

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

Lima, seis de marzo
de dos mil dieciocho.-

I. VISTOS; con el expediente principal y acompañados; y,
CONSIDERANDO.

II. MATERIA DE CONSULTA

Es materia de consulta la sentencia de fecha veintidós de setiembre de dos mil diecisiete, obrante a fojas setecientos veintiocho, en el extremo que, mediante control difuso resuelve inaplicar al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, modificado por Ley N.º 29439, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado, en el proceso penal seguido contra Alessandra Shaylin Soto Padilla, por la comisión del delito contra la salud pública en la modalidad de promoción o favorecimiento en el tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado.

III. SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA CONSULTA

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 la decisión judicial, importa por último que la resolución en cuestión sea necesaria y oficiosamente revisada por el superior, sin el cual no causaría ejecutoria¹.

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

¹ 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

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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 inferior².

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 [...]”*³, 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.

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 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

IV. 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

² Consulta N.º 2692-2011-Lima, de fecha 22 de setiembre de 2011, Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema

³ LEDESMA, M. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Gaceta Jurídica. Lima. p. 306

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

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 vigente⁴.

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

⁴ 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 27102-2017
LIMA NORTE

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 éstas 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 27102-2017
LIMA NORTE**

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.⁵ 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”*⁶.

4.8 En la Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte⁷, emitida por este Supremo Tribunal, la cual constituye doctrina jurisprudencial vinculante, en su

⁵ ATIENZA, M. “A vueltas con la ponderación”. En *La Razón del Derecho*. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas. N.º 1. 2010. p. 12

⁶ 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

⁷ Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte⁷, de fecha 16 de agosto de 2016

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

considerando 2.5 desarrolla cuáles son las reglas a aplicarse para el **ejercicio del control difuso judicial**, siendo las mismas:

- 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 Política⁸, gozan de legitimidad en tanto hayan sido promulgadas conforme al procedimiento previsto en la Constitución⁹; 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

⁸ 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.

⁹ El artículo 108 de la Constitución establece el procedimiento de aprobación y promulgación de una ley.

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

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 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).

V. 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 y 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

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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 tanto, si se aplica el primer criterio desarrollado en la Consulta N.º 1618-2016-Lima Norte, que constituye doctrina jurisprudencial vinculante, acorde a los diversos pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional¹⁰ 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, 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.

¹⁰ STC. N.º 02132-2008-PA/TC.

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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 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.

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

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 Derecho¹¹.

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 criminalidad¹².

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.

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

¹¹ ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el derecho penal y procesal penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2000. p. 58

¹² HURTADO, P. *Manual de Derecho Penal Parte General*. 3era edición. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Grijley. Lima. 2005. p. 59

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

comisión de ciertos delitos, dentro de ellos, el delito de tráfico ilícito de drogas. 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 imputabilidad¹³.

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 delincuente¹⁴.

5.13 Es así que, en el caso del delito de tráfico ilícito de drogas, el bien jurídico protegido es la salud pública entendida como “la salud física y mental de aquel sector de la colectividad que pueda haberse afectado por el efecto nocivo de sustancias prohibidas y la libertad de los individuos afectados, que resulta de la eventual dependencia física o síquica a que el consumo frecuente de las mismas puede conducir, con las derivaciones negativas de marginación social que lleva consigo la drogadicción¹⁵”.

¹³ LAMAS, L. *Código Penal comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima. 2004. p. 862

¹⁴ IDEM.

¹⁵ Politoff, S. y Matus, J. *Tratamiento Penal del Tráfico Ilícito de Estupefacientes*. Estudios de dogmática y jurisprudencia. Santiago de Chile. Editorial Jurídica. 1988. p.14.

