **Artículo 109 de la Constitución Política del Perú:** 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.

⁶ El artículo 108 de la Constitución establece el procedimiento de aprobación y promulgación de una ley

⁷ CANOSA USERA, Raúl, Interpretación y Fórmula Política, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

⁸ MESIA, Carlos, Exégesis del Código Procesal Constitucional, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, año 2004, página 77.

⁹ El control difuso tiene como antecedente la “judicial review” de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en el caso Marbury vs Madison, actuando como Juez Supremo y Presidente de la Sala John Marshall en la acción de “Writ of Mandamus”, estableciendo la supremacía de la Constitución y que una ley contraria a ella era

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular¹⁰, por lo que **es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención**, para así poder **aplicar el test de proporcionalidad** u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional)¹¹.

TERCERO: Sobre la presunción de constitucionalidad de la norma inaplicada

3.1 La sentencia consultada impone pena privativa de la libertad reducida de cinco años, inaplicando la norma del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal que excluye de la reducción de la pena legal a los agentes del ilícito de robo agravado.

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

nula e ineficaz; sin embargo dicha Corte también tiene establecido que la validez constitucional es la última cuestión que realizará sobre una ley, debido que en principio no se busca una confrontación de la ley con la Constitución, debiendo agotarse todos los recursos para encontrar su constitucionalidad, y solo cuando sea inevitable se admite la revisión judicial de la ley.

¹⁰ En nuestro Estado Constitucional y Democrático de Derecho se encuentran atribuidas las competencias, y en lo que se refiere al control de inconstitucionalidad en abstracto de una norma legal, es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional de conformidad al inciso primero del artículo 202 de la Constitución Política, y no de los jueces del Poder Judicial, a quienes si bien se les ha atribuido un control de constitucionalidad en el segundo párrafo del artículo 138, este se encuentra limitado al control concreto para los casos particulares de los procesos a cargo del Juez y que le corresponde resolver.

¹¹ Igualmente se cuenta con jurisprudencia desarrollada por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, respecto a la aplicación del test de proporcionalidad en las sentencias emitidas en las Consultas N° 00600-2015, 00833-2015, 02757-2015, 02747-2015, 03529-2014, 07307-2014, 12895-2013, 12102-2013, 02822-2013, 05699-2015, 04980, y en las sentencias de Acción Popular N° 03009-2013, 6176-2012, 1737-2015.

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

3.3 El artículo 22 en el texto vigente al momento de los hechos¹², contiene varias normas sobre imputabilidad restringida, de las cuales se relaciona con el caso concreto, *la que excluye a los agentes de menores de veintiún años, de la reducción de la pena cuando hubieren cometido el delito de robo agravado; norma que se vincula en forma directa e indisoluble con la determinación de la pena para el procesado Luis Fernando Manuelo Eguave*, que en sentencia ha sido encontrado responsable como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, cometido cuando tenía dieciocho años de edad, y que de acuerdo a la norma citada el acusado se encuentra excluido de la posibilidad de reducción de la pena mínima señalada en la ley; **superando la norma el juicio de relevancia.**

3.4 Procediendo a la interpretación, se observa que la disposición legal contiene varias normas referidas a la imputabilidad restringida:

3.4.1 El artículo legal contiene como regla general en el primer párrafo, 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”*; la norma **no** contiene mandato de reducción de la pena mínima legal en forma obligatoria e irrestricta para todos los agentes con imputabilidad restringida, contemplando la posibilidad de reducción prudencial, lo cual exige del juez evaluación y determinación motivada de la decisión en cada caso, **significando que aún se trate de agentes con imputabilidad restringida e indistintamente del tipo de ilícito cometido, no siempre conllevará una reducción de la pena mínima legal.**

3.4.2 Asimismo el primer párrafo de la norma establece restricciones contemplando la salvedad para algunos casos de reincidencia, y el segundo párrafo (enjuiciado), precisa exclusiones a la reducción de la pena para los agentes integrantes de una

¹² El texto vigente a la fecha de comisión del ilícito (30 de diciembre de 2015), se encontraba modificado por Decreto Legislativo N° 1181 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de julio de 2015, emitido el Presidente de la República con intervención del presidente del consejo de Ministros y el Ministro del Interior, en razón de la delegación de facultades legislativas otorgada por el Congreso de la República mediante Ley N° 30336.

