



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**EL PRINCIPIO DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY COMO BASE PARA
LA APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL RESTRINGIDA A
TODOS LOS DELITOS.**

(PROPUESTA LEGISLATIVA)

PARA OPTAR AL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO.

PRESENTADO POR: Bach. Jhonathan Rodríguez Pacheco.

ASESOR: Mg. Abg. / C.P.C. Wilmer Fernando Quispe Pacheco.

PUERTO MALDONADO - PERÚ

2017



DEDICATORIA

*A Dios por darme vida, salud y permitirme cosechar éxitos. A mi madre y abuela por ser mi fortaleza para lograr mis propósitos.
En memoria a mi abuelo, que desde la eternidad vela por mí.*



AGRADECIMIENTO

A mi casa de estudio la Universidad Andina del Cusco, mi muy querida institución policial, a mis docentes por la dedicación para compartir sus conocimientos y a mi asesor quien supo direccionar correctamente el desarrollo y culminación de este trabajo.



ÍNDICE

DEDICATORIA II

AGRADECIMIENTO.....III

ÍNDICE.....IV

ÍNDICE DE TABLASVIII

RESUMENIX

INTRODUCCIÓNXI

CAPÍTULO I. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE ESTUDIO 1

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA 1

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA..... 4

1.2.1. Problema principal 4

1.2.2. Problemas secundarios 4

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN..... 5

1.3.1. Objetivo general 5

1.3.2. Objetivos específicos 5

1.4. HIPÓTESIS DEL TRABAJO..... 6

1.5. CATEGORÍAS DE ESTUDIO..... 6

1.6. DISEÑO METODOLÓGICO 6

1.7. JUSTIFICACIÓN DE ESTUDIO 7

1.7.1. Conveniencia: 7

1.7.2. Relevancia social: 8



1.7.3. Implicaciones prácticas: 8

1.7.4. Valor teórico:..... 9

1.7.5. Utilidad metodológica: 9

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN..... 10

2.1. TESIS 10

 Antecedente 1° 10

 Antecedente 2° 12

 Antecedente 3° 13

CAPÍTULO III. NEOCONSTITUCIONALISMO 15

3.1. NOCIONES PREVIAS 15

3.2. ESTADO LEGAL DE DERECHO 18

3.3. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO 19

3.4. NEOCONSTITUCIONALISMO 22

3.5. DIFERENCIAS ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS 24

3.6. TESIS SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL..... 26

3.7. PRINCIPIO PRO HOMINE 26

3.8. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y SU RELACIÓN CON NUESTRAS TESIS 28

**CAPÍTULO IV. EL DERECHO PENAL Y LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES 31**

4.1. EL PRINCIPIO - DERECHO DE IGUALDAD 31

 4.1.1. Aspectos generales 32

 4.1.2. Prohibición de la discriminación 34



4.1.3. Prohibición de las normas discriminatorias 34

4.2. PRINCIPIO DE HUMANIZACIÓN DE LA PENA 35

4.3. PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA Y GARANTISMO PENAL..... 37

4.4. TEST DE PROPORCIONALIDAD..... 38

4.4.1. El subprincipio de idoneidad 41

4.4.2. El subprincipio de necesidad 42

4.4.3. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto 43

CAPÍTULO V. RESPONSABILIDAD PENAL RESTRINGIDA POR EDAD 45

5.1. NOCIONES PREVIAS 45

5.2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL ARTÍCULO 22° DEL CÓDIGO PENAL PERUANO 47

5.3. LA EDAD COMO FUNDAMENTO DE IMPOSICIÓN DE PENAS..... 51

5.3.1. Menores de 14 años..... 51

5.3.2. Mayores de 14 y menores de 18 años 51

5.3.3. Mayores de 18 años..... 52

5.4. RESPONSABILIDAD PENAL RESTRINGIDA 53

5.5. SU TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA 57

5.6. LA APLICACIÓN RESPONSABILIDAD PENAL RESTRINGIDA COMO FACULTAD DEL JUEZ
58

CAPÍTULO VI. PROPUESTA LEGISLATIVA 63

6.1. PROPUESTA LEGISLATIVA..... 63

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS..... 63



EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.....	65
ANÁLISIS COSTO BENEFICIO.....	66
FÓRMULA LEGAL	66
CONCLUSIONES	68
RECOMENDACIONES	71
BIBLIOGRAFÍA	72
ANEXOS	74



ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Categorías de estudio..... 6

Tabla 2. Diseño metodológico..... 7



RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se fundamentará la problemática de la inaplicación del beneficio de la responsabilidad penal restringida, como norma penal que vulnera el principio derecho de igualdad ante la ley en el Estado Constitucional y Convencional de Derecho.

En el Capítulo I de nuestra tesis nos refiere el problema y los aspectos metodológicos del estudio que se aborda en el trabajo.

En el Capítulo II, abordamos los antecedentes de nuestra tesis, anteriores investigaciones por otros autores.

En el Capítulo III, ya comenzaremos a profundizar los temas preliminares que también son fundamentales en estudiar para ir entendiendo el problema en sí; este capítulo es sobre el neoconstitucionalismo, el Estado constitucional de derecho, el Estado legal de derecho, diferencias entre reglas y principios, tesis sobre la justicia constitucional, principio pro homine, y la relación del neoconstitucionalismo con nuestra tesis.

En el Capítulo IV trata sobre el derecho penal y los principios constitucionales, en el que se desarrolla el derecho principio de igualdad ante la ley, prohibición de la discriminación, prohibición de las normas discriminatorias, principio de humanización de la pena, principio de intervención mínima y garantismo penal y la aplicación del test de proporcionalidad.



El Capítulo V es un adentramiento sobre la problemática materia de investigación, desarrollándose los temas de la responsabilidad penal restringida, la evolución normativa del artículo 22° del Código Penal, la edad como fundamento de la imposición de penas y la aplicación de la responsabilidad penal restringida como facultad del Juez.

En el Capítulo VI de nuestra tesis fundamentaremos el porque es posible esta propuesta legislativa sobre modificación del artículo 22° del Código Penal, referido a la responsabilidad penal restringida por edad.

PALABRAS CLAVE: principio derecho de igualdad ante la ley, responsabilidad penal restringida, test de proporcionalidad, control de constitucionalidad, control de convencionalidad.



INTRODUCCIÓN

La presente tesis es para recibir el título profesional de la Carrera de Derecho, mediante la modalidad del curso de Pro tesis de la Universidad Andina del Cusco; es un estudio que trata de analizar, concretizar las ideas, esfuerzos y opiniones del autor, además de las valiosas enseñanzas del asesor que compartió su conocimiento.

El Estado Constitucional y Convencional de derecho, supone la vigencia de los derechos humanos y el respeto de la constitución, en ese sentido de la investigación desarrollada se puede apreciar la colisión entre el principio derecho de igualdad ante la ley y las exclusiones en su aplicación contenidas en el artículo 22° del Código Penal.

La redacción del artículo 22° Código Penal confiere al Juez la posibilidad de aplicar la figura de la responsabilidad penal restringida y como tal debe ser entendida no como una imposición u obligación de éste, toda vez que en una interpretación sistemática del Código Penal existen otros artículos que establecen las circunstancias que agravan la pena.

El neoconstitucionalismo se caracteriza por interpretación de la Constitución y la interpretación conforme de la leyes, haciéndose el derecho más flexible y limitando el poder político del Estado, así al momento de ejercer su derecho a castigar lo hace con observancia de ciertos límites, y optando por aquellas normas referidas a la protección de los derechos humanos, debiendo favorecer en mayor medida posible a las personas, pretendiéndoles la protección más amplia, conforme lo refiere el principio *pro homine*.

Del tema en investigación se tiene que el juez está facultado para realizar el control de constitucionalidad para verificar la validez de la norma y comprobar si la inaplicación planteada



por el segundo párrafo del el Código Penal en el artículo 22, deviene en una medida efectiva y eficaz que no vulnera la dignidad de las personas, por cuanto la pena tiene que ser cierta, pronta y proporcionada al delito siendo más eficaz que la pena dura, cruel, pues se ha demostrado que el incremento en el tiempo de la imposición de las penas, no resuelve la problemática de la criminalidad, tonto más que en la realidad nacional los centros penitenciarios más que cumplir su labor de reinserción del penado a la sociedad, cumplen una labor distinta que es la especialización del delito y del delincuente.

Además, téngase presente que la responsabilidad penal restringida es un beneficio que fue concebido en su redacción inicial como aquel que debía aplicarse a todos los mayores de 18 y menores de 21 años o a quienes tienen más de 65 años cuando cometieron la infracción penal, debido a que no han logrado alcanzar la madurez psicobiológica de un adulto o sus capacidades se ven disminuidas, y que en la actualidad no hay consenso respecto a su aplicación, así se tienen sentencias donde se aplican e inaplican este beneficio a través de la figura del control difuso, por lo que con la presente investigación se contribuirá con la modificación del referido artículo pretendiéndose su aplicación para todos los delitos sin ninguna distinción.



CAPÍTULO I. ASPECTOS METODOLÓGICOS DE ESTUDIO

1.1. Planteamiento del Problema

Jesús María Silva Sánchez citando al maestro Karl Ludwing Von Bar indica “allí donde llueven leyes penales continuamente, donde entre el público a la menor ocasión se eleva un clamor general de que las cosas se remedien con nuevas leyes penales o agravando las existentes, ahí no se viven los mejores tiempos para la libertad - pues toda ley penal es una sensible intromisión en la libertad, cuyas consecuencias serán perceptibles también para los que la han exigido de modo más ruidoso-, allí puede pensarse en la frase de Tácito: Pessima respublica, plurimae leges (SILVA SÁNCHEZ, 2001)”.

Resulta oportuno entonces indicar que la problemática de la criminalidad no se soluciona con la dureza del derecho penal y el incremento de la pena, por lo tanto la aplicación del derecho penal mínimo es necesaria ante tanto intervencionismo estatal, teniendo en consideración que las nuevas corrientes del derecho nos brindan criterios



para la imposición de penas, es así que la realidad actual penitenciaria nos pide a gritos la aplicación de estos nuevos criterios para la imposición de penas en el Perú, tanto más que, según el sondeo realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) el año 2016, en 67 cárceles a nivel nacional, señala que en los últimos diez años (2005-2015), se registró un incremento de 132 %, registrándose en el 2016 una sobrepoblación de 43 922 personas privadas de libertad respecto a la capacidad de albergue (INEI, 2016). Lo que demuestra una tendencia al incremento de la población penal en los próximos años.

No obstante en la legislación peruana la exposición de motivo del Código Penal peruano establece las causas que eximen de responsabilidad penal que a la letra dice: *“(…)El presente proyecto, a diferencia del “Código de Maúrtua”, prescribe con un carácter facultativo, más no imperativo, la reducción de la pena por debajo del mínimo legal señalado para el hecho cometido, cuando el agente tuviera más de 18 años de edad y menos de 21 años de edad al momento de realizar la infracción y para las personas mayores de 65 años (artículo 22º) (…)*”. Pues lo contrario lleva a la aplicación legalista del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

Empero, téngase en cuenta que Código Penal le otorga al Juez la posibilidad mas no la imposición de rebajar la pena cuando el imputado tenga entre edades entre 18 a 21 años, o cuando este sea mayor de 65 años, esta disminución de la pena responde a la aplicación de lo que denominamos responsabilidad penal restringida, de ahí que incluso la jurisprudencia nacional hasta el momento no ha unificado criterios para la aplicación del artículo materia de investigación, más por el contrario la disparidad de criterios causa



inseguridad jurídica, es por ello que en el análisis minucioso del neoconstitucionalismo moderno, así como la aplicación del control de constitucionalidad y convencionalidad, se pretende dotar de mayores conocimientos dogmáticos para la aplicación de la responsabilidad restringida, así como procurar la modificación del artículo 22° del Código Penal.

Así tenemos como ejemplo el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-16 donde establece 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”.

Pero bien es sabido que los jueces prefieren inaplicar el artículo 22° vía control difuso por temor a poder ser sancionado y en otras ocasiones porque en nuestro sistema de justicia aún mantenemos jueces retrotraídos aplicadores de “El Espíritu de las leyes” elaborada por Montesquieu en la teoría de la división de los poderes del Estado y, al referirse al Poder Judicial le situó un rol secundario, de simple aplicador de la ley, más no de intérpretes de ella. De ahí la expresión “El Juez es la boca de la ley”, diferentes a los jueces dotados de mayores conocimientos que no les tiembla la mano al momento de apartarse de criterios tradicionales y con gran criterio y raciocinio emiten sentencias con abundante contenido académico basados en las teorías neoconstitucionalistas, poniendo como ejemplo la sentencia recaída en la Casación N° 335-2015 del Santa.



Finalmente el objeto fundamental de la investigación conlleva a proponer la modificación del artículo 22° del Código Penal, toda vez que considero que la redacción del segundo párrafo del artículo en mención, es contrario al principio derecho de igualdad que goza de reconocimiento constitucional y lo encontramos en la Constitución Política de 1993, consagrado en el artículo 2°, así como otros principios constitucionales que se desarrollaran en la presente investigación.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema principal

¿Debe aplicarse la responsabilidad penal restringida a todos los delitos en virtud del principio derecho de igualdad ante la ley?

1.2.2. Problemas secundarios

- a) ¿Cuál es el tratamiento normativo de la responsabilidad penal restringida en el Código Penal Peruano?
- b) ¿Cómo tratan y aplican la responsabilidad penal restringida los operadores de justicia en los procesos penales?
- c) ¿Qué derecho y principios constitucionales se vulneran con la inaplicación de la responsabilidad penal restringida a todos los procesos penales?
- d) ¿Qué razones de índole personal y social, justifican la aplicación de la responsabilidad penal restringida a todos los procesos penales en virtud del principio derecho de igualdad ante la ley?



- e) ¿Cuál debe ser la formulación adecuada de una propuesta legislativa para la aplicación de la responsabilidad penal restringida a todos los procesos penales en virtud del principio derecho de igualdad ante la ley?

1.3. Objetivos de la investigación

1.3.1. Objetivo general

Establecer cómo debe aplicarse la responsabilidad penal restringida a todos los delitos en virtud del principio derecho de igualdad ante la ley.

1.3.2. Objetivos específicos

- a. Determinar cuál es el tratamiento normativo de la responsabilidad penal restringida en el Código Penal Peruano.
- b. Determinar cómo tratan y aplican la responsabilidad penal restringida los operadores de justicia en los procesos penales.
- c. Determinar qué derecho y principios constitucionales se vulneran con la inaplicación de la responsabilidad penal restringida a todos los procesos penales.
- d. Establecer las razones de índole personal y social, justifican la aplicación de la responsabilidad penal restringida a todos los procesos penales en virtud del principio derecho de igualdad ante la ley.
- e. Precisar cuál debe ser la formulación adecuada de una propuesta legislativa para la aplicación de la responsabilidad penal restringida a todos los procesos penales en virtud del principio derecho de igualdad ante la ley.

1.4. Hipótesis del trabajo

Existen razones de índole personal y social que justifican una propuesta legislativa para la modificación de la responsabilidad penal restringida para todos los delitos, como base para la aplicación del derecho principio de igualdad ante la ley.

1.5. Categorías de Estudio

Dado que nuestro estudio corresponde a una investigación jurídica dogmática propositiva, nuestras categorías de estudio son:

Categorías	Sub Categorías
El principio derecho de igualdad ante la ley	<ul style="list-style-type: none">- Antecedentes- Neoconstitucionalismo- Test de ponderación
La responsabilidad penal restringida a todos los delitos	<ul style="list-style-type: none">- Naturaleza jurídica- Tratamiento normativo- Edad

Tabla 1. Categorías de estudio

1.6. Diseño metodológico

ENFOQUE DE INVESTIGACIÓN	Cualitativo: Dado que nuestro estudio no está basado en mediciones estadísticas sino en
---------------------------------	--



	el análisis y la argumentación respecto a la realidad materia de estudio.
TIPO DE INVESTIGACIÓN	Dogmática propositivo: Según la clasificación del Dr. Jorge Witker. Nuestro estudio pretende establecer las razones suficientes para elaborar una propuesta legislativa en relación al principio derecho de igualdad ante la ley como base para la aplicación de la responsabilidad penal restringida a todos los delitos.

Tabla 2. Diseño metodológico

1.7. Justificación de estudio

El presente estudio que realizare se justifica en las siguientes razones:

1.7.1. Conveniencia:

Es conveniente realizar esta investigación por tratarse de un problema que amerita interés por parte de los ciudadanos y la comunidad jurídica en especial, debido a que la mayoría de magistrados inaplican el artículo 22° vía control difuso, al existir sin lugar a duda una antinomia entre el derecho - principio de igualdad consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política de 1993, lo que debe merecer un tratamiento permisivo de aplicación para todos los delitos.

