

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

CONSULTA N° 1195 - 2011

JUNIN

Lima, siete de Junio

de dos mil once.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Viene en consulta la sentencia de fojas ciento veintidós, su fecha siete de julio de dos mil diez, expedida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada de La Merced - Chanchamayo, de la Corte Superior de Junín, en el extremo que declara inaplicable el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, modificado por la Ley N° 27024, por incompatibilidad inconstitucional.

SEGUNDO.- La consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público, que viene impuesta por Ley, que no es en esencia un recurso, sino un mecanismo procesal a través del cual se impone el deber, al órgano jurisdiccional, de elevar el expediente al Superior Jerárquico, y a éste efectuar el control de legalidad y constitucionalidad de la resolución dictada en la instancia Inferior.

TERCERO.- En tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, resulta de aplicación lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, norma que ha previsto que: cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión, 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; pero además, atendiendo a la trascendencia jurídica del control constitucional, la misma ley ha previsto que todas las sentencias en las que el Juez Ordinario haya efectuado el control constitucional, necesariamente debe ser elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.

CUARTO.- Antes de dilucidar el tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta que la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última

CONSULTA N° 1195 - 2011

JUNIN

ratio, por tal razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario debido a la trascendencia que ésta decisión implica, el Juzgador no debe perder de vista que, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el órgano que tiene a su cargo la función legislativa en nuestro medio, 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 respeto de las disposiciones contenidas en la Carta Fundamental; por tal razón, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la inaplicación de una norma legal, sólo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución Política.

QUINTO.- En el caso que nos ocupa, de lo que aparece expuesto en los considerandos de la resolución consultada, se advierte que la Segunda Sala Mixta Descentralizada de La Merced – Chanchamayo, de la Corte Superior de Justicia de Junín ha establecido, que en el proceso penal seguido contra Elías Adrián Porras Roque (sesenta y nueve años) se ha acreditado fehacientemente la realidad del delito de violación de la libertad sexual de menor de edad (de nueve años de edad), previsto en el artículo 173 inciso 1 del Código Penal, en el grado de tentativa, a que se refiere el artículo 16 del citado Código, así como la responsabilidad penal del procesado, quien en la etapa de juicio oral se ha acogido al proceso de conclusión anticipada, pues **ha expresado su conformidad con la acusación fiscal**, que solicitaba diez años de pena privativa de la libertad para el acusado; sin embargo, al momento de determinar la pena aplicable se ha aplicado el control constitucional difuso de las leyes, resolviendo inaplicar, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal vigente, e imponer la pena de cinco años, cuatro meses y dieciséis días de pena privativa de la libertad, cumplida del siguiente modo: 1) **un año, cuatro**

CONSULTA N° 1195 - 2011

JUNIN

meses y dieciséis días de pena efectiva, la que desde el veintiuno de febrero de dos mil nueve a la actualidad (carcelería) se tiene por compurgada; 2) cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por dos años, con reglas de conducta; fija la reparación civil en la suma de ochocientos nuevos soles (S/. 800.00); ordena la inmediata libertad del condenado y dispone elevar en consulta la sentencia, en cuanto a la condición de responsable restringido del condenado, por razón de la edad.

SEXTO.- 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 personas mayores de sesenta y cinco años de edad; en principio, el artículo 22 de Código Penal promulgado por Decreto Legislativo N° 635, de acuerdo con su texto original, preveía que 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, se podía **reducir prudencialmente** la pena señalada en la ley, para el hecho punible cometido; sin embargo, este artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 27024, publicado el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, estableciéndose que: "Está excluido de la responsabilidad restringida 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".

SÉTIMO.- La norma penal que modifica el artículo 22 del Código Penal, aplicable por temporalidad, dado que el hecho ocurrió el veintiuno de febrero de dos mil nueve, no puede interpretarse como inconstitucional, pues como se tiene expuesto, dicho precepto no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que la responsabilidad restringida por razón de edad, prevista para personas mayores de sesenta y cinco años de edad, no es aplicable en determinados delitos.

OCTAVO.- La modificación introducida por la Ley N° 27024 tiene sustento

**CONSULTA N° 1195 - 2011
JUNIN**

válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal; y por tanto no puede colisionar con el derecho de igualdad ante la ley, previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú; porque por el principio de igualdad se asegura la plena igualdad de los ciudadanos ante la ley, de tal modo que nadie puede ser discriminado por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica u otra razón de cualquier índole; tal igualdad debe ser entendida entre los iguales. En el presente caso, al establecer la ley un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la responsabilidad restringida, no afecta el principio de igualdad previsto en la Constitución, pues debido a la gravedad de los hechos y naturaleza del ilícito penal, la ley penal puede imponer un tratamiento diferenciado, es por ésta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos y la naturaleza del bien jurídico protegido.

NOVENO.- En consecuencia, al haberse declarado la responsabilidad del procesado, no puede ahora, el Juzgador –A quem– abdicar en sus funciones y graduar la pena sin una mayor justificación, teniendo como fundamento **solo** la inaplicación del artículo 22 segundo párrafo del Código Penal; razones por las que debe desaprobarse la consulta, así como anularse la resolución al vulnerarse lo previsto en el artículo 139 inciso 5 de la Carta Magna, pues es de advertirse que además basa su decisión en el Acuerdo Plenario N° 7-2007-CJ-116 del 16 de noviembre de 2007, que versa sobre: “Violación Sexual: alcance interpretativo del artículo 173 inciso 3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, para la determinación judicial de la pena” (víctima, entre catorce años de edad y menos de dieciocho) y, no sobre el supuesto contenido en el artículo 173 inciso 1 del Código Penal, lo cual inexorablemente transgrede el principio de motivación de las resoluciones judiciales.

Por tales consideraciones: **DESAPROBARON** la consulta efectuada; en consecuencia, **NULA** la resolución que corre a fojas ciento veintidós, su fecha

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

CONSULTA N° 1195 - 2011

JUNIN

siete de julio de dos mil diez; **DISPUSIERON** que la Sala Superior de origen expida nueva resolución con arreglo a ley; en el proceso penal instaurado contra Elías Adrián Porras Roque, por el delito de violación sexual de menor de edad, en grado de **tentativa**; y, los devolvieron.- Vocal Ponente Torres Vega.-
S.S.

VASQUEZ CORTEZ

TAVARA CORDOVA

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

CARMEN ROSA BLAZ ACEVEDO
Secretaría
Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

26 JUL. 2011