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

organización criminal, a los que hayan incurrido entre otros delitos, el de **robo agravado**¹³.

3.5 La norma materia de análisis se vincula con los principios generales del Código Penal, como el artículo II del Título Preliminar que prevé que ***nadie será sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en la ley vigente al momento de la comisión***¹⁴, **reafirmando como principio la vinculación a la pena legal** prevista en el ordenamiento jurídico y producida conforme al procedimiento constitucional, conteniendo el Código Penal las penas mínimas y máximas para cada hecho punible. Asimismo, se vincula con la norma del artículo V que establece que **sólo el Juez competente puede imponer las penas y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley**; acogiendo el principio de legalidad en la pena y en la graduación¹⁵.

Las normas del artículo 22 establecen excepciones a dicho principio y un tratamiento diferenciado, posibilitando la reducción de la pena legal a algunos supuestos de imputabilidad restringida; extrayendo que **la vinculación a la pena legal es la regla general y principio del Código Penal, y que el tratamiento diferenciado en la ley lo ocasiona el artículo 22 al crear una posibilidad para**

¹³ (*) Artículo modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 22. Responsabilidad restringida por la edad

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

Está excluido el agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, apología, genocidio, desaparición forzada, tortura, atentado contra la seguridad nacional, traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.”

¹⁴ Principio de Legalidad

Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

¹⁵ Garantía Jurisdiccional

Artículo V.- Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

algunos agentes con imputabilidad restringida, supuesto normativo que se vincula y sustenta en los fines de la pena.

Reiteramos, **que la norma que prevé la reducción de la pena, en sí no es una norma universal e igualitaria para todos los supuestos de imputabilidad restringida**, sino que, contiene distinciones al establecerla como "posibilidad", lo cual significa que a todos los agentes con imputabilidad restringida no se les podrá reducir la pena, ello dependerá de las particularidades del agente y del caso, evaluadas y motivadas en la decisión del juez.

3.6 En efecto, **la norma en cuestión, si contiene un tratamiento desigual** a) desde la consideración de imputabilidad restringida; b) del beneficio de reducción de la pena para algunos agentes con imputabilidad restringida, creando una excepción a la vinculación a la pena legal prevista para todos los casos; c) respecto al tratamiento diferenciado entre agentes con imputabilidad restringida indistintamente del ilícito cometido, en que la reducción es una posibilidad; d) por la exclusión de los reincidentes, de los integrantes de organización criminal y de los agentes de delitos graves y pluriofensivos, a la posibilidad de reducción de la pena legal. Debemos resaltar **que de la excepción creada a la regla general, el segundo párrafo del artículo 22, distingue que algunos agentes que hayan incurrido en delito de violación de la libertad sexual, 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, no serán comprendidos en la regla de excepción, manteniendo para ellos la vinculación a la pena legal.**

3.7 En este caso concreto, el problema que se plantea en el cuestionamiento de la norma reside en **la exclusión a los agentes del delito de robo agravado (con imputabilidad restringida), de la posibilidad de reducción de la pena**, correspondiendo examinar si dicha restricción, infracciona la Constitución en relación al derecho a la igualdad.

3.7.1 En principio, el **derecho fundamental a la igualdad** se encuentra considerado y protegido en los artículos 1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconociendo que todos los seres nacen libres e iguales en dignidad,

CONSULTA
EXP. N° 1618– 2016
LIMA NORTE

que todos son iguales ante la ley, que tienen derecho a igual protección de la ley, y protección contra todo acto de discriminación¹⁶; y en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, asumiendo los Estados el compromiso de respetar los derechos fundamentales y garantizar su pleno ejercicio sin discriminación alguna, al derecho a la igualdad ante la ley con derecho a igual protección de la ley¹⁷.