**1.7.2. Relevancia social:**

Tiene relevancia de carácter social toda vez que es una investigación de suma importancia para la ciudadanía y la comunidad jurídica pues implica que las personas al momento de la comisión de un delito cuya edad oscile entre 18 y 21 años o sean mayores de 65 años, no serán beneficiados con la figura de la responsabilidad penal restringida, ello en atención a la prohibición expresa contenida en el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal y que naturalmente merece su modificatoria.

1.7.3. Implicaciones prácticas:

Con la presente investigación se pretende la aplicación de la responsabilidad penal restringida para todos los delitos, empero, por razón de la edad, y en aplicación del principio-derecho de la igualdad ante la ley, lo que trae consigo que a través de la presente se busque la modificación del artículo 22, toda vez que el segundo párrafo ha limitado su aplicación a ciertos delitos como son: el 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, lo que no resulta propio de un sistema jurídico en el que se vienen protegiendo derechos fundamentales como la dignidad de la persona, libertad, igualdad, legalidad, entre otros.

**1.7.4. Valor teórico:**

Así mismo se pretende establecer claramente la aplicación de la responsabilidad penal restringida para todos los delitos sin distinción alguna, a través de un control de constitucionalidad y convencionalidad así como lo recogido en el artículo 51° de la Constitución Política de 1993 cuando dice que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...).”, lo que no resulta propio de un sistema jurídico en el que se vienen protegiendo derechos fundamentales como la dignidad de la persona, libertad, igualdad, legalidad, entre otros.

1.7.5. Utilidad metodológica:

Considero que los resultados de la presente investigación puedan motivar y aportar información para estudios jurídicos posteriores los cuales puedan ser abordados en diversos puntos de vista que complementen el presente estudio.



CAPÍTULO II. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. TESIS

Antecedente 1°

El primer antecedente de la investigación lo constituye la tesis intitulada: *“PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL DERECHO PENAL CHILENO”*, presentado por Renata Alejandra Llorens Carrasco, en la Universidad Austral de Chile, que concluye:

- El derecho penal, al igual que las demás ramas del Ordenamiento Jurídico, no es una ciencia aislada, se encuentra muy relacionada a otras ramas: el derecho procesal penal, el administrativo, pero por sobre todo al constitucional, ya que es éste, quien le da sustento, fundamento, legitimidad de acción y le impone los límites a su poder sancionador e invasivo.
- Todo Estado moderno, y sobre todo nuestro país, que está pasando a una etapa de verdadera democracia, aspira llegar a convertirse en un legítimo Estado social y democrático de derecho, para ello no solo requiere buenas políticas sociales, un adecuado sistema económico que permita una aceptable repartición de la



riqueza, sino que sobre todo, un completo respeto a los derechos fundamentales de sus ciudadanos, tanto víctimas como imputados.

- El principio de proporcionalidad presenta varias aristas, nosotros lo conocemos y lo tratamos en su sentido estricto (tal y como señala Aguado Correa), es decir, como proporcionalidad de las penas, esto significa una adecuada equivalencia entre el daño cometido y la sanción a imponer por el Estado, de manera que este no se sobrepase y busque otros fines distintos que el de hacer pagar al autor por su delito ante la sociedad, reeducarlo y reafirmar el derecho vigente, no debe buscar instrumentalizarlo y por sobre todo debe respetar el principio humanizador de las penas.
- Nuestro derecho penal, no muestra una marcada tendencia o inclinación más menos definida en cuanto a los fines de la pena que busca, sin embargo, podemos mencionar que es marcadamente retribucionista y preventivo general, lo que lleva a que se vulnere el principio de proporcionalidad de las penas, ya que aquellos delitos de mayor ocurrencia y con mayor repercusión social, que en ocasiones atacan bienes jurídicos de jerarquía inferior, son castigados con mayor pena, que aquellos de una escala superior pero cometidos con menor frecuencia. Soy consciente de que en la actualidad el Retribucionismo más que algo negativo y más que un fin de la pena se ha vuelto un límite al ius puniendi, sin embargo sigo empeñada en mi pensamiento anterior ya que considero que en nuestro código penal ese aspecto positivo no se presenta de forma marcada y permanente.

**Antecedente 2°**

El segundo antecedente de la investigación lo constituye la tesis intitulada: *“DETERMINACIÓN DE LA PENA EN CHILE. PRINCIPIOS DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y FINES DE LA PENA”*, formulada por Carolina Acevedo Zepeda y Angélica Torres Figueroa, en la Universidad de Chile; que concluye:

- El sistema de determinación de penas del Código Penal chileno no es coherente con un Estado Democrático de Derecho, ya que con su aplicación algunos de sus principios se ven vulnerados, debido, principalmente, a la inobservancia de los fines de la pena.
- En este orden de ideas, cabe señalar que, como ha quedado demostrado en el Capítulo IV, los principios de un Estado Democrático de Derecho se ven vulnerados. En algunos casos la infracción se produce con la estructuración del sistema de determinación de penas; en otros, se observa al efectuar la determinación de la pena para cada caso concreto. Ha quedado demostrado que tales infracciones se verían atenuadas o no existirían si nuestro Sistema Penal tuviera claridad respecto a la opción de Política Criminal que, como Estado Democrático de Derecho, debe adoptar. En ese sentido, consideramos que una manifestación de dicha claridad debiera verse reflejada en la adopción de los fines de la pena que apunten a la satisfacción de dicha opción.
- Si se diera aplicación a los fines de la pena en la estructuración del sistema, existiría una directriz, que permitiría, frente a problemas derivados de la



interpretación de la ley penal, optar por la opción que sea más respetuosa de los principios de un Estado Democrático de Derecho. Las infracciones a dichos principios podrían desaparecer, o al menos verse atenuadas sin necesidad de incorporar normas casuísticas que, por lo demás, jamás serían suficientes para abarcar cada una de las situaciones particulares, ni tendrían la flexibilidad necesaria para adaptarse a los cambios que toda sociedad experimenta.

Antecedente 3°

El tercer antecedente de la investigación lo constituye la tesis intitulada: *“JUSTICIA PENAL DEL MENOR Y PRINCIPIO DE ORALIDAD”*, formulada por Mtro. Antonio Fierros Ramírez, en la Universidad Autónoma de Nuevo León; que concluye:

- El proceso penal de menores se caracteriza por un dato incontestable: la necesidad de aplicar el derecho sustantivo lleva sine dubio a perseguir al mismo tiempo la función (o exigencia) para proteger a la sociedad contra el peligro de la delincuencia y defender a los acusados por el peligro de injusta condena.
- El problema surge al no precisar en el proceso de justicia para menores los pilares de un sistema penal garantista, al reconocer por ejemplo; al menor como el garante del sistema frente a la ley del más fuerte, el principio de oralidad sería la parte medular de la ley del más débil, protegiendo a la víctima frente a su agresor y al acusado frente al Estado.
- Precisamente a partir de la ausencia de estos dos principios (sistema garantista penal y de oralidad) se abre la necesidad de conciliarlos en el proceso, teniendo



en cuenta, en primer lugar, que la defensa de la sociedad no debe prevalecer sobre la defensa de la imputación a la mera circunstancia de que el primero es una expresión de interés público, y, en el otro, que, durante todo el proceso hasta una sentencia definitiva no es posible aplicar la pena, sin escuchar las partes. En este sentido, el método está estrechamente relacionado con la forma en que se aplica y, sobre todo, a fin de que con ello se quiere llegar al justo proceso.

- En los regímenes totalitarios se afirma un proceso penal del menor en el cual la defensa de la sociedad prevalece sobre el imputado, en este tipo de procesos impera las exigencias de tipo ideológico al que el Estado representa sobre valores, sobre intereses particulares arriesgando la llegada de la represión, por no decir a la barbarie, a través del estudio realizado podemos afirmar que corremos con la suerte de convertirnos en un sistema subjetivista, al no permitir un sistema objetivista de oralidad.



CAPÍTULO III. NEOCONSTITUCIONALISMO

3.1. Nociones previas

El surgimiento del constitucionalismo se da entre los siglos XVIII y XIX, con precedentes históricos importantes como las revoluciones de Inglaterra, Francia y América, dando como resultado nuevos modelos de organización política de los estados, sentando como base la división de poderes planteada por el Barón de Montesquieu y en la defensa de los derechos del hombre, así en la redacción del artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 queda establecido: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”*.

Por ello con el constitucionalismo se pretende limitar el ejercicio del poder político para ello este poder debe estar sometido a la ley, dicho de otro modo se pretende transformar la fuerza, la coerción, en una facultad regulada por normas jurídicas. Llegando al extremo de restringir el poder de quienes gobiernan sometiéndolos a actuar conforme lo autoriza la ley, de la manera, con los efectos y para los fines previstos en ella.



En la palabras de Luis Carlos SÁCHICA el constitucionalismo surge en procura de eliminar tanto el capricho y discrecionalidad de los gobernantes como la situación privilegiada de los poderosos, al implantar la igualdad de todos ante la ley (SÁCHICA, 2017, pág. 2).

El constitucionalismo busca el reconocimiento de los derechos fundamentales como base de un sistema político y jurídico; político bajo el influjo de la separación de poderes, y jurídico por otorgar a los derechos fundamentales un papel esencial para su fundamentación. Igualmente la Constitución tiene como pilares la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, resaltando la supremacía de la Constitución.

Posterior a ello, como nueva fase del constitucionalismo europeo en el siglo XX, con la creación de los tribunales constitucionales europeos, surge una nueva etapa del desarrollo histórico, con características propias y diferentes respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo.

Pero es recién en 1997 que Susanna Pozzolo, utiliza el término neoconstitucionalismo en el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social en Buenos Aires, para dar cuenta de la teoría filosófica constitucional surgida después de la segunda guerra mundial como consecuencia de las violaciones de los derechos humanos producidas en los regímenes fascistas de Alemania, Italia y España, en consecuencia el neoconstitucionalismo sería definido como el constitucionalismo del siglo XX, impulsado desde la perspectiva filosófica de autores como Gustavo Zagrebelsky, Ronald Dworkin, Robert Alexy, entre otros, quienes buscan la especialización de la interpretación constitucional.



Para el jurista italiano Guastini (GUASTINI, 2001, págs. 153-166) señala siete condiciones que permiten hablar de la constitucionalización de un determinado sistema jurídico:

1. La existencia de una Constitución rígida.
2. La garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La fuerza vinculante de la Constitución.
4. La “sobreinterpretación” de la Constitución.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales
6. La interpretación conforme de las leyes.
7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Zagrebelsky, siendo más acucioso nos acerca todavía más a una idea tangible del neoconstitucionalismo e indica: “el derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva y fundamental la filosofía moral, política y jurídica del intérprete del Derecho (...) La ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente de Derecho y comienza un síntoma de crisis irreversible del paradigma positivista (ZAGREBELSKY, 1995, pág. 65)”.

Por ello al hablar de un estado neoconstitucional se ven variados conceptos tradicionales redefiniendo los criterios inicialmente concebidos sobre Estado Constitucional, para orientarlas a una nueva forma de entender el derecho hacia una concepción que garantice las demandas sobre los derechos fundamentales y replanteando la forma de resolver las controversias constitucionales. Con una



tendencia progresiva a mejorar sus contenidos, haciéndolos más garantistas, en favor de la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

3.2. Estado legal de derecho

El Estado legal de derecho surge en el último tercio del siglo XIX, respaldado por la teoría por el iuspositivismo jurídico e identificando el derecho con la ley definido formalmente como acto de voluntad del poder legislativo, así Hans Kelsen citado por Robert Alexy resumió esta tesis con la fórmula: “por ello cualquier contenido puede ser derecho” (ALEXY, El concepto y validez del derecho, 1997, pág. 13).

Cuando se habla de Estado legal de derecho, este tiene como principal característica el principio de legalidad, reafirmando la primacía de la ley sobre los demás actos del Estado, apoyada por la labor de tribunales destinados a garantizar la legalidad de los actos de la administración del Estado, según esta concepción la norma jurídica sólo es válida no por ser justa, sino únicamente por haber sido emitida por una autoridad imbuido de capacidad normativa. Este el modelo clásico, ideado por Locke y Montesquieu, donde el juez en el estado democrático liberal no era más que la “boca de la ley”, siendo la boca que se limitaba a pronunciar las palabras de la ley. El estado legislativo, hace que cobre especial relevancia el legislador, dando un rol secundario a los operadores, quienes debían cumplir estrictamente lo prescrito por las leyes.

Todo esto generaba en el estudiante de Derecho dos características importantes: una memoria prodigiosa y una capacidad crítica casi nula. Disposición para memorizar



muchos artículos legales pero desprovistos de reflexión crítica de los mismos (ARAUJO FRIAS, 2014, pág. 6).

Desde esta perspectiva, el abogado simplemente se dedica a memorizar y repetir los preceptos legales sin un mínimo de análisis crítico y jurídico, convirtiéndose en mero aplicador de la ley, sin revisar si dichos preceptos legales necesitan alguna mejora.

Así el estado legal de derecho viene a ser un paso para la concreción y el surgimiento del estado constitucional de derecho.

3.3. Estado constitucional de derecho

Bobbio distingue entre tres significados para la expresión “Estado de derecho”. Primero al que denomina significado débil, es el que utiliza Kelsen al afirmar que todo Estado es Estado de derecho. Si entendemos por Estado el Ordenamiento jurídico ningún Estado existe sin orden jurídico, son lo mismo. Un segundo significado sería el del iusnaturalismo extremo, que sólo denomina “*Estado de derecho*” a aquellos ordenamientos en que se respetan en su totalidad los llamados derechos naturales. Finalmente, encontramos una definición intermedia de Estado de derecho; sería aquella forma de gobierno donde el poder señala Bobbio, se ejerce “*sub lege*” y “*per lege*”. Sub lege significa que todo poder se encuentra sometido a la ley y per lege que el poder se ejerce a través de leyes generales y abstractas (BOBBIO, 1986).

La concepción planteada por Bobbio corresponde al modelo clásico del Estado de derecho, en el que los poderes públicos se someten a la ley como expresión de la



voluntad popular que da como resultado el principio de legalidad donde la ley es la que regula la actuación de los gobernantes y estos se encuentran sometidos a ella bajo el poder de su imperio. Entonces un Estado constitucional de derecho es aquel donde rige como norma suprema la Constitución y expresa la sumisión a las normas constitucionales antes que a la ley.

Ferrajoli señala que los actuales sistemas jurídicos han sufrido una transformación. No son más ya el Estado de derecho clásico, sino que hoy conforman el llamado “*Estado constitucional de derecho*” o modelo garantista. Este Estado es un modelo creado por los hombres (FERRAJOLI, *Il diritto come sistema de garanzie*, 1993).

El Tribunal Constitucional peruano dando cuenta del tránsito el Estado legal al Estado constitucional de derecho ha indicado en la sentencia recaída en el expediente N° 05854-2005-PA/TC en el fundamento 2 lo siguiente:

“El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.”



Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al "Derecho de la Constitución", esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos."

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, este supremo tribunal en la sentencia recaída en el expediente N° 047-2004-AI/TC ha establecido:

"La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal.



El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes”

Ahora bien la función punitiva de un Estado constitucional de derecho nace en su soberanía para determinar ciertas conductas y establecer las sanciones correspondientes, enhorabuena el Estado ya no posee un poder absoluto, sino que ahora al ejercer su derecho de castigar lo hace con observancia de ciertos límites, apreciables en forma de principio con arraigo constitucional, es por ello que el legislador al promulgar una determinada ley tiene que circunscribirse dentro del marco de estos principios y garantías, por ende la Constitución compone el fundamento del sistema penal así como su complemento.

Asimismo debemos terminar de entender que el derecho penal no es autosuficiente; origina sus objetivos, finalidades y contenidos tanto en la Constitución Política así como en el Declaración Universal de los Derechos Humanos (considerados valores y principios universales).

3.4. Neoconstitucionalismo

Bajo esta concepción, la norma suprema o “Norma normarum”, es fuente de toda la producción jurídica, la cual está compuesta de principios, distintos a las reglas o preceptos de derecho determinados y su forma de interpretación y aplicación también es distinta al “Paleopositivismo”, teoría bajo la cual existían únicamente reglas de derecho expedidas por el poder legislativo, de aplicación estricta, bajo el método de



“Subsuncción”, muy distinto al nuevo método de la ponderación o “balancing” (balanceo) (GIL RENDÓN, 2017).

Asimismo debe de considerarse la aplicación efectiva de la supremacía de la constitución como fundamento de la justicia constitucional, así Juan Colombo Campbell citando al maestro Luigi Ferrajoli ha calificado como la conquista más importante del Derecho contemporáneo, (COLOMBO CAMPBELL, 2017). Refiriéndose la protección judicial de la dignidad y el respeto de la persona humana, así como los derechos fundamentales frente a la ley.