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

Es decir la salud pública se erige como un bien jurídico colectivo, cuyo titular es la sociedad en su conjunto como una amalgama de individuos indeterminados. Sin embargo, se debe tener en consideración que existen autores para los cuales, la salud pública no es más que la salud de cada individuo que forma parte de la sociedad, motivo por el cual no se estaría frente a un bien jurídico colectivo, sino frente a varios bienes jurídicos individuales¹⁶.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia del Perú, en la Ejecutoria recaída en el expediente N.º 2113-98-Lima, ha señalado que: *“Si bien es cierto que genéricamente este delito arremete a la salud pública como bien jurídico, no debe olvidarse que los efectos de esta agresión inciden directamente en la salud física y mental de la persona humana, con efectos muchas veces irreversibles, causando inclusive la degeneración genética con imprevisibles consecuencias futuras para la humanidad y por el mismo motivo la incidencia de estos delitos también afecta a la estructura social, política, cultural y económica de los Estados.”*

De ahí que diversos autores que han efectuado investigaciones sobre el tráfico ilícito de drogas en el Perú, han concluido que dicho delito amenaza no solo a la salud pública, sino también a la seguridad del Estado; atenta contra el Estado de derecho y la democracia, pues este delito busca corroer todas las instituciones del Estado y de la sociedad en cuanto las desprestigia instrumentalizándolas y vaciándolas de contenido, lo que facilita enormemente su accionar. Asimismo, debilita la soberanía del Estado, ya que el narcotráfico puede llegar a colocar al Estado donde se desarrolla en una situación de vulnerabilidad e injerencia externa, con la

¹⁶ PARIONA, R. El derecho penal moderno, en Revista Jurídica del Perú. N.º 97. Gaceta Jurídica. Lima. 2002. P. 261 y ss. Citado por CHAGUA PAYANO, Fenirupd Leky. Análisis sobre los fundamentos y criterios de la no punición de posesión de drogas para el propio consumo. En Actualidad penal. Volumen 9, Instituto Pacífico. Lima, marzo 2015. p. 161

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

consecuente afectación de su autonomía. En efecto, la actividad del narcotráfico violenta en muchos casos los espacios bajo soberanía o jurisdicción del Estado no sólo en el ámbito terrestre, sino también a nivel marítimo y aéreo. Restringe la plena vigencia de los derechos humanos, en tanto que, la presencia del narcotráfico en cualquier país implica necesariamente la violación de los derechos más esenciales del ser humano, como son la vida, la libertad personal, la integridad física y psicológica, entre otros. Además, desalienta el crecimiento y desarrollo económico, crea una economía inestable y supeditada a los vaivenes del mercado de la droga. Aunado a ello, incrementa los niveles de violencia porque implica la existencia de una red delincencial destinada a asegurar el enriquecimiento ilícito del grupo, mediante asesinatos, extorsión, amenazas, etc¹⁷.

De todo ello, podemos colegir que el tráfico ilícito de drogas constituye un delito complejo que tiene grave implicancia no solo en el ámbito nacional sino internacional, desde el punto de vista social, político y de gobernabilidad, económica, entre otros.

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 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

¹⁷ Ruda, J. y Novak, F. El Tráfico Ilícito de Drogas en el Perú: Una Aproximación Internacional. En: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39934/1_aproximacion.pdf.

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

son de legalidad, principio de necesidad o de mínima intervención, principio de lesividad y principio de proporcionalidad.

VI. 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, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por***

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

sí misma, de la dignidad humana" [Opinión Consultiva N° 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]¹⁸.

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 humana¹⁹”. 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

¹⁸ STC N.º 02437-2013-PA/TC Lima, f. 5

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

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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”²⁰.

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 son²¹:

- 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

²⁰ STCE N.º 96/1997, del 19 de mayo de 1997.

²¹ Huerta, L. “El derecho a la igualdad”. En: revistas.pucp.edu.pe

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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 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

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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,²² 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 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.

²² HURTADO. óp. cit. p. 647

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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 máximo intérprete de la Constitución en torno al derecho fundamental a la igualdad.

6.11 No obstante, si bien, desde un control abstracto²³ 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 infra-constitucional y una norma constitucional²⁴.

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

VII. CONTROL DIFUSO EN EL CASO EN CONCRETO

7.1 El Ministerio Público mediante requerimiento de fecha veintidós de octubre de dos mil quince, a fojas ciento cuarenta y cuatro, acusó a Alessandra Soto Padilla, de diecinueve años de edad, como presunta autora del delito contra la salud pública, en la modalidad de tráfico ilícito de

²³ 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.º 27 - Julio - Diciembre 2011 - ISSN 0121-182X

²⁴ 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 27102-2017
LIMA NORTE**

drogas, prescrito en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, en agravio del Estado.