3.7.2 Reconocido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en dos dimensiones, una la **igualdad como prohibición de discriminación** (*por el cual es discriminatorio todo trato diferenciado que atente contra la dignidad de la persona humana, sea por condiciones de superioridad o inferioridad, no obstante no toda distinción de trato puede considerarse violatoria por si misma de la dignidad humana*); la segunda, **igualdad ante la ley** que deriva la concepción de igualdad como prohibición de trato arbitrario (sustenta que la ley se aplica igual a todos los individuos).

3.7.3 La interpretación vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸, establece que **un trato diferenciado basado en criterios razonables y objetivos, que se sustente en desigualdades reales y objetivas, no constituye discriminación** (OC-4/84 del diecinueve de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, párrafo cincuenta y seis y cincuenta y siete).

3.7.4 En ese sentido, se anota que toda restricción o tratamiento diferente en la ley no conlleva necesariamente una afectación al derecho a la igualdad, en tanto la exigencia es el trato igual entre iguales admitiendo un trato diferente entre desiguales, por lo que el examen se circunscribe a determinar: **si es o no una**

¹⁶ Artículo 1°: Todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

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

¹⁷ Artículos 1°: 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Artículo 24°: Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

¹⁸ Interpretación vinculante conforme a la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución Política.

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

diferencia no justificada de trato en la reducción de la pena, entre agentes de delitos con imputabilidad restringida, por razón del delito cometido.

3.8 En consecuencia el derecho del agente a la igualdad ante la ley, reconocido en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado garantiza el trato igual entre iguales, y desigual entre desiguales, **siendo posible realizar distinciones en base a criterios objetivos y razonables considerando desigualdades de hecho, como instrumento para proteger a quienes deban ser protegidos por circunstancias de mayor o menor fragilidad o desamparo en que se encuentren.**

3.8.1 La norma del artículo 22 del Código Penal cumple dichas exigencias al establecer: en primer lugar *un tratamiento desigual por razón de la edad del agente* confiriéndole imputabilidad restringida; en segundo lugar estableciendo la *posibilidad del beneficio de la reducción de la pena* sólo para aquellos con imputabilidad restringida, con exclusión de la generalidad de agentes, brindando un tratamiento legal diferente y especial, debido a que la pena requerida **puede** ser en algunos casos menor al mínimo legal; y, en tercer lugar de aquellos que tienen imputabilidad restringida que sean reincidentes, integrantes de organización criminal, y los que hubieren cometido **delitos graves y pluriofensivos**, los mantiene en el régimen común, constituyendo un trato igualitario con relación a la generalidad de imputados, y uno diferente con relación a otros agentes con imputabilidad restringida que tienen la posibilidad de acceder a la reducción de pena.

En este último supuesto, la norma guarda concordancia con el principio de vinculación a la pena legal previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal, con la norma del artículo VII que establece que la pena requiere de la responsabilidad penal del autor¹⁹, con el principio de proporcionalidad, previsto en el artículo VIII que establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y el trato diferente se justifica con los fines constitucionales de la

¹⁹ Responsabilidad Penal

Artículo VII.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

pena, reeducación, rehabilitación y reinserción del penado a la sociedad²⁰, en concordancia a la función de la pena contemplada en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, en tanto la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora²¹, justificando la exclusión de la reducción de la pena mínima legal, para el agente que incurre en delitos graves que lesionan varios bienes protegidos constitucionalmente, así en el caso del ilícito de robo agravado el agente actúa vulnerando el derecho a la propiedad, derecho a la integridad, dignidad y seguridad de la persona agraviada²², para ellos igual que la generalidad, la pena será dentro de los límites legales, atendiendo que el tiempo requerido para los fines de la pena y reinserción con éxito a la sociedad, se prevé que será mayor conteniendo una exigencia legítima y específica al mantener los límites legales de la pena cuando se incurren en delitos de gravedad y pluriofensivos²³.