Considera a la Constitución como soporte que organiza el poder estatal, además de fundamento normativo con aplicación directa e inmediata de sus normas, basada su interpretación de forma sistemática bajo el principio de ponderación y apoyada por el test de proporcionalidad planteadas por el maestro Robert Alexy, bajo el métodos de armonización y unidad constitucional debe ser interpretado desde la óptica del respeto de los derechos fundamentales.

Juan Ospina (OSPINA RENDÓN, 2017) indica que el maestro Norberto Bobbio plantea una distinción de tres tipos de neoconstitucionalismo, así se habla comúnmente del teórico, ideológico y metodológico

Planteadas la distinción realizada por Bobbio toca analizar cada uno de los tipos planteadas por él:

1. Neoconstitucionalismo teórico, busca cambiar los paradigmas de interpretación de la ley, basado en la interpretación de la norma



constitucional y ponderación de los derechos fundamentales, así dota de mayor importancia a la constitución frente a las leyes

2. Neoconstitucionalismo Ideológico, aminora el poder del Estado, y se muestra como garante de los derechos fundamentales.
3. El Neoconstitucionalismo Metodológico, comprende la armonización y subordinación de las normas frente a la Constitución, teniendo presente los principios constitucionales y el reconocimiento de los derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional entrelazando el derecho y la moral.

Ahora bien adentrándonos en el tema materia de investigación en una aproximación entre el derecho penal y el neoconstitucionalismo, la relación existente entre los contenidos de la Constitución y el derecho penal, ha estado determinado por un grupo de principios que operan como barreras a la potestad punitiva estatal: legalidad, proporcionalidad, lesividad, culpabilidad, entre otros.

3.5. Diferencias entre reglas y principios

Una diferencia práctica realizada por el maestro alemán Robert Alexy refiere que las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Con mandatos definitivos. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfaga determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez es aplicable es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la



regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario (ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica, 2016, pág. 458).

Entiéndase entonces que las reglas no tienen fuerza constitutiva más allá de lo que significan, por el contrario dotan de criterios que señala, lo que está permitido y/o prohibido, pudiendo ser aplicadas dentro de lo estrictamente establecido por ellas, es así que sólo pueden surtir los efectos legales establecidos sólo en aquellos casos concretos para los que fueron creadas. En el caso del derecho penal, las normas penales poseen supuestos de hechos que ante su incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas.

Difieren los principios, pues ellos son mandatos de optimización que no pueden ser realizados en su plenitud o completamente, pudiendo ser concretizados de modos distintos, dependiendo de las acciones que se tomen para que puedan ser adoptadas. Es así que los principios están integrados por conductas abiertas, ya que no establece la conducta que debe ser regulada directamente, estableciendo apenas criterios relevantes, contienen mandatos de prima facie, porque su aplicación no es definitiva,



toda vez que, para que sea considerado definitivo, su contenido será revelado después de la ponderación atribuyéndose pesos a cada uno de los derecho en colisión.

3.6. Tesis sobre la justicia constitucional

Puede ser entendida como la jurisdicción que protege los derechos fundamentales en comparación con otras que solo reducen a aquella jurisdicción que puede resolver en base a la constitución, en un sentido amplio debe de entenderse por justicia constitucional a la aplicación de la norma constitucional por parte de los jueces, para resolver tomando en consideración la validez de los actos de la administración o de las normas infralegales y como generalmente se da el caso la verificación de la norma está reservada a un tribunal único al que se denomina tribunal constitucional, al que compete verificar la constitucionalidad de las leyes, entonces por jurisdicción constitucional en sentido lato, o funcional, se entiende entonces la actuación total de estos órganos constitucionales, a los que, por la fuerza de las cosas se les atribuyó muchas otras competencias (RUBIO LLORENTE, 1992).

La manera en que se da el control de constitucionalidad de las leyes se observa de con diversas variantes en el derecho comparado, por ejemplo el sistema de control constitucional puede ser difuso o concentrado, abstracto o concreto, a priori o a posteriori, entre otras clasificaciones.

3.7. Principio pro homine

El principio pro homine o también llamada principio favor persona es una norma jurídica vinculado a los derecho humanos, que vincula a los operadores de justicia a



aplicar la norma u optar por la interpretación más protectora en aquellas controversias en las que se encuentran implicados derechos humanos, por lo que las normas referidas a los derechos humanos deben ser interpretadas conforme con la Constitución y los tratados internacionales debiendo favorecer en la mayor medida posible a las personas permitiéndoles la protección más amplia, esto es, estar siempre a favor de las personas.

Por lo que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (SILVA GARCÍA, Fernando y GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián, 2015). No cabe olvidar que esta “es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales (GIALDINO, 2014, pág. 112) este principio se encuentra vinculado a la colisión de principios y normas y su interpretación.

En este orden de ideas la aplicación de este principio importa no ampliar más de lo permitido en cuanto a las restricciones se refiere, ni mucho menos de las suspensiones. Entonces resulta indispensable determinar los criterios que permitan verificar la legitimidad de una norma.

En la jurisprudencia constitucional peruana se tiene el fundamento 5.11. de la sentencia recaída en el Expediente N° 02061-2013-PA/TC que establece: “(...) el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite

a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho” (SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2014).

Comporta por tanto apelar a una serie de principios generales del derecho internacional y principios del derecho nacional referidos a los derechos humanos, con aplicación e interpretación con observancia del principio pro homine y el principio de no discriminación. Bajo estos criterios debe entenderse que la prohibición expresada en la redacción del segundo párrafo del artículo 22° del Código penal, relativo a aplicación de la responsabilidad penal restringida, deviene en una norma discriminatoria e inobservante del principio pro homine, concordante con la Declaración Universal de Derecho Humanos, que dispone en el artículo 29° lo siguiente:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Referente al respeto de los derechos podemos remarcar la vulneración que se aprecia al derecho a la igualdad en la redacción del Artículo 22° del Código sustantivo.

3.8. El neoconstitucionalismo y su relación con nuestras tesis

Desde un punto de vista crítico hablar de un estado constitucional y convencional de derecho es referirnos a un Estado donde la primacía de la norma constitucional impere frente a las de rango inferior, así el artículo materia de investigación (artículo



22 del Código Penal), claramente colisiona con la Constitución Política, por lo que es tarea de los operadores de justicia aplicar el control de constitucionalidad y convencionalidad para verificar la validez de la norma y comprobar si la inaplicación planteada por el segundo párrafo del el Código Penal en el artículo 22, deviene en una medida efectiva y eficaz que no vulnera la dignidad de las personas y además cumple con los fines de la pena para los cuales ha sido emitida.

Debe resaltarse los fundamentos de la justicia constitucional que deviene en protectora de derechos fundamentales vinculada a la dignidad de las personas, en un sentido amplio debe de entenderse por justicia constitucional a la aplicación de la norma constitucional por parte de los jueces, así como preferir su aplicación respecto de normas de menor jerarquía, de ahí que poder citar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellanos y Otros Vs. Chile, donde la corte dejó establecido en el fundamento 124 que:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas



internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Por lo que ante la continua inaplicación de la responsabilidad penal restringida deviene en inconstitucional por vulnerar el principio derecho de igualdad ante la ley, que discrimina su aplicación a ciertos delitos.



CAPÍTULO IV. EL DERECHO PENAL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

4.1. El principio - derecho de igualdad

El principio - derecho de igualdad desde tiempos remotos ha estado relacionado a la desigualdad, que en sus inicios la desigualdad fue concebida como la regla y la igualdad estaba admitida como excepción en el trato que recibían un grupo de personas por el estatus que ostentaban, hoy a través de la evolución del derecho la igualdad está consagrado en la mayoría de ordenamientos jurídicos, ampliando su aplicación a todas las áreas del derecho.

Este principio en su concepción moderna se gesta con una estrecha vinculación al principio de libertad con la Revolución Francesa, quebrando los estratos sociales que prevalecían en Europa, con el que se pretende más que limitar los privilegios, lo que se pretende es que la generalidad de leyes emitidas por el soberano, tengan eficacia erga omnes sin distinción alguna. Y como consecuencia de ello en nuestros tiempos las normas en sentido formal y material dentro de un estado de derecho debe ser general e impersonal negando la posibilidad de leyes particulares fundadas en distinciones



personales. Entonces al derecho a la igualdad involucra que todas las personas deben ser tratadas de manera semejante por parte del Estado, prohibiéndose la desigualdad en el trato. Contrario sensu la discriminación viene a ser un trato desigual de los iguales. Empero, la realidad ha demostrado que existen desigualdades en la sociedad, lo que exige que el Estado acoja medidas orientadas a lograr el cumplimiento de este derecho-principio.

La igualdad puede estudiarse desde dos perspectivas: como principio en el ordenamiento jurídico interno, entendida como aquellos fragmentos construyen y dan sentido al ordenamiento jurídico, al que habrá que darle un contenido interpretativo para cada caso, así también como derecho fundamental de las personas, que debe exigirse de manera individual, por el que se otorga a todas las personas el derecho a ser tratados con igualdad ante la ley sin tolerar discriminación alguna por cuanto los ciudadanos somos sujetos de derecho bajo las mismas condiciones.

4.1.1. Aspectos generales

La Declaración Universal de los Derecho Humanos en el artículo 7° establece:

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



Bajo esta misma línea de pensamiento el ordenamiento nacional ha establecido el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en la constitución política de 1993, en el artículo 2 numeral 2, de la siguiente manera:

“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”

Por lo que constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentran en la situación descrita en el supuesto de la norma mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (GUTIERREZ TECSI, 2011).

La igualdad es un desafío que se yergue frente al derecho, tanto más en sociedades pluricultural como la nuestra, rasgo que es compartido por las sociedades modernas, por lo que la igualdad es una aspiración normativa, vinculada a la dignidad humana, dignidad que es atribuida a todas las personas sin distinción alguna por cuanto en palabras de Walter Gutiérrez Camacho y Juan Manuel Sosa Sacio “constituye un bien jurídico constitucional”.

4.1.2. Prohibición de la discriminación

La prohibición de discriminación implica que ningún funcionario o servidor puede ejercer un trato desigual entre las personas, asimismo puede ser entendida como prohibición a todo trato desigual que perturbe el normal ejercicio de los derechos fundamentales; invoca además que el Estado a través de sus órganos al emitir normas estas no contengan fórmulas discriminatorias o que los órganos judiciales impartan resoluciones contrarias a derecho.

4.1.3. Prohibición de las normas discriminatorias

Se ha indicado que el Estado a través de sus órganos al emitir normas estas no debe contener fórmulas discriminatorias, en consecuencia implica que las normas deben ser iguales para todos. En esta línea de pensamiento se ha plasmado el artículo, 103° de la Constitución Política de 1993 estableciendo:

“Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de la cosa, pero no por las diferencias de las personas.”

De la interpretación realizada por Bernales, esta disposición recoge el principio jurídico de la generalidad y de las condiciones de igualdad en la expedición de las leyes, lo que evita que a través de éstas se concedan privilegios y estatutos de carácter personal (BERNALES, 1996, págs. 93-96).

Para un mejor entendimiento del artículo en comento el Tribunal Constitucional ha determinado en la sentencia recaída en el Expediente



Acumulado N° 0001/003-2003-AI/TC, publicada el 31 de agosto de 2003, lo siguiente:

La prohibición prevista en el Artículo 103° de expedir normas "por razón de la diferencia de las personas", debe ser interpretado en forma concordante con el Artículo 2° inciso 2 de la Constitución. En este sentido, el Artículo 103° "abunda en la necesaria igualdad formal prevista (en dicho Artículo), según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales".

Entonces cabría la pregunta si la redacción actual del artículo 22° del Código penal, no genera un trato desigual y discriminatorio, disímil a lo establecido por los artículos 2° numeral 2) y 103° de la Constitución Política de 1993, así como lo interpretado por el supremo tribunal.

4.2. Principio de humanización de la pena

Es desde 1764 que Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, propugna la racionalidad del castigo indicando que para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, las más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, y dictada por las leyes (BECCARIA, 2004, pág. 255).

Tomando parte en esta posición y estando de acuerdo con Cerezo Mir la pena cierta, pronta y proporcionada al delito es más eficaz que la pena dura, cruel, pues se ha demostrado que el incremento en el tiempo de la imposición de las penas, no



resuelve la problemática de la criminalidad, tanto más que en la realidad nacional los centros penitenciarios más que cumplir su labor de reinserción del penado a la sociedad, cumplen una labor distinta que es la especialización del delito y del delincuente.

En el ordenamiento jurídico nacional este principio tiene estrecha vinculación con el artículo 1° de la Constitución del Perú de 1993, que señala:

"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Teniendo presente la dignidad de la persona, ello limita el ius puniendi estatal, toda vez que no es posible la aplicación del derecho penal sin tener presente que estamos ante a un ser libre por esencia, que merece un trato digno distinto al de un objeto y con observancia del respeto a sus derechos, y sobre el cual, el Estado no puede ejercer de forma desproporcionada su poder, y que, en caso se encuentre sobre él responsabilidad penal la imposición de una penal sea una justa, una pena humana.

Por otro lado la dignidad de la persona, entendido como la piedra angular sobre los que se desarrollan los derechos fundamentales de las personas y, por ello debe considerarse como es el soporte estructural sobre el que se desarrolla la norma constitucional, además de su vinculación con la defensa de la persona humana, también se encuentra interrelacionada con al principio de proporcionalidad contemplado por el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.



Bajo estos criterios entiéndase que la dignidad de la persona humana en su vinculación con la imposición de penal, se caracteriza por el respeto de quien comete un delito, que como tal, la pena debe cumplir con la finalidad reeducativa, rehabilitadora y resocializadora del penado. Y para tal fin el Estado en su rol protector de la sociedad debe tomar las medidas adecuadas para que el penado pueda reincorporarse a la sociedad, contrario sensu es concebir al infractor como objeto más que como sujeto, es decir el infractor no sería un fin sino un medio retributivo de la acción punitiva estatal. En ese sentido la aplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, es definitivamente contrario al derecho penal garantista, que vela y respeta de los derechos de la persona humana, teniendo en consideración que la inaplicación del beneficio de la responsabilidad penal restringida, comporta la inoperancia, para la aplicación de este principio básico del derecho.

4.3. Principio de intervención mínima y garantismo penal

Para tratar el tema de garantismo penal y derecho penal mínimo es necesario remitirnos a las concepciones propuestos por Ferrajoli para quien un derecho penal de este tipo tendría que tener un carácter mínimo, el cual se expresaría al menos en dos sentidos: como minimización de la capacidad del Estado para determinar qué conductas son delitos y que penas deben imponerse a quienes las realice, por un lado, y para establecer que respuestas procesales pueden dar el estado frente al fenómeno delictivo (FERRAJOLI, Garantismo penal , 2006, pág. 3).

Conceptos que tienen como propósito la disminución de la violencia entre particulares, así como la violencia del Estado hacia los particulares. Ideas que al



parecer no son compartidas por el legislador nacional, cuya única concepción de la lucha contra la criminalidad está dada con el incremento de las penas, tal es el caso que con el devenir de los años la concepción primigenia que se tenía de responsabilidad penal restringida ha ido variando en su aplicación, tanto más que inicialmente no hacía distinción alguna entre los tipos de delitos para su imposición, contrario a la actual redacción que ha incrementado el abanico de delitos en los que no se da su aplicación.

La idea planteada por Ferrajoli está dada en razón que el garantismo penal está estrechamente vinculada con el derecho penal mínimo, que propugna limitar el poder punitivo estatal, proyectado en garantías penales sustanciales y procesales, entonces el garantismo penal es un modelo teórico del derecho penal capaz de minimizar la violencia estatal, tanto en la prevención de los delitos como en su comprobación en sede judicial, teniendo como límites la defensa de los derechos fundamentales de la persona, la única justificante racional que ofrece el derecho penal es permitir la reducción de la calidad y cantidad de la violencia social, así como las reacciones por parte del Estado frente a los delitos.

4.4. Test de proporcionalidad

Para hablar del test de ponderación o principio de proporcionalidad, es imprescindible referirnos al autor alemán Robert Alexy, para quien las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios.



Según el Tribunal Constitucional encuentra sustento normativo en el artículo último párrafo del artículo 200° de la Constitución Política de 1993, desarrollado en Sentencia recaída en el Expediente N° 010-202-AI/TC, que establece:

195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

196. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

El Nuevo Código Procesal Penal en su artículo 253°.2 establece:



“Que la restricción de un derecho fundamental en el proceso penal requiere que se imponga con el necesario respeto al Principio de Proporcionalidad (...).”

Su referencia compone un pilar fundamental, toda vez que reconoce expresamente como regla la aplicación de este principio de carácter transcendental adaptable a toda restricción de derechos fundamentales. Una medida impuesta que admite, que este principio debe cumplir con los criterios de idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto; esto es, que supone la aplicación del juicio de ponderación, entre la gravedad o intensidad de la intervención y el peso de las razones justificadoras, de allí la importancia de este principio en tanto coadyuva para la mejor resolución de la presente tesis.