7.2 Entre los hechos imputados, se tiene que con fecha doce de abril de dos mil catorce personal de la DIVITID-DIRANDRO de la Policía Nacional del Perú y el representante de Aduanas y SERPOST Sociedad Anónima, al constituirse en uno de los ambientes del área de SERPOST, sito en avenida Tomás Valle S/N cuadra 7, del distrito de Los Olivos, procedieron a inspeccionar el envío postal con Registro N.º CP0 04767138PE, consignándose como remitente a Soto Padilla Alessandra y como destinatario a Gabriel Sarabia con dirección al país de España. La encomienda consistía en un táper de color blanco que llevaba adherido una hoja con datos a manuscrito del remitente y destinatario; asimismo, una guía de remisión encintado con siglas de SERPOST, siendo que en su interior se halló dos boletas de Tottus Hipermercados, dos potes de cremas antiarrugas marca Portugal, dos potes de crema de lechuga de la misma marca, frasco de aloe vera y cuatro cremas reductores Vitagel que contenían una sustancia de color marrón parduzco tipo gel, que al ser sometida al reactivo químico SIRCHIE reaccionó una coloración azul turquesa siendo este un presunto indicativo de alcaloide de cocaína; por lo que, procedieron a lacrar los contenidos y comunicar al Ministerio Público.

Conforme al resultado preliminar de análisis químico y dictamen pericial, que obran a fojas sesenta, se determinó que la sustancia era clorhidrato de cocaína, con un peso neto de un kilo con veintitrés gramos. Así también, realizado el dictamen pericial grafotécnico, se determinó que los textos manuscritos corresponden a la persona de Alessandra Soto Padilla.

7.3 La Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante sentencia de fecha veintidós de setiembre de dos mil diecisiete, que obra a fojas setecientos veintiocho, **condenó** a la acusada, Alessandra Soto Padilla, como autora del delito contra la salud

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

pública en la modalidad de promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado; y, como tal, le impuso cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, **e inaplicó el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal mediante el ejercicio del control difuso**. Asimismo, le impuso una pena de ciento cincuenta días multa, a razón de seis punto cincuenta soles por día, lo que hace un total de novecientos setenta y cinco soles, a ser cancelados en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de su conversión a razón de cada día de multa por un día de pena privativa de libertad en caso de incumplimiento; fijó una reparación civil en la suma de tres mil soles a favor del Estado; y, ordenó, que en caso no se interponga recurso de apelación contra dicha sentencia, se eleve en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

7.4 La Sala Superior estima que la prohibición de disminuir la pena para las personas que tienen responsabilidad restringida conforme al segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal no supera el test de proporcionalidad, **por cuanto para proteger el bien jurídico salud pública, no es necesario proscribir la aplicación de esta circunstancia atenuante, pues no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado como es luchar eficazmente contra el tráfico ilícito de drogas y mantener los índices delictivos en límites razonables**. En el presente caso, la acusada, a la fecha de los hechos, tenía 19 años de edad, era estudiante universitaria, habiendo cometido el hecho delictivo propiamente a consecuencia de su falta de experiencia de vida e inmadurez en la toma de sus decisiones. Asimismo, se contraviene el principio de resocialización consagrado en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución Política y el artículo 5 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que innecesariamente se excluye a la acusada de la posibilidad de reducción de la pena, pues su grado de inmadurez o tránsito hacia la adultez es justamente una circunstancia en la cual se viene consolidando la

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

personalidad de la misma, por lo cual, la intensidad de la pena no resulta ser necesario a efectos de lograr su resocialización, tanto más si se trata de una persona que no registra antecedentes de haber incurrido en la comisión de hechos delictivos.

7.5 Además, conforme a la doctrina legal desarrollada en los fundamentos 10 y 11 del Acuerdo Plenario N.º 04-2008/CJ respecto a la imputabilidad restringida por razón de la edad, los jueces penales se encuentran plenamente habilitados a pronunciarse por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, ya que dicha norma introduce una discriminación-desigualdad de trato irrazonable y desproporcionado, sin fundamentación objetiva suficiente que impide un resultado jurídico legítimo, siendo de aplicación el primer párrafo del citado artículo para la determinación de la pena al caso en concreto, que permite reducir prudencialmente la pena señalada para el hecho punible; y, si bien, en el segundo párrafo se excluye al agente con responsabilidad restringida por haber cometido el delito de tráfico ilícito de drogas, cabe mencionar que la parte pertinente de dicha norma colisiona con lo previsto en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, que consagra la igualdad de la persona ante la ley.