3.8.2 Concluyendo, que estamos ante un tratamiento jurídico desigual legítimamente establecido²⁴, compatible con los fines constitucionales de la pena, por lo que la norma en ninguna de sus regulaciones evidencia supuesto de inconstitucionalidad, pues como se tiene señalado, no todo tratamiento jurídico diferente concluye en un trato discriminatorio, pues en principio no toda distinción de trato es ofensiva a la dignidad humana, sino cuando ella carece

²⁰ El fin perseguido de la norma, el cual está vinculado a la finalidad de la pena, que de acuerdo a la norma del inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política, el fin constitucional de la pena es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

²¹ Fines de la Pena y Medidas de Seguridad

Artículo IX.- La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

²² El **delito de robo agravado** daña gravemente otros derechos fundamentales como la propiedad, el derecho a la integridad, dignidad y seguridad de la persona humana agraviada que también goza de protección constitucional en el artículo primero y fundante que establece que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como la propiedad en el artículo 70 establece que el derecho de propiedad es inviolable, y que el Estado lo garantiza

²³ *Conforme señala Robert Alexis, en el caso que no hubiera ninguna razón suficiente para la permisión de tratamiento igual se encuentra ordenado un trato igual, en cambio, si hay razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual (citado por José Víctor García Izaguirre, El Test de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, Editorial Adrus, 2012, página 433).*

²⁴ Criterios acogidos de la OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 57: No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.

CONSULTA
EXP. N° 1618– 2016
LIMA NORTE

de justificación objetiva y razonable, existiendo desigualdades de hecho que legítimamente se traducen en desigualdades de tratamiento jurídico²⁵, manteniendo la norma la presunción de constitucionalidad en abstracto.

No obstante, de existir afectación a un derecho fundamental del agente del caso particular, es necesario identificar cual es ese derecho y evaluar la intensidad de la intervención según las circunstancias e incidencias del caso para el ejercicio del control difuso, debiendo tener presente que la graduación y reducción de la pena es ejercida por el Juez Penal conforme a ley, y que cuando ejercita el control difuso actúa como Juez Constitucional atendiendo a la protección de derechos fundamentales, requiriendo acudir al test de ponderación para determinar que la intensidad de la intervención conlleve a quebrar los límites impuestos por la norma legal; más dicho examen no puede sustentarse en alegaciones genéricas de afectación al derecho a la igualdad y/o de otro derecho fundamental, no siendo admisible un control en abstracto como si fuera una regla general para todos los casos, reiterando que se exige un control en concreto.

CUARTO: Control de Constitucionalidad en el caso concreto

4.1 En el asunto materia de análisis, la sentencia sustenta la condena por delito de robo agravado en grado de tentativa, en que el ilícito se produjo el 30 de diciembre del 2015 a las 12:30 horas, en agravio de un adolescente de catorce (14) años de edad, que entre tres sujetos lo tomaron violentamente del cuello, lo tiraron al suelo y lo golpearon en el rostro, sustrayéndole el celular y dándose a la fuga; siendo condenado el acusado por el ilícito de robo agravado previsto en el artículo 189 con los agravantes de los incisos 4 y 7 del Código Penal.

²⁵ Conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 56: Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Eur. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pág. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

4.2 En cuanto a la determinación de la pena, la consultada anota que la pena legal del ilícito es no menor de 12 años, que aplicando los atenuantes, las circunstancias específicas, se ubica en el tercio inferior, por grado de tentativa le reduce a tres años, y ejerciendo el control difuso, considerando el acuerdo, y terminación anticipada, le reduce y aplica **cinco años de pena privativa de libertad**.

4.3 Al respecto **se puntualiza, que el objeto de consulta es la inaplicación de la norma que excluye al sentenciado de la reducción de la pena por imputabilidad restringida**; los fundamentos de la recurrida sobre el asunto, se encuentran en el considerando cuarto, señalando como fundamento la Sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad N° 1949-2012-Lima Norte, anota que en los casos de los jóvenes delincuentes se justifica razonablemente la aplicación del atenuante al no alcanzar a esa edad la plena madurez, aplicando un tratamiento especial, enunciando acogerse a los fundamentos de la sentencia suprema citada, aplica el control difuso de la norma por vulnerar el principio de igualdad.

