

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

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

Lima, veintiséis de abril
de dos mil doce.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:

Primero: Que es materia de consulta la sentencia de fecha catorce de noviembre del dos mil once, obrante a fojas ciento treinta y ocho, expedida por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, recaída en el proceso penal seguido contra Walter Tasilla Mejía y otros por el delito de robo agravado en agravio de Eleuterio Mego Vargas y otros, al haberse declarado inaplicable, vía control difuso, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal por colisionar con el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Estado.

Segundo: Que, el juez es el primer defensor de la Constitución. Tal como lo ha establecido la norma fundamental del Estado, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, el juez deberá preferir la primera. A esta potestad jurisdiccional se le conoce como ejercicio de control difuso.

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

Cuarto: Que, el inicio del control difuso en el Derecho Constitucional se remonta a la sentencia del juez norteamericano John Marshall (1755-1835) en el caso *William Marbury versus James Madison* (5 U.S. 137) de 1803, cuando el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norte América inaplicó, para el caso concreto, la *Judiciary Act* de 1789 por considerarla contraria a lo establecido en la

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

Constitución Federal de 1787. A esta técnica se le conoce como *judicial review*¹.

Quinto: Que, en lo referente a la recepción peruana de esta técnica jurisprudencial norteamericana, aún cuando se enuncia en sentido negativo, la Constitución de la República Peruana de 1856 estableció, en su artículo 10, que “Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”. A la Constitución de 1856 le siguió la Carta de 1860, que no recogió esta específica previsión. Posteriormente, acaso ante la ausencia de una norma constitucional, el Código Civil de 1936 señaló, en el artículo XXII de su Título Preliminar, que “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera”. Finalmente, ya en el plano constitucional, la Constitución Política del Perú de 1979 estableció en su artículo 236 que “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”.

Sexto: Que, la potestad jurisdiccional de ejercicio de control difuso se encuentra actualmente establecida en el segundo párrafo del artículo 138 de nuestra norma fundamental, en los términos siguientes: “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”.

Sétimo: Que, por mandato del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “De conformidad con el Art. 236 de la Constitución², 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”. Como puede observarse, la Ley Orgánica del Poder Judicial

¹ Cf., entre otros, García Belaunde, Domingo. “El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. Aproximación al tema”. Ponencia al Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México, 2004.

² Ahora artículo 138 de la actual Constitución de 1993.

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

desarrolla lo previsto en el texto fundamental y establece que el ejercicio del control difuso se dará no solamente en cualquier proceso, sino también que será efectuado por todo juez de cualquier especialidad. Precisa además esta norma que "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", lo que tiene que ver con las características básicas del control difuso.

Octavo: Que, si bien todo juez tiene la potestad y el deber de ejercer control difuso de constitucionalidad normativa, en tanto es el defensor de la Constitución, no es menos cierto que nuestro ordenamiento jurídico ha confiado en la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, y solamente en ella, la tarea de valorar si este ejercicio jurisdiccional del control difuso practicado pueda resultar constitucionalmente admisible o no.

Noveno: Que, de este modo, será entonces la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desapruebe el ejercicio del control difuso, con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un juez no necesariamente especialista en materia constitucional, y, en segundo término, uniformar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

Décimo: Que ello ha quedado claramente establecido en el segundo párrafo del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala que "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 éstas no quepa recurso de casación". Por lo tanto, corresponde a esta Sala Suprema pronunciarse sobre la constitucionalidad material del ejercicio del control difuso realizado por cualquier juez en cualquier tipo de proceso y en cualquier etapa de éste.

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

Décimo Primero: Que, además de lo ya señalado, el Código Procesal Constitucional ha establecido dos criterios adicionales para el ejercicio del control difuso cuando señala, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar, que "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". De esta manera, le exige al juez que el ejercicio del control difuso que vaya a efectuar sea practicado en tanto resulta pertinente para la dilucidación del caso a su conocimiento; y que, además, emplee en su análisis el criterio de interpretación constitucional denominado "interpretación conforme a la Constitución", que le demandará preferir, de las múltiples interpretaciones que puedan establecerse respecto de la norma cuestionada, aquella que salve su constitucionalidad.

Décimo Segundo: Que, como se desprende de lo anteriormente señalado, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, al momento de revisar la constitucionalidad de la aplicación del control difuso por parte de cualquier juez, entre otros criterios o principios de interpretación, también habrá de seguir las pautas establecidas en el Código Procesal Constitucional.

Décimo Tercero: Que, al lado del modelo difuso o norteamericano, en el caso peruano también coexiste la fórmula europeo continental o kelseniana de control concentrado o abstracto, reservada al Tribunal Constitucional. Por ello, se ha anotado que el modelo peruano de control de la constitucionalidad normativa es uno dual o paralelo³.

Décimo Cuarto: Que, de acuerdo con el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio

³ Cf. García Belaunde, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Temis, 2001, p. 20 y ss. Para mayor detalle, Sagüés, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 101 y ss.

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

cumplimiento, en todas las instancias judiciales. (...) Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. (...) Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan".

Décimo Quinto: Que, como puede observarse, y con la importante finalidad de uniformar los fallos emitidos por la judicatura peruana, la Ley Orgánica del Poder Judicial inviste a las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República la fijación de principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento, con las salvedades establecidas por ella misma, por todos los jueces de las demás instancias.