La dinámica del principio de proporcionalidad involucra que si no hay otra medida más que la privativa de la libertad de una persona, esta debe imponerse no sólo conforme a lo establecido por la ley en las forma y del modo previsto, sino que además debe tener la debida proporcionalidad, en la medida justa, lo que nos lleva a atender la gravedad, importancia y a la naturaleza de la medida, así como las circunstancias de la persona imputada.

El Principio de Proporcionalidad conforme a la Constitución Política de 1993, de acuerdo a una interpretación sistemática del artículo 2º numeral 24, literales a) y e), se extrae que la pena tiene que tener como fin último al ser humano conforme el artículo 1º de la Carta Magna.

4.4.1. El subprincipio de idoneidad

El análisis de idoneidad consiste en la comprobación, si el fin puede ser considerado fundado desde la perspectiva constitucional. Solamente si se han determinado con anterioridad qué finalidad persigue la medida legislativa, y si se ha observado que la finalidad no es ilegítima desde la óptica constitucional, podrá cuestionarse si la medida tomada por el legislador resulta apropiada para contribuir a su realización. Para realizar este examen, con anterioridad se debe establecer cuál es el fin que la ley pretende alcanzar y evaluar si el fin a alcanzar corresponde a un fin constitucional.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0045-2004-AI/TC ha establecido que:

“La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin entre el medio adoptado y el fin medio a fin, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Es decir, se trata del análisis de una relación medio-fin.”

Asimismo el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 579-2008-PA/TC Lambayeque, en el fundamento 25 ha señalado:

“En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar.”

4.4.2. El subprincipio de necesidad

El Tribunal Constitucional en el caso Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, sentencia recaída en el Expediente N° 0045-2004-AI/TC, ha definido a este subprincipio como:

“El análisis sobre la existencia de medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor medida respecto del medio utilizado. Por lo tanto, se trata del “análisis de una relación medio-medio”, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos”.

En la Sentencia N° 0045-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional busca examinar si existen otros medios alternativos al optado que no sean gravosos, o al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptarse para alcanzar el mismo fin.

Compartiendo este criterio Corte Superior de Justicia en la Casación N° 335-2015 El Santa en el fundamento vigésimo tercero indica:

“Que la imposición de 30 a 35 años de pena privativa de la libertad al autor o partícipe de la violación sexual de una menor de 13 años (...) no es un medio necesario o indispensable para lograr la



protección efectiva del bien jurídico “indemnidad sexual” por cuanto existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo. En la vida real, no se ha acreditado que la pena de 30 a 35 años de cárcel prevista en el artículo 173.3 del DP, sea una pena necesaria e indispensable para alcanzar el objetivo de proteger el bien jurídico “indemnidad sexual”, tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de base constitucional (art. 200 de la Constitución) como en su fundamento convencional (art. 30 de la CAHD)” resaltado mío-

Y finaliza indicando: *“Lo que es idóneo en abstracto no siempre es necesario ni proporcional en concreto. En consecuencia la pena draconiana establecida por el tipo no supera el subprincipio de necesidad” resaltado mío-*

4.4.3.El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

La Corte Superior de Justicia en la Casación N° 335-2015 El Santa al pronunciarse sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto ha establecido:

“Consideramos que es importante analizar este extremo por cuanto se trata de establecer, si la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado, de 30 años de pena privativa de libertad, es excesiva y vulneradora de la



libertad personal del procesado; y si la pena de 5 años de prisión impuesta por la Sala Penal de Apelaciones, resulta adecuada al hecho punible, de cara al principio de proporcionalidad.”

Este mismo Tribunal en la Sentencia N° 0045-2004-AI/TC indica

“Consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Como se aprecia, en la ley están presentes los dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro del otro.

Se establece así una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación del derecho, y por tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en el derecho habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en el derecho sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en el derecho no estará justificada y será inconstitucional.



CAPÍTULO V. RESPONSABILIDAD PENAL RESTRINGIDA POR EDAD

5.1. Nociones previas

A lo largo del desarrollo el ser humano está sujeto a constante desarrollo biológico y social, que a su vez influye en su desenvolvimiento en la sociedad y en su propia autorrealización personal, así mismo esta influencia se ve reflejada en la comprensión de las normas, por lo que no basta la comprensión de lo prohibido y permitido por ley, sino además importa que la persona en este estadio interiorice el carácter delictuoso de un acto y así su conducta se ciña a lo permitido socialmente.

Frente al derecho penal, para que a una persona se le impute la comisión de un delito, esta debe cumplir ciertas condiciones para que el Estado sea quien a su vez exija la responsabilidad por parte del infractor, así nuestro ordenamiento jurídico ha establecido determinados criterios para la imposición de las penas, siendo una de ellas el cumplir la mayoría de edad, que en la legislación peruana está dada por el cumplimiento cronológico de dieciocho años, en tanto los menores de dieciocho años son considerados inimputables ante la ley penal, todo ello en concordancia con lo



establecido por el Código Penal en el artículo 20° numeral 2) referido a las causales que eximen la responsabilidad penal.

Según el artículo en comento, el menor de dieciocho años está exento de responsabilidad penal, siendo considerado por la norma penal como inimputable, en comparación al tratamiento jurídico penal establecido para los adultos, no obstante se le imputa una responsabilidad penal de características especiales por el injusto cometido, al que se le denominará adolescente “adolescente infractor”.

Así la conducta de quien comete un delito siendo joven es menos reprochable, dado que se relacionan a esta situación un cúmulo de carencias que permitan que el sujeto, no comprenda el carácter delictuoso de sus actos a plenitud.

Siendo esto así, el legislador dispuso como causal de exención de responsabilidad, la minoría de edad, solo aplicable en el ámbito criminal, pues existe un procedimiento especial para los menores infractores de la ley penal (siempre que sean mayores de 14 años de edad), donde también se aplica sanciones de orden punitivo (internamiento); son en puridad motivos de orden político criminal, que definen dicho tratamiento legal.

De acuerdo a ello la hipótesis en cuestión, hace referencia a mayores de dieciocho años de edad así como a los mayores de sesenta y cinco años, que de cierta forma tomarían el intervalo cronológico previsto en el artículo 22° del Código Penal.

5.2. Evolución normativa del artículo 22° del Código Penal Peruano

En la exposición de motivos del Código Penal aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635, realiza una sucinta descripción sobre la responsabilidad restringida y explica lo siguiente:

“El presente Proyecto, a diferencia del "Código Maúrtua", prescribe con un carácter facultativo, más no imperativo, la reducción de la pena por debajo del mínimo legal señalado para el hecho cometido, cuando el agente tuviere más de 18 años de edad y menos de 21 años de edad al momento de realizar la infracción y para las personas mayores de 65 años (artículo 22)”.

Entiéndase que la redacción original del artículo 22° del Código Penal, fue concebida en sus inicios como una norma con carácter facultativa más no imperativo, característica que hasta la última modificatoria del artículo se mantiene, con este mandato, lo que se pretende es la disminución de la pena por debajo del mínimo legal, puesto que el individuo no ha alcanzado una madurez absoluta, asimismo se destaca que inicialmente no hacía distinción alguna entre los tipos de delitos para su imposición, bastaba que el individuo al momento de la comisión del delito tuviera edades entre los dieciocho a veintiún años o sea mayor de sesenta y cinco años, quedando redactado de la siguiente manera.

Artículo 22.- 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”.



En su primera modificación a través del artículo único de la Ley N° 27024, publicada el 25 de diciembre de 1998, consigna un listado de delitos que exceptúan la imposición en su aplicación, cuyo texto fue el siguiente:

"Artículo 22.- 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.

Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua."

A casi una década de haber sufrido su primera modificación este artículo sufre una nueva variación mediante el Artículo 1 de la Ley N° 29439, publicada el 19 noviembre 2009, cuyo texto en el primer párrafo es incrementado, incluyendo nuevas excepciones quedando como sigue:

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

El 19 agosto 2013, sufre una nueva modificación a través del Artículo 1 de la Ley N° 30076, que siguiendo la línea, incrementa las excepciones de aplicación de la responsabilidad penal restringida, cuyo texto es el 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 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."



Al igual que sus antecesoras se puede observar que con el tiempo la redacción inicial ha sido modificada casi en su integridad, incrementando las restricciones para la aplicación de la responsabilidad penal restringida cada vez más, artículo modificado por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1181, publicado el 27 julio 2015, cuyo texto es el 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 sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

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

5.3. La edad como fundamento de imposición de penas

5.3.1. Menores de 14 años

Comprende a los adolescentes que antes de haber alcanzado los 14 años de edad realizan conductas ilícitas, estos por lo tanto carecen de toda responsabilidad penal, por tanto, no les es aplicable el régimen jurídico de justicia penal juvenil toda vez que son inimputables absolutos, por lo que no es posible imponer medidas socioeducativas; siendo únicamente aplicables las medidas de protección establecidas en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescente.

El ordenamiento jurídico nacional encuentra sustento en el artículo Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral 3 literal c), ordenamientos supranacionales que establecen la edad mínima para los menores que infrinjan la ley penal, a su vez nuestro ordenamiento interno toma como base el artículo 40 numeral 3 literal c) de la Convención sobre los Derecho del Niño y la regla N° 02 de las Reglas de Bijing que establece la edad mínima para los menores infractores quedando está en 14 años, presumiendo que por debajo de dicha edad se presumirá que los niños no tienen capacidad para quebrantar la norma penal.

5.3.2. Mayores de 14 y menores de 18 años

El artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes, señala que los adolescente de 14 hasta antes cumplir los 18 años presentan una penal especial,



por lo cual no pueden ser procesados como adultos, sometiéndolos a un proceso de infracción a la ley penal y al comprobarse su responsabilidad se impone medidas socioeducativas establecidos en el artículo 217 del Código de los Niños y Adolescentes, que son desde amonestación simple, hasta la privación de la libertad en centros juveniles, donde se respetan las garantías procesales al igual que un proceso para los adultos.

El sistema de responsabilidad penal cuyas edades fluctúan entre los 14 y los 18 años de edad al momento de realizar la conducta considerada delictiva, se les reconoce su capacidad de imputabilidad específica propio desarrollo del estadio formativo del menor, ya que la capacidad de imputabilidad de un al menor no es comparables al de los adultos, lo que se ve reflejado en los matices normativos propios para los adolescentes.

5.3.3. Mayores de 18 años

El Código Penal establece en su artículo 20 inciso 2) que: “Está exento de responsabilidad penal: 2) El menor de 18 años”. En virtud a ello, se ha establecido un criterio cronológico para que el sujeto pueda responder plenamente por los actos delictivos cometidos a través del sistema común, pero con un beneficio que pueda disminuir prudencialmente la pena.

Se dice que “la determinación de la mayoría de edad penal en los 18 años plena aplicación del derecho penal de adultos es sin duda una decisión de política criminal esencialmente fundamentada en la necesidad de una

intervención especial, en la órbita de persecución, frente a los menores. El legislador considera un principio de privilegio para el agente, en cuanto asume que hasta ese momento la persona no ha alcanzado el grado de formación y madurez suficiente para hacerle aplicable en su integridad el sistema penal de adultos (PABÓN PARRA, 2007, págs. 10-11)”.

5.4. Responsabilidad penal restringida

La función de la dogmática jurídico penal en el marco del estado social y democrático de derecho, no solo puede estar vinculada al apego estricto de la ley sino que su construcción es sistemática y coherente, siempre y cuando sus fines se adecuen a los de la sociedad y la política en general, donde se tutele no sólo la libertad del sujeto infractor de la norma sino de ofrecer soluciones en realidad racionales, a la conflictividad social, que da origen del delito (PEÑA CABRERA FREYRE, 2017, pág. 49).

A lo largo del desarrollo el ser humano está sujeto a constante desarrollo biológico y social, que a su vez influye en su desenvolvimiento en la sociedad y en su propia autorrealización personal, así mismo esta influencia se ve reflejada en la comprensión de las normas, por lo que no basta la comprensión de lo prohibido y permitido por ley, sino además importa que la persona en este estadio interiorice el carácter delictuoso de un acto y así su conducta se ciña a lo permitido socialmente.

Para ello se tiene que observar el carácter evolutivo de las personas así como la comprensión de carácter delictuoso de sus actos, ya que la transición de la adolescencia



a la adultez no garantiza la maduración completa de las personas, y para ello el legislador ideó en su forma original del artículo 22° del Código Penal establece expresamente, como eximente incompleta de responsabilidad penal, los 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 sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción”.

Esta disposición, como se advierte de su tenor, no contemplaba ninguna excepción por razón del delito cometido. Empero en las reformas siguientes, se han incorporado excepciones a esta eximente tomando en consideración ciertos delitos, considerados muy graves.

Las Salas Penales Permanentes y Transitoria en el X Pleno Jurisdiccional, han emitido el Acuerdo Plenario N° 1-2016/CIJ-116, que en el fundamento jurídico 9 establece:

“El artículo 22 del Código Penal se erige en una eximente imperfecta radicada en la categoría culpabilidad. El primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad – condición previa e indispensable de la culpabilidad–. Esta tiene dos ámbitos: a) el sujeto debe alcanzar una edad determinada: dieciocho años; y, b) el sujeto no debe padecer graves anomalías psíquicas, que eliminen el grado mínimo de capacidad de autodeterminación exigido por nuestro ordenamiento jurídico.”



Citando al maestro Villavicencio, este indica que por razones de seguridad jurídica, nuestro legislador no sólo fijó en dieciocho años la edad mínima para la capacidad de culpabilidad (artículo 20.2 del Código Penal), sino que, además, como un concepto específico, estableció que cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años de edad, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción –el sujeto es capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme con esa comprensión, corresponde la reducción prudencial de la pena, la cual –según línea jurisprudencial uniforme– siempre opera del mínimo legal hacia abajo (VILLAVICENCIO TERREROS, 2006, págs. 606-608).

En el Acuerdo Plenario antes citado, se ha establecido en el fundamento jurídico 15 lo siguiente:

*“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. En igual sentido, ya se ha pronunciado la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en las Consultas números 1260-2011, de 7-6-2011, y 210-2012, de 27-4-2012. **Las exclusiones resultan inconstitucionales y los jueces penales ordinarios no deben aplicarlas**” – resaltado mío-.*



Teniendo en consideración lo antes expuesto los jueces de las Cortes Superiores de Justicia, en atribución a sus funciones han realizado control difuso en diferentes procesos así tenemos la Consulta N° 1260-2011 Junín, Consulta N° 2472-2010 Junín, Consulta N° 210-2012 Cajamarca, el Recurso de Nulidad N° 993-2012-Lambayeque, Recurso de Nulidad N° 2088-2012 Lima, el Recurso de Nulidad 2593-2012 Cusco, Recurso de Nulidad N° 3283-2015, Casación N° 335-2015 El Santa y recientemente la Casación N° 344-2017 Cajamarca así como el Recurso de Nulidad N° 502-2017 Callao, donde inaplicando lo establecido en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, impusieron penas por debajo de la pena conminada establecida en el Código Penal.

Se extrae que entonces que existe una discriminación en cuanto al beneficio de la responsabilidad penal restringida, y que amerita la modificación del artículo materia de investigación. Lo que queda reafirmado por lo establecido en el Recurso de Nulidad N° 3283-2015 Junín en el fundamento sexto que indica:

“Con respecto a la responsabilidad restringida por edad, si bien el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal establece que no podrá reducirse la pena del agente que haya incurrido en el delito de robo agravado; sin embargo, deben tenerse en consideración que -conforme lo ha sostenido con anterioridad esta Corte Suprema- “tal limitación por vulnerar el principio institucional, de relevancia constitucional, de igualdad no puede ser aplicado. En efecto, la base de la diferencia en función a la edad se sustenta en capacidad penal disminuida -sustento o elemento esencial de la culpabilidad-, no en el



delito cometido; hacerlo por esa razón significa incorporar como regla de interdicción de exención de pena, un elemento impropio que decide la antijuricidad y, por tanto, con una base no objetiva ni razonable que una democracia constitucional no puede aceptar”.

A contrario sensu del criterio antes estudiado, se tiene de la revisión de sentencias como la Casación N° 336-2016-Cajamarca en la reformando la sentencia impusieron la pena de 35 años de pena privativa de la libertad por el delito de violación sexual en la modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad, Consulta 1618-2016 Lima Norte en el que desaprobaron la consulta razón de haber efectuado el control difuso del segundo párrafo del artículo 22° del Código en un proceso penal por delito de robo agravado en grado de tentativa, en este mismo sentido tenemos las Consulta 700-2017 Junín, Consulta 282-2011 Junín, Consulta 832-2012 Puno, entre otras en las cuales se desaprobó la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, imponiéndose penas desde el punto de vista del suscrito excesivas, todos ellos a personas que al momento de la comisión del hecho delictuoso tenían edades entre 18 a 21 años.