4.4 Con suma preocupación se advierte, que **la sentencia consultada no contiene ningún fundamento para ejercitar el control difuso en el caso particular del sentenciado Luis Fernando Manuelo Eguavel; tampoco contiene argumentos para decidir la reducción de la pena por imputabilidad restringida, pues no es suficiente limitarse a la edad; asimismo, llama la atención que el juez no ha tenido en cuenta que el control difuso es residual, y que su ejercicio debe estar motivado**, lo cual no ha sido cumplido en la sentencia consultada que se limita a referirse a la Sentencia de la Sala Penal Suprema Transitoria, con un examen en abstracto, sin haber analizado y sustentado las particularidades del caso para inaplicar una norma legal y vinculante, contraviniendo los fines constitucionales del control difuso; pues como se tiene señalado en el considerando anterior 3.4 y 3.5, la regla general se refiere a una "posibilidad" de reducir, y no una reducción automática, exigiendo en compatibilidad con la garantía de motivación²⁶,

²⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado en relación al derecho fundamental a la motivación, que es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, que es una garantía de la correcta administración de justicia que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorga credibilidad a las decisiones judiciales, **estando los jueces vinculados por el ordenamiento jurídico y en un Estado Constitucional de Derecho, a expresar los sustentos de su**

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

que el juzgador exponga las razones y consideraciones del caso concreto, que lleven a reducir la pena por debajo del mínimo legal, y en el caso de los agentes que no cuenten con el beneficio de reducción de la pena, solo ampararía un control difuso con inaplicación de la norma legal, cuando se determine por las circunstancias y particularidades, y en forma debidamente motivada, la afectación concreta a un derecho fundamental.

4.5 Por el contrario, la consultada contiene argumentos en forma genérica que van orientadas al control abstracto de la norma legal, lo cual no se encuentra en el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado y del artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que autoriza la revisión judicial de las leyes para el caso concreto que se está decidiendo; agréguese, que como se tiene explicado en el considerando tercero de esta ejecutoria, **la norma legal al establecer un trato diferenciado entre diferentes, no pierde la presunción de constitucionalidad al no evidenciar vulneración del principio de igualdad**, y más bien, los jueces al inaplicar normas a casos particulares sin cumplir los supuestos para el control difuso, **están vulnerando el principio de igualdad ante la ley, inaplicando injustificadamente y contra los fines del control difuso, la norma que contiene la prohibición de aplicar la reducción de la pena**; por lo que se desapruueba la sentencia consultada.

III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones Resolvieron:

Primero.- Establecer que los fundamentos del segundo considerando de esta sentencia, **CONSTITUYE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE** para todos los jueces del Poder Judicial.

Segundo.- **DESAPROBAR** la sentencia consultada, contenida en la resolución número cinco, de fecha uno de enero de dos mil dieciséis, obrante a fojas cincuenta y dos, emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el proceso penal seguido contra Luis

decisión al momento de emitir sus resoluciones a efectos de evitar excesos y arbitrariedades. Caso Tristán Donoso vs Panamá 27 de enero de 2009 párrafo 153, Caso Apitz Barbera y otros, 5 de agosto de 2008 fundamento 77.

CONSULTA
EXP. N° 1618- 2016
LIMA NORTE

Fernando Manuelo Eguavel, por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa, en agravio de Matthew Romel Delgado Pereda; en consecuencia, **NULA** la referida sentencia, debiendo el Juez de la causa emitir nuevo pronunciamiento, conforme a lo expuesto en la presente resolución; **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; y los devolvieron.- Juez Supremo Ponente: **Rueda Fernández.-**

SS.

LAMA MORE

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

MALCA GUAYLUPO

Mat/jps