Décimo Sexto: Que, a este propósito, conviene precisar que un principio, desde la Teoría General del Derecho, se entiende como un punto de partida, una premisa, un criterio o canon interpretativo para evaluar una determinada institución jurídica. Así, un principio jurisprudencial ofrecerá pautas para regular u orientar el entendimiento de una institución jurídica en particular, cuyo razonamiento, salvo casos de apartamiento fundados, es de obligatorio cumplimiento por los jueces de las demás instancias. En atención a ello, calificada doctrina señala que los principios tienen distintas funciones, entre las que destacan la de ser causa primera de algo, tener cierto efecto normativo, en tanto mandan u ordenan una conducta destinada a satisfacer un fin y, finalmente, dan razón de algo, esto es,

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

ayudan o posibilitan el conocimiento de lo que se interroga⁴, que es el sentido en el que se encuentran establecidos en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Décimo Sétimo: Que, resulta importante entonces no perder de vista que los principios jurisprudenciales a los que refiere el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tienen por finalidad orientar o ayudar a entender determinadas instituciones según lo estime conveniente fijarlo así una Sala Especializada de la Corte Suprema, y en tanto tal, también, tiene carácter normativo, en el sentido de que este canon interpretativo será de obligatorio cumplimiento para la judicatura.

Décimo Octavo: Que, en ese orden de ideas, resulta de la mayor pertinencia distinguir la fijación de un determinado principio jurisprudencial, deductivamente y en abstracto, al amparo de los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, del ejercicio, siempre particular y concreto, del control difuso. Por específico mandato de la Constitución, en el segundo párrafo de su artículo 138, los jueces tienen la atribución jurisdiccional del control difuso, esto es, de inaplicar una norma legal, pero con ocasión del proceso que están conociendo, mas no de modo general o abstracto, que será competencia, de acuerdo con nuestro modelo de control de constitucionalidad, del Tribunal Constitucional.

Décimo Noveno: Que, en otros términos, a través de los principios jurisprudenciales, cuya fijación está prevista en el ya anotado artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo la figura de la denominada doctrina legal, los jueces no pueden ejercer funciones de control concentrado de la constitucionalidad de una determinada norma, pues ellos solamente podrán inaplicarla con ocasión de un caso específico. Y, de ocurrir ello, por directo mandato del artículo 14 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial, será la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema la única competente para

⁴ Cf. Vigo, Rodolfo. Interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 119 y ss.

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

evaluar, finalmente, la validez de tal ejercicio de control difuso y aprobar la inaplicación de una norma legal o no.

Vigésimo: Que, ha subido en consulta la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, que a la letra dice: "Está excluido el agente que haya 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".

Vigésimo Primero: Que, tal como puede observarse, el referido artículo 22 del Código Penal ha sido materia de análisis e interpretación de un Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República. En tal sentido, estos altos tribunales de justicia, al amparo de lo establecido en los artículos 22 y 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵, emitieron el Acuerdo Plenario No. 4-2008/CS-116, de fecha dieciocho de julio del dos mil ocho.

Vigésimo Segundo: Que, mediante el Acuerdo Plenario No. 4-2008/CS-116, el IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido, como doctrina legal, que "Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo

⁵ Ley Orgánica del Poder Judicial. (...)

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

(...)

Artículo 116.- Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial."

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

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”, tal como ha ocurrido, a criterio del juez penal, en el caso de autos.

Vigésimo Tercero: Que, siendo la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente respetuosa de las competencias, atribuciones y especializaciones de las demás Salas Supremas, debe asimismo cumplir con el encargo que le ha sido encomendado por el ordenamiento jurídico peruano de pronunciarse; como cúspide del Poder Judicial en materia constitucional, respecto del ejercicio del control difuso que haya realizado todo juez en cualquier instancia o proceso.

Vigésimo Cuarto: Que, en tal virtud, sin tener el propósito de entrar a discutir los argumentos establecidos por las Salas Penales Supremas en los asuntos que les son propios y de su competencia, sí debe observar la constitucionalidad de lo que pueda decidirse por otra instancia, en tanto y en cuando pueda significar la inaplicación de una norma legal; norma además que, por el criterio de interpretación de presunción de constitucionalidad, debe entenderse constitucional hasta que el órgano competente no haya declarado lo contrario, esto es, el Tribunal Constitucional en un proceso abstracto de inconstitucionalidad.

Vigésimo Quinto: Que, en consideración de lo antes expuesto, esta Sala Suprema aprecia que lo establecido por el Acuerdos Plenarios N° 4-2008/CS-116 de fecha dieciocho de julio del dos mil ocho, constituye, al amparo de los citados artículos 22 y 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, doctrina legal a ser invocada por los magistrados de todas las instancias judiciales. En consecuencia, cuando la instancia jurisdiccional sigue la línea argumental de la decisión acordada por los plenarios penales citados no hace, en rigor, ejercicio de control difuso alguno que implique la inaplicación de una norma legal por estimarla inconstitucional, pues este Supremo Tribunal estima que la dilucidación de esta

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

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

controversia ha quedado ya suficientemente consolidada en lo dispuesto por el Acuerdo Plenario 4-2008/CS-116, que es, de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial, la pauta pertinente a aplicarse en el presente caso de autos.

Por las consideraciones expuestas, **NULO** la sentencia de fecha catorce de noviembre del dos mil once, obrante a fojas ciento treinta y ocho, **en el extremo que dispone elevar la presente causa en consulta** a este Supremo Tribunal, al haberse declarado **INAPLICABLE**, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal por colisionar con el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política del Estado; en los seguidos contra Walter Tasilla Mejía y otros por el delito de robo agravado en agravio de Eleuterio Mego Vargas y otros, y los devolvieron.- Vocal Ponente: Yrivarren Fallaque

S.S.

VASQUEZ CORTEZ 

ACEVEDO MENA 

VINATEA MEDINA 

YRIVARREN FALLAQUE 

TORRES VEGA 

Jcy/


CARMEN ROSA DIAZ ACEVEDO
SECRETARIA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

12 SET. 2012