5.5. Su tratamiento en la legislación comparada

Asimismo el Perú no es el único país que ha acogido este criterio en su norma penal, también lo podemos encontrar en la legislación comparada claro ejemplo de ello es el Código Penal de España (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) que, en el artículo 69° establece:

“Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga.”

La legislación portuguesa sigue esta misma línea de idea y deja sentado en el Código Penal (Ley 59/2007, de 4 de septiembre), artículo 9:

Disposiciones especiales para jóvenes

A los mayores de 16 años y menores de 21 son aplicables normas fijadas en legislación especial.

Según la traducción del Código Penal Alemán realizado por Claudia López Díaz habría una disposición similar para cuyos efectos también se entiende por menores adultos a los comprendidos entre 18 a 21 años de edad, quedando redactado de la siguiente manera:

§ 10. Disposiciones especiales para adolescentes y menores adultos Para hechos de adolescentes y menores adultos sólo rige esta ley en la medida en que no determine otra cosa la ley de los tribunales de menores.

5.6. La aplicación responsabilidad penal restringida como facultad del juez

El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referida a la supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución establece:



“De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, 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.

“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.”

El Código Procesal Constitucional ha establecido dos criterios para el ejercicio del control difuso cuando señala, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar, que:

“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la constitución.

De esta manera, la exigencia al Juez que el ejercicio del control difuso que vaya a efectuar sea practicado en tanto resulta pertinente para la dilucidación del caso en su conocimiento; y que; además, emplee en su análisis el criterio de interpretación constitucional denominado “interpretación conforme a la constitución”, que le

demandará preferir, de las múltiples interpretaciones que puedan establecerse respecto de la norma cuestionada, aquella que salve su constitucionalidad.

Asimismo encontramos asidero constitucional en el artículo 138° de la Constitución Política del Perú de 1993, y sobre el control difuso ha establecido:

“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.”

Bajo el criterio de las normas antes citadas considero que, la función judicial está dada por criterios de control de constitucionalidad y de convencionalidad de las normas, por las que el Juez en un Estado constitucional y convencional de derecho, está amparado para inaplicar bajo estos parámetros las leyes que colisiones con el texto constitucional o tratados de carácter internacional de las que el Perú es parte integrante. En este orden de ideas el artículo 22° del Código Penal está siendo aplicado bajo diferentes criterios en la jurisprudencia nacional, en tanto su aplicación o inaplicación está sujeta a la discrecionalidad e independencia judicial. Por lo que se tiene una aplicación dispar en la emisión de sentencias.

En cuanto al Juez esta facultad otorgada en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal, en tanto se establece como norma facultativa la imposición del beneficio



de la responsabilidad penal restringida para la disminución de la pena. Es así que la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 335-2015-Del Santa, inaplicó el segundo párrafo del artículo en comento, toda vez que éste, no guarda relación con el principio de proporcionalidad previsto en el último artículo párrafo del artículo 200° de la norma constitucional y con el artículo VIII del Código Penal que señala: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho” y principalmente de resocialización del reo previsto en el artículo, previsto en el numeral 22 del artículo 139° de la Constitución Política de 1993, así como el principio de convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanos o degradantes, garantizados por el artículo 5.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, por lo que en el caso materia de investigación la imposición de penas sin la aplicación de la responsabilidad penal restringida implica una mayor imposición del quantum de la pena privativa de la libertad.

En este orden de ideas los Jueces Penales, en sus diferentes jerarquías deben propender a mantener un equilibrio entre legalidad, la observancia y el respeto por los derechos fundamentales y la vigencia de los principios entre ellos, el de proporcionalidad que tiene amparo constitucional. Asimismo debe analizarse su aplicación en relación con los principios de proporcionalidad y el principio de resocialización.

Por lo que de apreciar el Juez un conflicto entre disposiciones legales y principios constitucionales, así como principios de rango convencional, estos deben de ser objeto de ponderación, debiendo considerarse que con la inaplicación de la responsabilidad



penal restringida existiría sobre criminalización, en cuanto a la pena establecida para los bienes jurídicos protegidos. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad N° 3283-2015 Junín en el fundamento sexto que indica:

“Por otra parte, la facultad del Juez para poder atenuar la pena en los delitos de robo agravado, cometidos por jóvenes de responsabilidad restringida, no es idónea ni necesaria para combatir este tipo de delitos. “Si ya la aplicación de penas altas constituye un problema acerca de la legitimidad constitucional de las normas penales, en orden a los fines constitucionales de la pena, entonces, la exclusión de la atenuante por imputabilidad disminuida deviene en una medida arbitraria y no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado: lucha contra la criminalidad y mantener los índices delictivos en límites razonables.”



CAPÍTULO VI. PROPUESTA LEGISLATIVA

6.1. PROPUESTA LEGISLATIVA

En este capítulo ya elaboraremos el Proyecto Ley sobre la Responsabilidad Penal Restringida por Edad, como veremos a continuación:

PROYECTO LEY N° -2017

1. Proyecto de Ley tiene por objeto modificar el Código Penal en la Parte General, Capítulo III, artículo 22° sobre Responsabilidad Penal Restringida por Edad.
2. Integrantes del grupo parlamentario (...) que suscriben ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Estado y el artículo 75 e inciso 2 del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente proyecto de ley:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El objetivo fundamental de una eficaz política de prevención no es el sueño utópico de la erradicación del crimen, sino de su control de manera razonable, por ello en el marco de un Estado Constitucional y Convencional de Derecho, la prevención de



la comisión de delitos debe ser considerado como el problema de los medios o instrumentos a utilizar, y el de los costes sociales de la prevención, la prevención es más que disuadir, obstaculizar la comisión de delitos, intimidando al infractor potencial o indeciso. Prevenir es más que disuadir, más que obstaculizar la comisión de delitos, intimidando al infractor potencial o indeciso. Prevenir significa intervenir en la etiología del problema criminal, neutralizando sus causas. Contramotivando al delincuente (con la amenaza de la pena, o con un sistema legal en excelente estado de funcionamiento) quedan aquellas intactas, no se atacan las raíces del problema sino sus síntomas o manifestaciones. Lo que no basta (PABLOS DE MOLINA, 2009, pág. 1066).

El legislador nacional en la exposición de motivos del Decreto Legislativo a determinado como una de las razones fundamentales para la modificación del artículo 22° del Código Penal la “Sensación de Inseguridad” bastando con ello para que este beneficio se vea cada vez más reducido en su aplicación, sin más estudios profundos basados en criminología moderna o neurociencia, con lo que se pretende atacar la consecuencia del delito y no la etiología de este, que da como resultado un incremento en la población penitenciaria conllevando a su hacinamiento, así como el incremento de la criminalidad, toda vez que la estigmatización del delincuente hace que su reincorporación a la sociedad sea más difícil. Asimismo no hay estudios criminológicos, científicos, psicológicos, o de otro orden técnico que permitan sostener de manera razonable y válida que prohibiendo la atenuante de la pena a los imputados entre 18 a 21 años de edad, se redujera los índices de criminalidad. Por el contrario, esta prohibición, fomenta la marginación, la exclusión social y quebranta el principio



resocialización contenido en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”

Por ello la prohibición de disminuir la pena para los sujetos activos de responsabilidad penal restringida, como los jóvenes entre los 18 a 21 años de edad, establecidas en el artículo 22° del Código Penal que proscribire la aplicación de esta circunstancia atenuante por parte de los jueces. Debe partir por entenderse que esta es una facultad que se le otorga al Juez para determinados casos, mas no debe ser entendida como obligación, toda vez que por independencia y discrecionalidad judicial podrá aplicar o inaplicar evaluando cada caso concreto bajo el principio de primacía de la realidad.

Tanto más si ya la aplicación de penas altas constituye un problema acerca de la legalidad legitimidad constitucional de las normas penales, en orden a los fines constitucionales de la pena, entonces la exclusión de la atenuante por imputabilidad disminuida deviene en una medida arbitraria y no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado: la lucha eficaz contra la criminalidad y mantener los índices delictivos razonables.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El proyecto de ley que se propone es el adecuado a un sistema penal garantista que respeta el Estado Constitucional y Convencional de Derecho, por cuanto garantiza

el goce efectivo de derechos fundamentales de las personas, con lo que se busca la aplicación de la responsabilidad restringida a todos los delitos y con ello la reducción de la población penal, además de la vigencia del derecho principio de igualdad ante la ley.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El presente Proyecto de Ley, no generará ni demandará gasto alguno al Estado; por el contrario con la modificación del citado artículo, el beneficio es alto reafirma y fortalece la defensa del principio derecho de igualdad, en el Estado Constitucional y Convencional de Derecho como es el Perú, asimismo disminuiría la población penal que cada día va en aumento.

FÓRMULA LEGAL

Por cuanto: El Congreso de la República

Ha dado la ley siguiente:

LA RESPONSABILIDAD PENAL ATENUADA

Artículo 1.- Objeto de ley

La presente ley tiene por objeto la aplicación de la responsabilidad penal restringida establecida en el artículo 22° del Código, como atenuante de la pena a todos los delitos, teniendo como base el principio derecho de igualdad.

Artículo 2.- Modificación de Código Penal

Modifíquese el artículo 22° del código penal en los siguientes términos:

“Artículo 22°.- Responsabilidad penal restringida por edad.



Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la conducta delictiva.

Este beneficio se aplicará a todos los delitos sin distinción alguna”.

Puerto Maldonado, 01 de diciembre del 2017.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- La responsabilidad penal restringida debe ser aplicada a todos los delitos sin distinción alguna, lo que conlleva a la observancia y el respeto del principio derecho de igualdad ante la ley consagrada en la Constitución Política y Convenciones internacionales de las que el Perú es parte. Tanto más al ser una facultad del juez éste determinará la pena realizando una interpretación sistemática, toda vez que existen otros criterios para la determinación la responsabilidad penal de agente del delito, establecidos en los artículos 46° numeral 2), 46°-A, 46°-B, 46°-C, 46°-D y 46°-E del Código Penal, en caso se trate de circunstancias que agraven la pena.

SEGUNDA.- La redacción actual del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal Peruano establece restricciones a los jueces para aplicar el beneficio de la responsabilidad penal restringida, esta restricción está dada por el tipo de delito cometido, es así que entre las restricciones se tiene al agente integrante de una organización criminal o que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, homicidio calificado, homicidio calificado por la condición oficial del agente, feminicidio, sicariato, conspiración, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, entre otros. Como ejemplo de ello podemos citar la Casación N° 334-2017 Cajamarca; que inaplicó la atenuante de la responsabilidad penal restringida, entre otras que fueron citadas en el desarrollo de la investigación. Por lo tanto estas restricciones vulneran el principio derecho de igualdad con respaldo en el artículo 2° numeral 2° de nuestra Constitución Política.

TERCERA.- No existe unanimidad de criterio por parte de los Jueces, para la aplicación de la responsabilidad penal restringida, pues se tienen resoluciones como el reciente Recurso de



Nulidad N° 3283-2015, Casación N° 335-2015 El Santa, la Casación N° 344-2017 Cajamarca así como el Recurso de Nulidad N° 502-2017 Callao, donde inaplicando lo establecido en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, impusieron penas por debajo de la pena conminada establecida en el Código Penal. Por otro lado se tiene la Casación N° 336-2016- Cajamarca en la reformando la sentencia impusieron la pena de 35 años de pena privativa de la libertad por el delito de violación sexual en la modalidad de violación de la libertad sexual de menor de edad, Consulta 1618-2016 Lima Norte en el que desaprobaron la consulta razón de haber efectuado el control difuso del segundo párrafo del artículo 22° del Código en un proceso penal por delito de robo agravado en grado de tentativa, en este mismo sentido se tiene las Consulta 700-2017 Junín, Consulta 282-2011 Junín, Consulta 832-2012 Puno, entre otras en las cuales se desaprobó la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal. En conclusión se tiene apreciaciones disímiles por parte de los jueces para la aplicación del beneficio de la responsabilidad penal restringida.

CUARTA.- Del desarrollo la de investigación se ha determinado que la inaplicación de la atenuante contenida en el artículo 22° del Código Penal, colisiona con principios y derechos fundamentales como son el principio de igualdad, principio de humanización de la pena, principio intervención mínima, principio de proporcionalidad y pro homine, pues nótese que ello no se condice con un Estado Constitucional y Convencional de Derecho, situación que se pretende corregir a partir de la modificación del artículo en referencia.

QUINTA.- El derecho penal constituye la última ratio en comparación con otros medios de control social, es sabido que hasta ahora no existen otros medios de control social, pero también la experiencia nos ha enseñado que los establecimientos penitenciarios más que ser centros de



reinserción del penado a la sociedad, son centros de adiestramiento criminal, lo que conlleva que mientras más tiempo permanezca una persona en un centro de reclusión, las oportunidades de reinserción será menos perjudicado su proyecto de vida, volviéndose en un utopía el fin resocializador de los establecimiento penitenciario, sin perder de vista los otros fines de la pena reinserción y reincorporación del penado a la sociedad.

SEXTA.- Finalmente, téngase presente que atendiendo a que la actual redacción del artículo 22° del Código Penal deviene en discriminatoria, la investigación que nos ocupa tiene como objeto principal la modificatoria del artículo 22° del Código Penal, ello a partir del presupuesto de hecho que la aplicación de la responsabilidad por la edad deba aplicarse a todos los delitos, tanto más que al ser una norma facultativa más no impositiva, los Jueces pueden o no aplicar dicha figura, todo lo que dependerá del estudio de cada caso en concreto.



RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Se recomienda al Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina del Cusco aprobar el presente proyecto, para elevarlo al congreso de la República, quienes la debatirán y aprobarán la modificación del artículo 22° del Código Penal, porque cuanto vulnera principios y derechos fundamentales de las personas.

SEGUNDA.- Asimismo se recomienda que el Estado Peruano adopte políticas criminales adecuadas para la lucha contra la criminalidad basada en estudios científicos, criminológicos y psicológicos con los que se logre una efectiva lucha contra el flagelo de la criminalidad, ello sin transgredir derechos fundamentales.

TERCERA.- De igual modo se recomienda a las instituciones u otros operadores difundir esta problemática sobre la inaplicación de la responsabilidad penal restringida y su vulneración de principios y derechos fundamentales mediante plenos, conferencias, debates, entre otros que coadyuven a un mejor estudio de la institución jurídica en comento y se adopte las mejores conclusiones.

**BIBLIOGRAFÍA**

1. ALEXY, R. (1997). *El concepto y validez del derecho* (2° ed.). Barcelona : Gedisa.
2. ALEXY, R. (2016). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.
3. ARAUJO FRIAS, J. (2014). El abogado: entre el estado de derecho legal y el estado de derecho constitucional. *Derecho y cambio social* , 6.
4. BERNALES, E. (1996). *La Constitución de 1993: análisis y comentarios*. Lima: Fundación Konrad Adenauer.
5. BOBBIO, N. (1986). Fundamento y futuro de la democracia . *Conferencia "Fundamento y futuro de la democracia "* (pág. 17). Valparaiso: Edeval.
6. COLOMBO CAMPBELL, J. (04 de OCTUBRE de 2017). La Justicia Constitucional. *Revista de derecho (Valdivia)*, 276. Obtenido de <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v14/art17.pdf>
7. FERRAJOLI, L. (1993). Il diritto come sistema de garanzie. *Region Platica N° 01*, 143-1662.
8. FERRAJOLI, L. (2006). *Garantismo penal* . México: Universidad Autónoma de México.
9. GIL RENDÓN, R. (05 de octubre de 2017). *El Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Humanos* . Obtenido de El Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Humanos : <http://www.tfja.mx/investigaciones/historico/pdf/estadoconstitucionaldederechoylosderechoshumanos.pdf>
10. GUASTINI, R. (2001). *La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano*. Mexico: Fontamara.
11. GUTIERREZ TECSI, G. (2011). *La Constitución Política del Perú: Interpretada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Grijley.
12. INEI, I. N. (15 de junio de 2016). *INEI*. Obtenido de INEI: http://iinei.inei.gob.pe/iinei/srienaho/Descarga/DocumentosMetodologicos/2016-5/Informe_Final_INPE.pdf
13. OSPINA RENDÓN, J. C. (29 de 10 de 2017). *Derecho y realidad*. Obtenido de http://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/viewFile/4573/4267



14. PABLOS DE MOLINA, A. G. (2009). *Tratado de criminología* (3ra. ed., Vol. III). Valencia: Tirant lo blanch.
15. PABÓN PARRA, P. A. (2007). *Comentarios al nuevo sistema de responsabilidad penal*. Bogotá: Ediciones Doctrina.
16. PEÑA CABRERA FREYRE, A. (2017). *Derecho penal parte general. Tomo I*. Lima: IDEMSA.
17. Perú, P. N. (mayo de 2015). *ANUARIO ESTADÍSTICO 2015*. Obtenido de ANUARIO ESTADÍSTICO 2015:
https://www.pnp.gob.pe/anuario_estadistico/documentos/ANUARIO%20PNP%202015%20DIREST%20PUBLICACION.pdf
18. RUBIO LLORENTE, F. (1992). Seis tesis sobre la justicia constitucional en Europa. *Revista Española de Derecho Constitucional* , 10.
19. SÁCHICA, L. C. (28 de 10 de 2017). *Constitucionalismo y Derecho Constitucional* . Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/323/2.pdf>
20. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, EXP. N.º 02061-2013-PA/TC (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 13 de agosto de 2014).
21. SILVA GARCÍA, Fernando y GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián. (2015). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*. México: Desarrollo Gráfico Editorial S.A. de C.V. Municipio Libre.
22. VILLAVICENCIO TERREROS, F. (2006). *Derecho penal parte general* . Lima.
23. ZAGREBELSKY, G. (1995). *El Derecho dúctil*. Madrid : Trotta.