7.6 De lo expuesto, se advierte que 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, observando los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional y en la Consulta N.º 1618-2016- Lima Norte que constituye doctrina jurisprudencial vinculante.

7.7 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, pues, si bien ha señalado que para

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

proteger la salud pública y luchar contra el tráfico ilícito de drogas no es necesaria la medida de exclusión de la reducción de la pena que establece el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, no ha esbozado las razones que conllevan a arribar a dicha conclusión.

7.8 Cabe precisar que, cuando se efectúa el examen de idoneidad en el test de proporcionalidad, corresponde analizar en principio, si la medida impuesta por el legislador protege un fin constitucionalmente permitido y si dicha medida resulta ser adecuada para la consecución del mismo, es decir, si tiene algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone o que contribuya de algún modo con la protección del bien jurídico relevante; de ahí que solo se analice la relación de medio-fin.

7.9 Los argumentos que esboza el Colegiado se orientan más al examen de necesidad, en donde se evalúa si la medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; sin embargo, no ha cumplido con señalar –desde su perspectiva– qué otras medidas resultarían ser menos lesivas al derecho fundamental cuestionado para luchar en este caso, contra el tráfico ilícito de drogas y proteger la salud pública, entre otros derechos que se ven vulnerados con el fenómeno del narcotráfico.

7.10 La Sala Superior no ha considerado que el solo argumento de la edad del sujeto-agente, no resulta ser suficiente para aplicar de manera automática el citado artículo 22, pues como se reitera, esta 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 aplicar el control difuso para inaplicar la

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

prohibición del mencionado beneficio en supuestos de tráfico ilícito de drogas, regulado en el segundo párrafo del indicado dispositivo; pues, considerando el carácter residual de este mecanismo, resulta 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 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 examinar 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 presente consulta.

7.11 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.

VIII. DECISIÓN

Por las consideraciones expuestas, **DESAPROBARON** la sentencia de fecha veintidós de setiembre de dos mil diecisiete, en el extremo que,

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

mediante control difuso resuelve inaplicar al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Alessandra Shaylin Soto Padilla, por la comisión del delito contra la salud pública en la modalidad de promoción o favorecimiento en el tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado; y los devolvieron. **Interviene como ponente el señor Juez Supremo Sánchez Melgarejo.**

S.S.

WALDE JÁUREGUI

RUEDA FERNÁNDEZ

SÁNCHEZ MELGAREJO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Ptc /jfp

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

El que suscribe coincide con la mayoría, en cuanto al sentido de la sentencia que absuelve la consulta; sin embargo, lo sustenta en los siguientes términos:

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

I. CONSIDERANDO:

1. MATERIA DE CONSULTA:

Es objeto de consulta la sentencia conformada, contenida en la resolución del veintidós de septiembre de dos mil diecisiete, expedida por la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, que condenó a Alessandra Shaylin Soto Padilla como autora del delito contra la Salud Pública –Tráfico Ilícito de Drogas, en agravio del Estado– e **inaplicó el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Estado.**

2. REFERENCIAS PRINCIPALES DEL PROCESO:

2.1. A mérito de la Denuncia Fiscal sustentada en el Atestado N° 154-08-2015-DIREJANDRO-PNP/DIVITID-DD y Anexos, el Décimo Primer Juzgado Especializado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas ciento sesenta y ocho a ciento setenta y cinco, dio inicio a la instrucción en la vía ordinaria contra Alessandra Shaylin Soto Padilla, como presunta autora del delito contra la Salud Pública –Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad de promoción, favorecimiento o facilitación al consumo ilegal de drogas, en agravio del Estado.

2.2. Realizada la tramitación que corresponde, mediante sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte –*Resolución del veintidós de septiembre de dos mil diecisiete*–, de fojas setecientos veintiocho a setecientos treinta y nueve, se condenó a Alessandra Shaylin Soto Padilla como autora del delito contra la Salud Pública, Tráfico Ilícito de Drogas en su modalidad de promoción, favorecimiento o facilitación al consumo ilegal de drogas, en agravio del

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

Estado, imponiéndosele cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, la pena de ciento cincuenta días multa y fijando una reparación civil ascendente a tres mil con 00/100 soles (S/ 3,000.00).