ANEXOS



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

**IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES
PERMANENTE, TRANSITORIAS y ESPECIAL**

ACUERDO PLENARIO N° 4-2008/CJ-116

Concordancia Jurisprudencial

Art. 116° TUO LOPJ

ASUNTO: Aplicación del artículo 173°. 3 del Código Penal

Lima, dieciocho de julio de dos mil ocho.-

Los Vocales de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisprudencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES.

1°. Las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, y a instancia del Centro de Investigaciones Judiciales, acordaron realizar el IV Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo Penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y dictar Acuerdos Plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

2°. Para estos efectos se realizaron reuniones preparatorias sucesivas para delimitar el ámbito de las materias que debían abordarse. Se decidió tomar como referencia la labor jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de los dos últimos años judiciales y el conjunto de preocupaciones de la judicatura nacional, expresadas en decisiones recurridas, sobre aspectos jurídicamente sensibles del diario quehacer judicial. En tal virtud, con el apoyo de la Secretaría Técnica designada al efecto –órgano de apoyo encargado, asimismo, de la elaboración de los materiales de trabajo-, se definió la agenda del IV Pleno Jurisdiccional Penal, concretándose los temas, de derecho penal y procesal penal, que integrarían el objeto de los Acuerdos Plenarios. A su vez se designó a los señores Vocales Supremos encargados de preparar las bases de la discusión de cada punto sometido a deliberación y de elaborar el proyecto de decisión. Además, se estableció que el Vocal Supremo designado sería el ponente del tema respectivo en la sesión plenaria y encargado de redactar el Acuerdo Plenario correspondiente.



5
3°. En el presente caso, el Pleno decidió tomar como referencia las Ejecutorias Supremas que analizan y deciden sobre la aplicación del artículo 173° inciso 3) del Código Penal, modificado por Ley N° 28704, referido al delito de violación de menores de edad, entre catorce y dieciocho años, y el Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, del dieciséis de noviembre de dos mil siete. Específicamente los temas materia de análisis se refieren a (1) la ampliación de la no punibilidad en el supuesto de relaciones sexuales voluntarias con un menor de edad entre catorce y dieciséis años; (2) la aplicación de responsabilidad restringida cuando el autor tiene entre dieciocho y veintiún años de edad; y, finalmente, (3) el alcance del fundamento jurídico undécimo del Acuerdo Plenario anotado líneas arriba, referido a factores complementarios de atenuación de la pena.

4°. En cumplimiento a lo debatido y acordado en las reuniones preparatorias se determinó que en la sesión plenaria se procedería conforme a lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, en esencia, faculta a las Salas Especializadas del Poder Judicial dictar Acuerdos Plenarios con la finalidad de concordar jurisprudencia de su especialidad. Dada la complejidad y singulares características del tema abordado, que rebasa los aspectos tratados en las diversas Ejecutorias Supremas que se invocaron como base de la discusión, se decidió redactar el presente Acuerdo Plenario e incorporar con la amplitud necesaria los fundamentos jurídicos correspondientes para configurar una doctrina legal que responda a las preocupaciones anteriormente expuestas. Asimismo, se resolvió decretar su carácter de precedente vinculante, en concordancia con la función de unificación jurisprudencial que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia como cabeza y máxima instancia jurisdiccional del Poder Judicial.

6°. La deliberación y votación se realizó el día de la fecha. Como resultado del debate y en virtud de la votación efectuada, por unanimidad, se emitió el presente Acuerdo Plenario. Se ratificó como ponente al señor LECAROS CORNEJO, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§. 1 El sub tipo legal agravado del art. 173°.3) del Código Penal.

6°. El artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley 28704 publicada el cinco de abril de dos mil seis, establece como nueva modalidad del sub tipo penal agravado la violación de un menor de edad cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años. Incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento. De acuerdo a este dispositivo el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años pero menor de dieciocho años. Por otra parte el artículo 20°, inciso 10), del Código Penal, establece como una causal de exención de pena la circunstancia que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación de dicho bien.

En consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición, y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien.

7°. Planteado así el problema, es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces. En ambos casos es evidente que el fundamento material de las infracciones que las comprende es el derecho a una actividad sexual en libertad. Bajo estas premisas, corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44°, 46° y 241° que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal. Desde esa base normativa fue que se redactó el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116, con carácter vinculante.

8° Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, que permiten variar el enfoque del problema. Así, el artículo 175° del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, mientras el artículo 176° del Código Penal comprende tales actos realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza. El análisis sistemático de estas dos últimas normas permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad.

9°. Tal como se ha visto, y con independencia de toda concepción moral o valoración social –que pugnaría con el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad-, existe objetiva contradicción entre las disposiciones del Código Civil y del artículo 173°.3) del Código Penal, y entre las normas que configuran el propio Código Penal –los diversos tipos legales que integran el denominado Derecho penal sexual nacional-, todas ellas actualmente vigentes. En tal virtud, debe aplicarse la Ley más favorable al reo conforme a lo dispuesto por el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución.

Uno de los supuestos de la referida norma constitucional tiene como elemento esencial la existencia de normas contradictorias entre sí, que obliga al juzgador a la aplicación de la ley más favorable. Esta cláusula constitucional se funda, como afirma RUBIO CORREA, MARCIAL, “...en que si la sociedad tiene dos consideraciones simultáneas sobre el mismo hecho y va a sancionar, es razonable que se elija la sanción menor o la



consideración menos grave: así se tomará como criterio social el de mayor benignidad y se restringirá en menor grado los derechos del reo...” (Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo 5, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, Lima, mil novecientos noventa y nueve, página ciento doce).

Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años.

§ 2. *La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso.*

10°. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo veintidós del Código sustantivo con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley.

El artículo 22° del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: *“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”*. Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, *“Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, [...] y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua”*.

Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial.

11°. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues –por sus efectos- invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal.

El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por



su propia excepcionalidad, exige no sólo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y, la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso.

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.

§ 3. Factores complementarios establecidos en el FJ 11° del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116.

12°. Como consecuencia de las consideraciones anteriormente expuestas, es necesario determinar la vigencia o no del undécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116. Sobre el particular es de enfatizar que al haberse dejado establecida la exención de responsabilidad penal para toda relación sexual voluntaria con adolescentes que cuenten con catorce años de edad o más, carece de trascendencia la diferencia de edades que haya entre sujeto activo y pasivo o el vínculo sentimental que exista entre ellos, en tanto en cuanto no medie violencia, grave amenaza o engaño –este último sólo relevante en el delito de seducción-. Es evidente, por lo demás, que existirá delito –de acceso carnal sexual o actos contrarios al pudor- cuando se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual, para cuya determinación: ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo, ha de acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto.

Asimismo, como ha quedado expuesto, las pautas culturales, las costumbres o la cultura en la que el agente ha formado su personalidad –entendida esta última como el sistema de normas o pautas de comportamiento que condicionan la manera en que una persona reacciona en una situación determinada- han de ser consideradas por el juez conforme a los recaudos de la causa y a sus características personales y condición social. De igual manera, el juez podrá tomar en cuenta su declaración y valorarla conforme a los efectos atenuatorios que establece el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siempre que se cumplan los presupuestos y requisitos correspondientes.

Por todo ello los mencionados factores complementarios de atenuación, que en el citado Acuerdo Plenario se destacaron, han perdido vigencia.

III. DECISIÓN

13°. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por unanimidad;

ACORDARON:

14°. ESTABLECER como doctrina legal, el contenido de los fundamentos jurídicos seis a doce.



15°. **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 116° del estatuto orgánico.

16°. **PUBLICAR** el presente Acuerdo Plenario en el Diario Oficial "El Peruano". Hágase saber.

Ss.

GONZALES CAMPOS

SAN MARTÍN CASTRO

VILLA STEIN

LECAROS CORNETO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

VALDEZ ROCA

ROJAS MARAVÍ

PONCE DE MIER

MOLINA ORDOÑEZ

SANTOS PEÑA

VINATEA MEDINA

PRÍNCIPE TRUJILLO

PARIONA PASTRANA

ZECENARRO MATEUS

CALDERÓN CASTILLO

URBINA GANVINI

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA



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

CONSULTA
EXP. N° 2472-2010
JUNÍN

Lima, catorce de setiembre

de dos mil diez.-

VISTOS: con los acompañados; y **CONSIDERANDO:**

Primero: La sentencia dictada en estos autos, de fecha veinte de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas seiscientos noventa y uno, ha sido elevada en consulta a ésta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema al haberse inaplicado el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

Segundo: El control difuso previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consiste en la atribución jurisdiccional de inaplicar -al caso que el Juez viene conociendo- una norma legal o infralegal por apreciarla incompatible con la Constitución. El control difuso tiene carácter incidental, en tanto que se da al interior de un proceso, y es concreto o relacional, ya que en su ejercicio no se analiza la norma reputada inconstitucional en abstracto, sino con ocasión de su aplicación a un caso en particular. Por ello también, los efectos del control difuso son *inter partes* y no *erga omnes*, esto es, su alcance está circunscrito a los que participan en la controversia.

Tercero: En el presente caso, se imputa al procesado haber incurrido en el delito de violación de la libertad sexual de persona en incapacidad de resistencia previsto en el artículo 172 del Código Penal que en su parte pertinente expresamente señala que: *“El que tiene acceso carnal con una persona por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. (...)”*.



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

CONSULTA
EXP. N° 2472-2010
JUNÍN

Cuarto: La sentencia de primera instancia de fecha veintiuno de abril de dos mil nueve encontró responsable al procesado por el delito instruido, por lo que le impuso la pena de veinte de años de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 172 del Código Penal, que establece para dicho delito una pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de veinticinco años. Interpuesto recurso de apelación por el procesado, se confirmó la sentencia apelada en cuanto condenó al procesado por la comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de persona en incapacidad para resistir, sin embargo, la revocó en cuanto impuso al procesado veinte años de pena privativa de libertad efectiva, y reformándola, le impuso nueve años de pena privativa de libertad efectiva, para lo cual inaplicó el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

Quinto: El artículo 22 del Código Penal establece expresamente 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. **Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.**"*

Sexto: Para la inaplicación dispuesta del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en cuanto excluye la posibilidad de la reducción de la pena para el delito de violación sexual cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años al momento de realizar la infracción, la Corte Superior ha tenido en consideración los siguientes criterios: **i)** que ante los jóvenes delincuentes es relevante tener en cuenta que la madurez es un proceso paulatino y que se considera no alcanzada hasta después de los veintiún años de edad, situación personal que hace que se les deba tratar de



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

**CONSULTA
EXP. N° 2472-2010
JUNÍN**

modo diferente a los adultos, esto con el fin de realizar un sano sentimiento de justicia, entendido como el tratar desigual a los desiguales e igual a los iguales, compatible con la Constitución; ii) que el encausado según la partida de nacimiento nació el dieciséis de junio de mil novecientos ochenta y seis y el hecho objeto del proceso ocurrió el mes de abril del año dos mil siete, es decir, el encausado tenía menos de veintiún años de edad al momento de la comisión del hecho punible, y no registra antecedentes penales ni judiciales; iii) las exigencias que determinan la aplicación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además se debe tener en cuenta la inexperiencia y juventud del que delinque en el momento de los hechos, que carece de antecedentes penales y que la agraviada al momento de los hechos tenía más de dieciocho años de edad, por lo que según el artículo 44 inciso 2) del Código Civil la agraviada era una incapaz relativa dado su retardo mental moderado, por lo que resulta razonable rebajarle la pena impuesta en cumplimiento del principio de proporcionalidad, acorde con lo establecido en los artículos 22, 45 y 46 del Código Penal, el principio de igualdad previsto en el artículo 2 inciso 2) de la Constitución Política del Estado, así como de los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad previsto en el artículo 139 inciso 22) de la Constitución.

Sétimo: Al respecto, este Supremo Colegiado considera que en el presente caso, atendiendo a las particularidades y circunstancias concretas precisadas por la Sala Penal Superior, se encuentra justificado el control difuso efectuado respecto al segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, ya que lo contrario supondría admitir una diferencia de trato no justificada constitucionalmente frente a personas que se encuentran en una misma situación particular – en este caso procesados con más de dieciocho pero menos de veintiún años- pero que por una disposición abstracta de la



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

CONSULTA
EXP. N° 2472-2010
JUNÍN

ley no resulta posible atender, desconociendo las particularidades del caso concreto que exigen de parte del juez un análisis de proporcionalidad en la imposición de la pena, acorde con el principio de proporcionalidad o de prohibición previsto en el artículo VIII del Código Penal, en cuya virtud la pena debe ser adecuada al daño ocasionado según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado.

Octavo: En tal sentido, conforme ha sido precisado en el Acuerdo Plenario N° 07-2007/CJ-116 desarrollado en el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, *"(...) es función del órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan."*

Noveno: En el presente caso, la diferencia de trato impuesta por el artículo 22 del Código Penal no se encuentra justificada constitucionalmente atendiendo a la juventud del procesado (menor de veintiún años) a la fecha del ilícito, período durante el cual no ha alcanzado el grado de madurez necesario que le permita discernir adecuadamente el contenido del injusto penal, y a la situación de retardo mental leve de la víctima, que impone distinguirla de otros tipos de retardo que conllevan a un mayor desvalor de la conducta, por lo que el control difuso efectuado en este caso corresponde ser aprobado.

Por las consideraciones expuestas: **APROBARON** la sentencia dictada en estos autos, de fecha veinte de agosto de dos mil nueve, obrante a fojas seiscientos noventa y uno, en cuanto ha **INAPLICADO** el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en los seguidos contra Percy Henry Barreto Mercado y otros, en agravio de Jessy Aydee Meneses Inga, por el delito



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

CONSULTA
EXP. N° 2472-2010
JUNÍN

contra la libertad – violación sexual de persona en incapacidad para resistir;
y los devolvieron. Vocal Ponente: Acevedo Mena;.-

S.S.

TAVARA CORDOVA

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

MAC RAE THAYS

ARAUJO SANCHEZ

.....
CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
Secretaria
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

31 ENE. 2011



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

SENTENCIA
CONSULTA N° 1260-2011
JUNIN

Lima, siete de junio

del dos mil once.-

VISTOS: y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, la sentencia dictada en estos autos, de fecha dieciocho de enero de dos mil once, obrante a fojas ciento veintidós, recaída en el proceso penal seguido por el Delito Contra la Libertad – Actos contra el Pudor de Menor de Catorce Años, seguido en contra del señor Ángel Levi Taipe Carbajal, ha sido elevada en consulta a esta Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema al haberse inaplicado el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

SEGUNDO: El control difuso previsto en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consiste en la atribución jurisdiccional de inaplicar -al caso que el Juez viene conociendo- una norma legal o infralegal por apreciarla incompatible con la Constitución. El control difuso tiene carácter incidental, en tanto que se da al interior de un proceso, y es concreto o relacional, ya que en su ejercicio no se analiza la norma reputada inconstitucional en abstracto, sino con ocasión de su aplicación a un caso en particular. Por ello también, los efectos del control difuso son *inter partes* y no *erga omnes*, esto es, su alcance está circunscrito a los que participan en la controversia.

TERCERO: En el presente caso, se imputa al procesado haber incurrido en el delito de violación de la libertad sexual de persona en incapacidad de resistencia previsto en el inciso 3 del primer párrafo del artículo 176-A del Código Penal que en su parte pertinente expresamente señala que: *“El que sin propósito de tener acceso carnal regulado en el artículo 170, realiza sobre un menor de catorce años u obliga a éste a efectuar sobre sí mismo o tercero, tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad: 3. Si la víctima tiene de diez a menos de catorce años, con pena no menor de cinco ni mayor de ocho años. (...)”*.



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

SENTENCIA
CONSULTA N° 1260-2011
JUNIN

CUARTO: La sentencia de primera instancia de fecha trece de octubre de dos mil diez encontró responsable al procesado por el delito instruido, por lo que le impuso la pena privativa de la libertad de cinco de años de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3 del primer párrafo del artículo 176-A del Código Penal, que establece para dicho delito una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años. Interpuesto recurso de apelación por el procesado, la Tercera Sala Penal de Junín confirmó la sentencia apelada en cuanto condenó al procesado por la comisión del Delito Contra la Libertad Sexual en la modalidad de Actos contra el Pudor de Menor de Catorce Años, sin embargo, la revocó en cuanto impuso al procesado 5 años de pena privativa de libertad efectiva, reformándola, le impuso cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva, para lo cual inaplicó el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

QUINTO: El artículo 22 del Código Penal establece expresamente 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.

Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.”

SEXTO: Para la inaplicación dispuesta del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en cuanto excluye la posibilidad de la reducción de la pena para el delito de violación de la libertad sexual cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años al momento de realizar la infracción, la Sala Penal en referencia ha tenido en consideración los siguientes criterios: i) que la A quo no ha tenido presente la edad del acusado, para fines de la graduación de la pena, toda vez que en la fecha de



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

SENTENCIA
CONSULTA N° 1260-2011
JUNIN

los hechos tenía dieciocho años de edad, en cuyo caso tiene responsabilidad restringida por razón de edad y corresponde disminuirle prudencialmente la pena incluso por debajo del mínimo legal, que en este caso es de cinco años; por lo que resulta razonable rebajarle la pena impuesta en cumplimiento del principio de proporcionalidad, acorde con lo establecido en los artículos 22, 45 y 46 del Código Penal, el principio de igualdad previsto en el artículo 2 inciso 2) de la Constitución Política del Estado, así como de los principios de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad previsto en el artículo 139 inciso 22) de la Constitución.

SÉTIMO: Al respecto, este Supremo Colegiado considera que en el presente caso, atendiendo a las particularidades y circunstancias concretas precisadas por la Sala Penal Superior, se encuentra justificado el control difuso efectuado del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, ya que lo contrario supondría admitir una diferencia de trato no justificada constitucionalmente frente a personas que se encuentran en una misma situación particular – en este caso procesados con más de dieciocho pero menos de veintiún años- pero que por una disposición abstracta de la ley no resulta posible atender, desconociendo las particularidades del caso concreto lo que exige de parte del juez un análisis de proporcionalidad en la imposición de la pena, acorde con el principio de proporcionalidad o de prohibición de o en exceso previsto en el artículo VIII del Código Penal, en cuya virtud la pena debe ser adecuada al daño ocasionado según el grado de culpabilidad y el perjuicio socialmente ocasionado.

OCTAVO: En tal sentido, conforme ha sido precisado en el Acuerdo Plenario N° 07-2007/CJ-116 desarrollado en el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, "(...) es función de órgano jurisdiccional ejercitar y desarrollar con mayor énfasis la proporcionalidad concreta de la pena, cuando la proporcionalidad abstracta de la misma no ha sido respetada por el



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

SENTENCIA
CONSULTA N° 1260-2011
JUNIN

legislador, dentro de las posibilidades que permite el ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de los principios y valores que lo informan.”

NOVENO: En el presente caso, la diferencia de trato impuesta por el artículo 22 del Código Penal no se encuentra justificada constitucionalmente atendiendo a la juventud del procesado (menor de veintiún años) a la fecha del ilícito, período durante el cual no ha alcanzado el grado de madurez necesario que le permita discernir adecuadamente el contenido del injusto penal, por lo que el control difuso efectuado en este caso corresponde ser aprobado.

Por las consideraciones expuestas: **APROBARON** la consulta efectuada mediante resolución de fecha dieciocho de enero de dos mil once, en cuanto declaro **inaplicable** al presente caso lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Ángel Levi Taipe Carbajal, por el delito contra la Libertad Sexual en su modalidad de Actos Contra el Pudor de Menor de Catorce Años, en agravio de persona con identidad reservada; y los devolvieron.- Vocal Ponente: Yrivarren Fallaque

S.S.

VASQUEZ CORTEZ

TAVARA CORDOVA

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

Jcy/
CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
SECRETARIA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

30 NOV. 2011

4

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la RepublicaCONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCALima, veintiséis de abril
de dos mil doce.-**VISTOS; y CONSIDERANDO:**

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

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

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

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

CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA

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

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

Sexto: Que, la potestad jurisdiccional de ejercicio de control difuso se encuentra actualmente establecida en el segundo párrafo del artículo 138 de nuestra norma fundamental, en los términos siguientes: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Sétimo: Que, por mandato del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “De conformidad con el Art. 236 de la Constitución², cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera”. Como puede observarse, la Ley Orgánica del Poder Judicial

¹ Cf., entre otros, García Belaunde, Domingo. “El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica. Aproximación al tema”. Ponencia al Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México, 2004.
² la actual Constitución de 1993.

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

desarrolla lo previsto en el texto fundamental y establece que el ejercicio del control difuso se dará no solamente en cualquier proceso, sino también que será efectuado por todo juez de cualquier especialidad. Precisa además esta norma que “En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece”, lo que tiene que ver con las características básicas del control difuso.

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

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

Décimo: Que ello ha quedado claramente establecido en el segundo párrafo del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala que “Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación”. Por lo tanto, corresponde a esta Sala Suprema pronunciarse sobre la constitucionalidad material del ejercicio del control difuso realizado por cualquier juez en cualquier tipo de proceso y en cualquier etapa de éste.

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

Décimo Primero: Que, además de lo ya señalado, el Código Procesal Constitucional ha establecido dos criterios adicionales para el ejercicio del control difuso cuando señala, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar, que "Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución". De esta manera, le exige al juez que el ejercicio del control difuso que vaya a efectuar sea practicado en tanto resulta pertinente para la dilucidación del caso a su conocimiento; y que, además, emplee en su análisis el criterio de interpretación constitucional denominado "interpretación conforme a la Constitución", que le demandará preferir, de las múltiples interpretaciones que puedan establecerse respecto de la norma cuestionada, aquella que salve su constitucionalidad.

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

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

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

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

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

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

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

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



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

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

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

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

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

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

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



**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

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

Vigésimo: Que, ha subido en consulta la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, que a la letra dice: "Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

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

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

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

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

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

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

(...)

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

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente –, que impide un resultado jurídico legítimo”, tal como ha ocurrido, a criterio del juez penal, en el caso de autos.

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

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

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



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

**CONSULTA N° 210-2012
CAJAMARCA**

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

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

S.S.

VASQUEZ CORTEZ 

ACEVEDO MENA 

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA 

Jcy/


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

**CONSULTA Nº 623-2012
ICA**

Lima, cinco de junio
del dos mil doce.-

VISTOS; Con los acompañados, **y CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que viene en consulta la sentencia emitida por el Juzgado Penal Colegiado de Ica, de la Corte Superior de Justicia de Ica, del treinta de setiembre de dos mil once, obrante a fojas ciento once que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución, declara inaplicable al presente caso el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por colisionar con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado.


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

TERCERO: Que, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas.


CUARTO: En el caso de autos, de lo que aparece expuesto en los considerandos de la resolución consultada, se advierte que en el proceso penal seguido contra Abel Max Huarcaya Melgar se ha acreditado la materialidad del delito previsto en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, así como la responsabilidad penal del acusado; sin embargo, al momento de determinar la pena aplicable se ha aplicado el control constitucional difuso de las Leyes, resolviendo inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal vigente, e imponer la pena de 4 años de pena privativa de la libertad, suspendida condicional por el plazo de 3 años, sometiendo al acusado a las reglas de conducta

**CONSULTA N° 623-2012
ICA**


allí precisadas, debido a que a la fecha de los hechos el acusado tenía diecinueve años de edad y, por tanto, estaría beneficiado por la responsabilidad restringida por razón de la edad.



QUINTO: Para un mejor análisis del tema que es materia de la consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable en torno a la responsabilidad restringida de personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad. En principio, el artículo 22 de Código Penal promulgado por Decreto Legislativo N° 635 de acuerdo con su texto original prevenía que cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción, se podía reducir prudencialmente la pena señalada en la ley, para el hecho cometido; sin embargo, este artículo fue modificado por el artículo Único de la Ley N° 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, estableciéndose ahora, que queda excluido de la responsabilidad restringida el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.



SEXTO: La norma penal que modifica el artículo 22 del Código Penal, no puede interpretarse como inconstitucional, pues como se tiene expuesto dicho precepto no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que la responsabilidad restringida por razón de edad, prevista para personas que tengan más de dieciocho y menos de veintiún años, no es aplicable en determinados delitos, en estos casos la ley ha previsto que debido a la extrema gravedad del ilícito penal o la naturaleza del bien jurídico que protegen, no es de aplicación la atenuación de la responsabilidad penal. Así por ejemplo, no hay responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual, tráfico ilícito de drogas y terrorismo, entre otros.



SÉPTIMO: La modificación introducida por la Ley N° 27024 tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal; y



CONSULTA Nº 623-2012 ICA

por tanto, no puede colisionar con el derecho de igualdad ante la ley previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado; si bien por el principio de igualdad se asegura la plena igualdad de los ciudadanos ante la ley, de tal modo que nadie puede ser discriminado por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica u otra razón de cualquier índole, tal igualdad debe ser entendida entre los iguales. En el presente caso, al establecer la ley un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la responsabilidad restringida, no afecta el principio de igualdad previsto en la Constitución, pues debido a la gravedad de los hechos y naturaleza del ilícito penal, la ley penal puede imponer un tratamiento diferenciado, es por esta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos y la naturaleza del bien jurídico protegido; por esta misma razón, resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución que la ley defina que en determinados delitos no opera la atenuación de la responsabilidad penal, por razón de la edad del agente.

Por tales fundamentos: **DESAPROBARON** la sentencia emitida por el Juzgado Penal Colegiado de Ica, de la Corte Superior de Justicia de Ica del treinta de setiembre de dos mil once, obrante a fojas ciento once que declara inaplicable el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Abel Max Huarcaya Melgar en agravio de la menor con iniciales S.A.R.H.; por la comisión del delito de la violación de la libertad sexual; y, los devolvieron.-Vocal Ponente: Vinatea Medina.-

S.S.

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

CHAVES ZAPATER

Aepri/Mmcc.

Handwritten signatures of the judges and the secretary.

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

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la RepublicaCONSULTA N° 831-2012
LIMA NORTE

Lima, cinco de junio
del dos mil doce.-

VISTOS; y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, viene en consulta, la sentencia emitida por la Primera Sala Penal para reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, del veintiséis de setiembre del dos mil once, obrante a fojas trescientos trece, que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución Política del Estado, declara inaplicable al presente caso, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, modificado por la Ley N° 27024, por colisionar con el artículo 2 inciso 2 de la Carta Magna.

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

TERCERO: Que, en tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, no debe perderse de vista que el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordante con el artículo 408 inciso 3 del Código Procesal Civil, ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, sino fueran impugnadas.

CUARTO: Que, en el caso de autos, de lo que aparece en los considerandos de la resolución consultada, se advierte que la Primera Sala Penal para reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, ha establecido que,



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

**CONSULTA N° 831-2012
LIMA NORTE**

en el proceso penal seguido contra Cleder Cecinio Leyva Asencios, se ha acreditado la materialidad del delito previsto en el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal; sin embargo, al momento de determinar la pena a imponer se ha aplicado el control constitucional difuso de las leyes, resolviendo inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal modificado por la Ley N° 27024, ello debido a que a la fecha de los hechos, **el acusado nombrado tenía dieciocho años de edad**, por tanto, estaría beneficiado por la responsabilidad restringida por razón de edad.

QUINTO: Que, para un mejor análisis del tema que es materia de consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo aplicable en torno a la responsabilidad restringida de personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad. En principio, el artículo 22 de Código Penal promulgado por Decreto Legislativo N° 635 de acuerdo con su texto original prevenía que cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenticinco años, al momento de realizar la infracción, se podía reducir prudencialmente la pena señalada en la ley, para el hecho cometido; sin embargo, este artículo fue modificado por el artículo Único de la Ley N° 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, estableciéndose que queda excluido de la responsabilidad restringida el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

SEXTO: Que, la norma penal que modifica el artículo 22 del Código Penal, no puede interpretarse como inconstitucional, pues como se tiene expuesto dicho precepto no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que la responsabilidad restringida por razón de edad, prevista para personas que tengan más de dieciocho y menos de veintiún años, no es aplicable en determinados delitos, en estos casos la ley ha previsto que

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica**CONSULTA N° 831-2012
LIMA NORTE**

debido a la extrema gravedad del ilícito penal o la naturaleza del bien jurídico que protegen no se aplica atenuación de responsabilidad penal. Así por ejemplo, no hay responsabilidad restringida en los delitos de violación sexual, tráfico ilícito de drogas y terrorismo, entre otros.

SETIMO: Que, la modificación introducida por la Ley N° 27024 tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal; por tanto, no puede colisionar con el derecho de igualdad ante la ley previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado; si bien, por el principio de igualdad se asegura la plena igualdad de los ciudadanos ante la ley, de tal modo que nadie puede ser discriminado por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica u otra razón de cualquier índole, tal igualdad debe ser entendida entre los iguales y no con los desiguales. En el presente caso, al establecer la ley un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la responsabilidad restringida, no afecta el principio de igualdad previsto en la Constitución Política del Estado, pues debido a la gravedad de los hechos y naturaleza del ilícito penal, la ley penal puede imponer un tratamiento diferenciado, es por ésta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos y la naturaleza del bien jurídico protegido; por esta misma razón, resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución que la ley defina que en determinados delitos no opera la atenuación de la responsabilidad penal, por razón de la edad del agente.

Por tales consideraciones: **DESAPROBARON** la sentencia consultada obrante a fojas trescientos trece, su fecha veintiséis de setiembre del dos mil once, que declara **inaplicable** el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, según la modificatoria establecida por la Ley N° 27024; **DISPUSIERON** que la Sala Superior de origen expida nueva resolución con



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

CONSULTA N° 831-2012
LIMA NORTE

arreglo a lo expuesto precedentemente; en el proceso penal seguido contra
Cleder Cecinio Leyva Asencios, por el delito contra la Libertad Sexual, en
agravio de la menor de iniciales P.A.P.C.; y los devolvieron.- Vocal Ponente:
Yrivarren Fallaque

S.S.

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

CHAVES ZAPATER

Jcy/

CARMEN ROSA DÍAZ ACEVEDO
SECRETARÍA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

19 OCT. 2012



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

SENTENCIA
CONSULTA 832 - 2012
PUNO

Lima, cinco de Junio
de dos mil doce.-

VISTOS; Con el acompañado, y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Es materia de consulta la resolución de fojas ochenta y ocho, su fecha veintiséis de enero de dos mil doce, expedida por la Sala de Apelaciones del Módulo Penal-San Román-Juliaca de la Corte Superior de Justicia de Puno, en el extremo analizado en el punto 7.3 del sétimo considerando, referido a la responsabilidad restringida, y que en el fallo de la resolución inaplica por inconstitucional el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, y en consecuencia, impone a David Juan Hallasi Condori, (quién al momento de los hechos contaba con diecinueve años de edad), diez años de pena privativa de la libertad, por el delito de violación de la libertad sexual, en agravio de la menor SYSZ.

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

TERCERO: Que en tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, no debe perderse de vista que el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordante con el artículo 408, inciso 3) del Código Procesal Civil, ha establecido que cuando los jueces de cualquier especialidad, al momento de fallar el fondo de la cuestión de la competencia, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, entre una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera; así las sentencias en las que se haya efectuado el control constitucional deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte



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

SENTENCIA
CONSULTA 832 - 2012
PUNO

Suprema, sino fueran impugnadas.

CUARTO: Que en el caso de autos, de lo que aparece en los considerandos de la resolución consultada, se advierte que la Sala de Apelaciones del Módulo Penal – San Román – Juliaca ha establecido con respecto al quantum de la pena y la posibilidad o no de disminución por debajo del mínimo legal señalado en los casos tipificados por el primer párrafo del artículo 173°, inciso segundo del Código Penal modificado por la Ley N° 28704¹, que:

i) Si bien es cierto que para los casos de delitos de violación de la libertad sexual, esto es, la atenuación de pena por responsabilidad restringida, se encuentra prohibida en el caso de delitos de violación sexual, conforme al segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal², sin embargo es menester señalar que tal dispositivo legal colisiona con el principio – derecho fundamental de igualdad ante la Ley, siendo una excepción discriminatoria, en función no a la personalidad del agente, sino propiamente a la naturaleza del hecho incriminado, no resultando coherente con el fundamento material de la imputabilidad penal, y particularmente de personas que abandonaron apenas la adolescencia.

ii) A que no obstante a que la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema ha desaprobado otras sentencias consultadas que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución; sin embargo ésta no goza del carácter vinculante; ya que en definitiva el cierre de la constitucionalidad o no de dicho dispositivo legal, lo tiene el

¹ párrafo del artículo 173°, inciso segundo del Código Penal modificado por la Ley N° 28704: "el que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas de libertad: (...) 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor de treinta y cinco años"

² Artículo 22° del Código Penal: "Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciochoaños y menos de veintiún años (...), al momento de realizar la infracción. Esta excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, (...) u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".