2.3. En el referido pronunciamiento la Sala Penal, vía control difuso, impuso la pena, inaplicando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; sosteniendo en síntesis que a la fecha de los hechos la acusada tenía diecinueve años de edad, con tránsito a la adultez plena; no cuenta con antecedentes penales ni judiciales; no corresponde considerar la confesión sincera por cuanto no fue espontánea, oportuna, veraz, coherente y uniforme; se ha acogido a la Conclusión Anticipada del Proceso, ha cometido el delito a consecuencia de su falta de experiencia de vida e inmadurez en la toma de sus decisiones; por lo que consideró que la prohibición de disminuir la pena para las personas que tienen responsabilidad restringida no supera el test de proporcionalidad y contraviene el principio de resocialización.

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

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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 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 difuso²⁵ 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

²⁵ Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

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 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 Constitucional*”²⁶. (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,

²⁶ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs. 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

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.²⁷

QUINTO: Asimismo, la Sala Constitucional y Social Permanente, 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 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**

²⁷ CARPIO MARCOS, Edgar. Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional. Academia de la Magistratura. Lima, octubre der 2004, p.29

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

idoneidad (...), el examen de necesidad (...) y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (...)”. Reglas que, en el presente caso, son valoradas por al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte en la sentencia elevada en consulta.

SEXTO: De otro lado, la referida Sala en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la Consulta N° 17151-2013 –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 estas 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 Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el fallo objeto de consulta, estableció: “**2.2.-** *Se atribuye a la procesada ALESSANDRA SHAYLIN SOTO PADILLA haber incurrido en la comisión del delito de favorecimiento al tráfico ilícito de drogas, pues el doce de abril del dos mil catorce la procesada realizó el envío de un paquete en la*

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

oficina de Serpost (...) declarando como contenido 'dos potes de crema nutritiva antiarrugas marca Portugal', con destino al país de España (...); sin embargo, con fecha dieciséis de abril de dos mil catorce, al hacerse el control por el Departamento Antidrogas Serpost de la DIREJANDRO-PNP, (...) se constató que en el interior de los cuatro potes de crema reductora Portugal se había acondicionado clorhidrato de cocaína tipo gel acondicionada dentro de cada pote con un peso neto de 2,167 gramos (...) se determinó que la muestra contiene 1,023 kg de clorhidrato de cocaína, (...). **2.3.-** (...) El Ministerio Público ha solicitado se condene a la acusada **ALESSANDRA SHAYLIN SOTO PADILLA**, (...) se le imponga **NUEVE AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD**, 200 días multa e inhabilitación (...) se le obligue al pago de S/ 2 000.00 soles por concepto de reparación civil (...). La citada Primera Sala Penal emite sentencia imponiendo a Alessandra Shaylin Soto Padilla la pena privativa de la libertad efectiva de cinco años; más una pena de ciento cincuenta días multa e inhabilitándola por el plazo de tres años y fijando una reparación civil de tres mil con 00/100 soles (S/ 3,000.00), 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.

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

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". (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 **tráfico ilícito de drogas**– 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*

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

*arbitrarias*²⁸. 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.

DÉCIMO: En tal sentido, la jurisdicción, principal encargada de aplicar el Derecho, ejerce sus funciones de regular o decidir derechos de los justiciables atendiendo a la aplicación uniforme de la ley para todos, **salvo situaciones singulares, objetivas y razonables**. Se prohíbe con ello toda diferenciación injustificada e irracional en la interpretación y aplicación de las normas al momento de impartir justicia, administrar o -en general- decidir sobre situaciones jurídicas. Se observa que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras esta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento genético de la norma; aquella alude a la vida misma de la ley, esto es, la exigencia de una aplicación igualitaria en su interpretación y ejecución²⁹.

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 artificiosos³⁰. Para ello, el Tribunal

²⁸ STC Exp. N°0018-2003-AI/TC.

²⁹ La Constitución Comentada-Análisis Artículo por Artículo –Tomo I, Gaceta Jurídica, Edición Diciembre 2005, p. 87

³⁰ STC Exp. N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3 .

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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 tráfico ilícito de drogas, 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 este se efectúe no en abstracto sino en atención a las particularidades del caso concreto y objetivamente sustentadas.

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 la sentenciada Alessandra Shaylin Soto Padilla, por el delito contra la Salud Pública – Tráfico Ilícito de Drogas–, cumpliría el presupuesto de la edad, por ser

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

mayor de dieciocho y menor de veintiún años al momento de la comisión del ilícito (*doce de abril de dos mil catorce, contaba con diecinueve años 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 al 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.

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.

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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 la sentenciada sea persona con estudios universitarios, con diecinueve años de edad, que a criterio de la Sala Penal cometió el hecho penal a consecuencia de su falta de experiencia de vida e inmadurez en la toma de sus decisiones, que se haya admitido la conclusión anticipada del proceso, no son aspectos objetivos suficientes a efectos de considerar que la diferenciación que se substraerá 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 la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, corresponde desaprobar la sentencia consultada.

V. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **MI VOTO** es porque **SE DESAPRUEBE** la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, del veintidós de septiembre de dos mil diecisiete, 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 Alessandra Shaylin Soto Padilla en su calidad de autora del delito contra la Salud Pública - Tráfico Ilícito de Drogas, en agravio del Estado; en consecuencia **NULA** la sentencia

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

consultada, debiendo la Sala Penal de origen emitir nuevo pronunciamiento conforme a las consideraciones glosadas en la presente resolución. **Juez Supremo: Bustamante Zegarra.**

S.S.

BUSTAMANTE ZEGARRA

Mam/kly

**EL VOTO EN MINORÍA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO WONG ABAD, ES
COMO SIGUE: -----**

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fecha veintidós de septiembre de dos mil diecisiete, obrante a fojas setecientos veintiocho, mediante la cual, ejerciendo control difuso, inaplicó al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por contravenir el derecho constitucional a la igualdad, previsto y tutelado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado; así como el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

SEGUNDO: En primer lugar, es del caso señalar que el **control de constitucionalidad** de las leyes, como sabemos, puede realizarse de

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

forma concentrada, constitutiva y abstracta; y, en **forma difusa**, declarativa y concreta³¹.

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”*³² 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”*³³.

En cambio, el **segundo sistema** es **difuso** por cuanto la potestad de inaplicar una ley inconstitucional está 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”*³⁴ 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”*³⁵.

³¹ MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo A. *“La Odisea Constitucional Constitución, teoría y método”*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004; p. 156.

³² Ibid., p. 156.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

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».

Como fácilmente puede advertirse, el control de constitucionalidad otorgado a los jueces deriva del carácter de norma suprema que ostenta la Constitución Política del Perú³⁶.

Así lo ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional³⁷ citando a autorizada doctrina:

«La Constitución es la fuente suprema del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad»³⁸.

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

³⁶ 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”.

³⁷ STC 00047-2004AI/TC, de fecha 24 de abril de 2006, Fundamento 10.

³⁸ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho Tomo II*, Tecnos, Madrid, 1992; p. 28.

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales³⁹».

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 criterios⁴⁰:

- 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.
- 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 veintidós de septiembre de dos mil diecisiete, obrante a fojas setecientos

³⁹ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN, Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997; p. 285.

⁴⁰ 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 27102-2017
LIMA NORTE**

veintiocho, que es objeto de consulta, la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, condenó a Alessandra Shaylin Soto Padilla como autora del delito contra la salud pública – promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas-, en agravio del Estado (previsto en el artículo 296 del Código Penal⁴¹); condenándola por tal motivo a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva.

Asimismo, declaró inaplicable al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, sosteniendo que dicha norma colisiona con el derecho a la igualdad contenido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado y con el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

SEXTO: Sobre este punto, la Sala Superior señaló que la prohibición de disminuir la pena para las personas que tiene responsabilidad restringida conforme al segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, no supera el test de proporcionalidad, por cuanto, para proteger el bien jurídico salud pública, no es necesario proscribir la aplicación de esta circunstancia atenuante, en tanto que no resulta idónea para alcanzar el objetivo

⁴¹ Artículo 296 del Código Penal.- Promoción o favorecimiento al tráfico ilícito de drogas

El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2) y 4).

El que posea drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas para su tráfico ilícito será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y con ciento veinte a ciento ochenta días-multa.

El que provee, produce, acopie o comercialice materias primas o insumos para ser destinados a la elaboración ilegal de drogas en cualquiera de sus etapas de maceración, procesamiento o elaboración y/o promueva, facilite o financie dichos actos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

Texto vigente a la fecha de cometidos los hechos.

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

deseado que es luchar eficazmente contra el tráfico ilícito de drogas y mantener los índices delictivos en límites razonables.

Agrega, que: *«(...) innecesariamente se excluye a la acusada de la posibilidad de reducción de la pena, pues su grado de inmadurez o tránsito hacia la adultez, es justamente una circunstancia en la cual se viene consolidando la personalidad de la misma, por lo cual la intensidad de la pena no resulta necesaria a efectos de lograr la resocialización de la misma, tanto más que se trata de una persona que no registra antecedentes de haber incurrido en la comisión de hechos delictivos».*

Añade, además, que conforme a la doctrina legal desarrollada en los fundamentos 10 y 11 del Acuerdo Plenario N° 04-2008 /CJ-116, referida a la imputabilidad restringida por razón de la edad, los jueces penales se encuentran plenamente habilitados a pronunciarse por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, debido a que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionado, sin fundamentación objetiva suficiente, que impide un resultado legítimo.

Finalmente, indica que se debe tener en cuenta que la aplicación de la responsabilidad restringida –reducción de la pena para el hecho cometido cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años, al momento de realizar el ilícito penal-, se sustenta en la edad de la persona y su capacidad de culpabilidad del imputado.

Por estas razones, la Sala Superior determinó, que en el caso concreto, se advertiría una incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, motivo por el cual, ejerciendo la potestad del control difuso dispuesto en el artículo 138 de la Constitución, inaplicó la prohibición establecida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

SÉPTIMO: Atendiendo a lo expuesto, sobre el control de la constitucionalidad realizado por la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, la cual, inaplicó al caso concreto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por preferir lo prescrito en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

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 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

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable⁴².

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 y veintiún 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

⁴² Véase Fundamento 4.

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

a los individuos entre dieciocho y veintiún años no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente, pues su proceso de madurez no ha terminado, por lo que la capacidad de culpabilidad debe ser considerada como limitada⁴³.

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 criterios⁴⁴:

«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

⁴³ HURTADO, José /PRADO, Víctor: Manual de Derecho Penal. Parte General, I, Lima, 2011, pp. 618-621.

⁴⁴ De acuerdo a lo señalado en el Considerando 25º.

CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE

*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 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° 00751-2 010/PHC/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° 4-2 008/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 décimo primero, 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».*

**CONSULTA N.º 27102-2017
LIMA NORTE**

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 la sentenciada al momento de la comisión del delito tenía diecinueve años. Asimismo, se encuentra acreditado que en dicho momento carecía de antecedentes penales y judiciales. Además, se encontraba cursando estudios universitarios y vivía con su madre.

En consecuencia, el grado inmadurez de la sentenciada, determina que presenten condiciones personales particulares que deben ser consideradas al momento de imponer la pena. En ese sentido, debe ser tratada de igual modo –con responsabilidad restringida– que las 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 cinco años de pena privativa de la libertad efectiva a la imputada, 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 de la sentenciada.

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 numeral 5.6⁴⁵ de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyen la

⁴⁵ 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 27102-2017
LIMA NORTE**

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.

Más aún, si se tiene en cuenta que en el caso de autos la imputada es una estudiante universitaria que, eventualmente, puede reinsertarse a la sociedad y conducirse con mayor madurez.

DÉCIMO CUARTO: Por lo precedentemente expuesto, se concluye que la inaplicación de la prohibición contemplada en el artículo 22 segundo párrafo 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.

Por tales fundamentos, **MI VOTO** es por: **APROBAR** la sentencia consultada de fecha veintidós de septiembre de dos mil diecisiete, obrante a fojas setecientos veintiocho, que **INAPLICÓ** al presente caso lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Alessandra Shaylin Soto Padilla, sobre tráfico ilícito de drogas, en agravio del Estado; y se devuelva.-

S.S.

WONG ABAD

Lvr/myp