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

SENTENCIA
CONSULTA 832 - 2012
PUNO

Tribunal Constitucional por gozar de la prerrogativa de cierre de interpretación a nivel constitucional; por consiguiente también la Sala Constitucional puede cambiar de criterio.

iii) A su vez expresa lo señalado en el fundamento 11 del acuerdo plenario N° 4-2008-CJ-116³, e invoca al Tribunal Constitucional señalando que al resolver casos similares, esto es, cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción; en el expediente N° 00751-2010-PHC/TC, ha considerado entre otros en el fundamento 4: “De acuerdo al texto del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) y a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 (fojas diecisiete), queda a criterio del Juez la reducción prudencial de la pena y/o la inaplicación del segundo párrafo del artículo antes mencionado”.

QUINTO: Que, para un mejor análisis del tema que es materia de consulta, es preciso tener en cuenta el marco legislativo aplicable en torno a la responsabilidad restringida de personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad. En principio, el artículo 22 del Código penal promulgado por Decreto legislativo N° 635, de acuerdo con su texto original prevenía que cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción, se podía reducir prudencialmente la pena señalada en la ley, para el hecho cometido; sin embargo, éste artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, estableciéndose que queda excluida de la responsabilidad restringida el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual,

³ Fundamento 11 del acuerdo plenario N° 4-2008-CJ-116, tercer párrafo: “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”.



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

**SENTENCIA
CONSULTA 832 - 2012
PUNO**

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 la libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

SSEXTO: Al respecto cabe precisar que la norma penal que modifica el artículo 22° del Código Penal, no puede interpretarse como inconstitucional, en tanto que dicho precepto no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que la responsabilidad restringida por razón de edad, prevista para personas que tengan más de dieciocho años y menos de veintiún años, no es aplicable en determinados delitos, en estos casos la ley ha previsto que debido a la extrema gravedad del ilícito penal o la naturaleza del bien jurídico que protegen no se aplica atenuación de responsabilidad penal.

SÉTIMO: Que la modificación introducida por la Ley N° 27024 tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal; por tanto, no puede colisionar con el derecho de igualdad ante la ley previsto en el artículo 2, inciso 2) de la Constitución Política del Estado; si bien, por el principio de igualdad se asegura la plena igualdad de los ciudadanos ante la ley, de tal modo que nadie puede ser discriminado por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica u otra razón de cualquier índole, tal igualdad debe ser entendida entre los iguales y no con los desiguales. En el presente caso, al establecer la ley un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la responsabilidad restringida, no afecta el principio de igualdad previsto en la Constitución Política del Estado, pues debido a la gravedad de los hechos y la naturaleza del ilícito penal, la ley penal puede imponer un tratamiento diferenciado, es por ésta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos y la



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

SENTENCIA
CONSULTA 832 - 2012
PUNO

naturaleza del bien jurídico protegido; por esta misma razón, resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución que la ley defina que en determinados delitos no opera la atenuación de la responsabilidad penal, por razón de la edad del agente.

Por tales consideraciones: **DESAPROBARON** sentencia obrante a fojas ochenta y ocho, de fecha veintiséis de enero de dos mil doce, en el extremo que declara **Inaplicable** el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, modificado por la Ley N° 27024, por inconstitucional: **DISPUSIERON** que la Sala Superior de origen expida nueva resolución con arreglo a lo expuesto precedentemente; en el proceso penal seguido contra David Juan Hallasi Condori por el delito de Violación de la Libertad Sexual en la modalidad de violación de menor de catorce años de edad; y los devolvieron.- Juez Supremo Ponente: Chumpitaz Rivera.

S.S.

CHUMPITAZ RIVERA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

CHAVES ZAPATER

Erh/Dyo.

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

09 OCT. 2012

5

**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 993-2012****LAMBAYEQUE**

Lima, veinte de junio de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior y por el acusado Carlos Román Yangua contra la sentencia de fojas ciento cuarenta, del once de enero de dos mil doce, corregida por auto de fojas ciento cincuenta, del veinticinco de enero de dos mil doce; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el Fiscal Superior en la formalización de su recurso de fojas ciento noventa y uno cuestiona la pena impuesta y sostiene que el segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal excluye la posibilidad de atenuar la responsabilidad en base al grado de peligrosidad, que en este tipo de delito surge como justificación para que la pena no sea objeto de una atenuación; además que el acusado tenía conocimiento de la edad de la agraviada, por lo que se le debe imponer la pena solicitada en el escrito de acusación; que el abogado defensor del acusado Román Yangua en su recurso formalizado de fojas ciento noventa y cinco sostiene que la versión de la agraviada ha sido desmentida nada menos que por su propio padre, y que la declaración jurada de esta guarda absoluta relación con la de su padre, que la Sala Superior ha tenido por conveniente no valorar la declaración de aquel, también ha desconocido el deseo de la agraviada de no concurrir a declarar ya que pondría en peligro su relación convivencial actual; agrega que el Colegiado desconoció la existencia de dos certificados médicos legales que tienen conclusiones disímiles, el primero arroja desgarró himeneal a horas nueve y cinco, y el segundo desgarró a horas doce y seis, y la perito no supo explicar el porqué de dichas contradicciones y que tampoco la Sala Superior desarrollo; que estando frente a una sentencia inmotivada, carente de toda actividad probatoria,

SALA PENAL TRANSITORIA**R.N. No. 993-2012****LAMBAYEQUE****-2-**

//.. procede la absolución de su patrocinado. **Segundo:** Que los hechos materia de impugnación se circunscriben a que se imputa al acusado Román Yangua que el dos de octubre de dos mil diez en su domicilio mantuvo relaciones sexuales con la menor agraviada, quien tenía trece años de edad. **Tercero:** Que contra el acusado Román Yangua obra la sindicación uniforme y coherente de la agraviada quien tanto en su referencial policial de fojas seis, rendida con las garantías de ley, como en su preventiva de fojas veinte señaló haber mantenido relaciones sexuales con el acusado el dos de octubre de dos mil, al haber consentido en convivir con éste; lo que se corrobora con la declaración de Sebastián Gonzáles Córdova, padre de la agraviada, quien enterado de los hechos denunció inmediatamente al acusado -parte policial de fojas uno, del tres de octubre de dos mil-, indicando que su hija no estaba en edad de asumir una relación convivencial; y si bien al concurrir al juicio oral a fojas ciento tres, se retractó de la misma, indicando que denunció al acusado porque su hija lo señaló como el responsable, pero que posteriormente se fue con otro hombre y recién le dijo que la imputación en contra del acusado no era verdad; que ello carece de veracidad, en tanto, que el reconocimiento médico de fojas siete, realizado al día siguiente de denunciado los hechos, arrojó que la agraviada presentó desfloración reciente, resultado que se condice con los hechos denunciados; que su minoría de edad se acredita con la partida de nacimiento de fojas diecinueve. **Cuarto:** Que si bien la defensa del acusado alega que las declaraciones juradas, tanto de padre como de la agraviada -fojas ochenta y seis y ciento diecinueve- no han sido valoradas por la Sala Superior pese a que guardan relación con lo





SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 993-2012

LAMBAYEQUE

-3-

//.. declarado por el padre; al respecto, es de señalar que dichas declaraciones se realizaron sin el control judicial, por tanto carecen de eficacia probatoria, y si bien la declaración de Sebastián Gonzales Córdova rendida en el juicio oral era similar a la que plasmó en su declaración jurada, es evidente que estaba faltado a la verdad, por dicho motivo el Colegiado dispuso que se remitan copias al Fiscal de Turno, para que proceda conforme a ley. **Quinto:** Que en lo atinente a la supuesta contradicción de los reconocimientos médicos practicados a la agraviada, de fojas siete y veintiséis, respecto a los desgarros himeneales que cada reconocimiento describe, al concurrir al juicio oral a fojas ciento diecisiete, la perito que realizó el certificado médico de fojas ciento tres, teniendo a la vista el de fojas siete, señaló que ambos certificados -fojas veintiséis- describen que existe desgarró, pero que son variantes, lo que puede crear confusión, pero no es así, ya que es cuestión del médico evaluador; que, por tanto lo alegado por el acusado carece de fundamento, ya que no solo fue explicada la supuesta contradicción, sino que además, se debe señalar que el reconocimiento de fojas veintiséis se realizó con posterioridad. **Sexto:** Que para la determinación de la pena se debe tener en cuenta lo dispuesto en los artículos octavo y noveno del Título Preliminar del Código Penal y los numerales cuarenta y cinco y cuarenta y seis del citado Código, en consecuencia, corresponde valorar la naturaleza de la acción, la modalidad del hecho punible, las condiciones personales del agente, así como las circunstancias que acompañaron a la comisión del delito y la conducta del encausado Román Yangua; que, en el caso de autos, no ha sido ponderada correctamente por el Tribunal Sentenciador, pues el

**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 993-2012****LAMBAYEQUE****-4-**

//.. acusado es delincuente primario, además existe atenuante válido de orden sustantivo, ya que al momento de los hechos era agente de responsabilidad restringida, como se acredita con la ficha del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de fojas cincuenta, y que le resulta de aplicación conforme a lo previsto en el primer párrafo del artículo veintidós del Código Penal que faculta al juzgador a disminuir prudencialmente la pena; y no obstante que el segundo párrafo de la citada norma penal señala que *“está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual...”*, este Colegiado estima que tal disposición colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica -en puridad, principio y derecho fundamental- prevista en el inciso dos del artículo dos de la Constitución Política del Estado, toda vez que el tratamiento especial que implica la denominada “responsabilidad restringida” se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada “capacidad de culpabilidad”, sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente que introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato -propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal- fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional, existiendo en el caso concreto una evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, por lo que en uso de la atribución del control difuso establecida por el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, debe resolverse con arreglo a la norma de mayor rango, y por tanto, aplicar plenamente, sin excepciones irrazonables el



SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 993-2012

LAMBAYEQUE

-5-

//.. primer párrafo del artículo veintidós del Código Sustantivo; por lo que este Supremo Tribunal considera pertinente rebajar la impuesta por debajo del mínimo que fija la ley para el delito –inciso tres del artículo ciento setenta y tres, modificado por la Ley número veintisiete mil cuatrocientos setenta y dos, por ser más favorable-; que, asimismo, es posible prever, por razones de prevención especial, que una pena suspendida en su ejecución será suficiente para impedir que cometa nuevo delito, por lo que resulta de aplicación lo dispuesto por el artículo cincuenta y siete del Código acotado; que por último el monto de la reparación civil guarda proporcionalidad con el daño ocasionado. Por estos fundamentos: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas ciento cuarenta, del once de enero de dos mil doce, corregida por auto de fojas ciento cincuenta, del veinticinco de enero de dos mil doce, que condena a Carlos Román Yangua por delito de violación de la libertad sexual –violación de menor- en perjuicio de la agraviada identificada con iniciales F.E.G.M. y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada; declararon **HABER NULIDAD** en la propia sentencia en la parte que le impone ocho años de pena privativa de libertad; reformándola en este extremo: le **IMPUSIERON** cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo tres años; **FIJARON** las siguientes reglas de conducta: i) no frecuentar lugares de dudosa reputación, ii) no ausentarse del lugar de su residencia sin autorización del Juez, y iii) comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado para informar y justificar sus actividades, bajo apercibimiento de aplicársele las alternativas previstas en el





SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 993-2012

LAMBAYEQUE

-6-

//.. artículo cincuenta y nueve del Código Penal en caso de incumplimiento de alguna de las reglas de conducta señaladas; **ORDENARON** su inmediata libertad, siempre y cuando no exista en su contra orden o mandato de detención emanado de autoridad judicial competente; oficiándose para tal efecto vía fax a la Primera Sala Penal Liquidadora Transitoria - Jaen de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque; y los devolvieron.

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

JLC/mrr.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA



SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N°2088-2012

LIMA

-1-

Lima, catorce de agosto de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior y el abogado defensor de la Parte Civil contra la sentencia de fojas doscientos treinta y seis, del uno de diciembre de dos mil once; y

CONSIDERANDO: Primero: Que el FISCAL SUPERIOR en su recurso formalizado de fojas doscientos cuarenta, sostiene que no está conforme con la pena impuesta, por cuanto debe tenerse en cuenta que el encausado tiene quinto año de secundaria terminada; que el consentimiento entre ambos resulta nulo, puesto que la agraviada identificada con la clave cero treinta y seis, por su minoría de edad no tiene discernimiento para disponer de su libertad sexual; que el encausado sabía que la agraviada era menor de edad, por lo que tuvo ánimo de aprovecharse de ella; que la manutención no se ha acreditado. **Segundo:** Que el abogado defensor de la PARTE CIVIL en su recurso fundamentado de fojas doscientos cuarenta y cuatro y doscientos cuarenta y nueve alega que la reparación civil impuesta por el Colegiado Superior es insuficiente, pues, no cubre el daño irrogado a la víctima, quién a la fecha de los hechos tenía doce años de edad, la misma que ha sido afectada psicológicamente por lo sucedido, por lo que requiere terapias que implican un gasto económico y además porque el presente proceso ha generado gastos. **Tercero:** Que, según acusación fiscal de fojas ciento setenta y uno, en el mes de marzo de dos mil cinco, el acusado Nelson Jhonatan Tucto Rodríguez mantuvo relaciones sexuales consensuadas con la menor agraviada identificada con la clave cero treinta y seis, cuanto ésta contaba con doce años de edad, debido a que tenía una relación sentimental, siendo que



SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N°2088-2012

LIMA

-2-

producto de dichas relaciones sexuales, tal agraviada salió embarazada. **Cuarto:** Que, el recurso de nulidad ha sido interpuesto por la Parte Civil estando vigente el artículo doscientos noventa y cinco del Código de Procedimientos Penales que establece que "el recurso de nulidad se interpondrá dentro del día siguiente al de expedición y lectura de la sentencia o de notificación del auto impugnado, salvo lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y nueve". **Quinto:** Que, con independencia de los agravios propuestos por la Parte Civil, el Tribunal Revisor está autorizado a efectuar un control del cumplimiento de los presupuestos procesales objetivos y subjetivos de los recursos impugnativos, de suerte que si se constata alguna infracción insubsanable, debe rechazarse indefectiblemente; que, en este sentido, de lo actuado se advierte que pese a que el representante de la parte civil concurrió a las sesiones realizadas en sede plenarial, recurrió extemporáneamente la sentencia de fojas doscientos treinta y seis, del uno de diciembre de dos mil once –acto público-, en atención a que dicho plazo vencía indefectiblemente al día siguiente de emitida la referida sentencia en aplicación de la norma antes citada, pese a ello, la parte civil interpuso recurso de nulidad el seis de diciembre de dos mil once, tal como se verifica en su escrito de fojas doscientos cuarenta y cuatro. **Séxto:** Que de lo acotado en el fundamento jurídico precedente se desprende que no se ha cumplido con un presupuesto formal del mencionado recurso estatuido taxativamente en la norma procesal, por lo que teniendo en cuenta que corresponde al órgano jurisdiccional superior controlar la admisibilidad y la procedencia del recurso que se interpone, se debe declarar su inadmisibilidad. **Sétimo:** Que la culpabilidad del encausado NELSON JHONATAN TUCTO RODRIGUEZ por la comisión del delito contra la libertad sexual –



SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N°2088-2012

LIMA

-3-

violación de menor de edad, tipificado en el artículo ciento setenta y tres inciso tres primer párrafo del Código Penal, no es materia de controversia pues si bien el encausado no se acogió al beneficio de la Conclusión Anticipada del Juicio Oral, confesó que había mantenido relaciones sexuales con la menor agraviada, con quién mantenía una relación de enamorados; de suerte que el objeto recursal, en atención a los agravios propuestos por Fiscal Superior recae sobre la dosificación punitiva. **Octavo:** Que, respecto a la pena, debe tenerse en cuenta que ésta se orienta a cumplir el fin preventivo y resocializador; y, en tal sentido, se prohíbe una sanción excesiva que no responda a los fines antes mencionados; que es de enfatizar que el legislador ha establecido diversos tipos de pena y el *quantum* de estas, pero no de una manera fija y absoluta, por consiguiente, se han fijado los criterios suficientes para que el Juzgador pueda individualizar judicialmente la pena; que, dentro de este contexto, debe observarse el principio de proporcionalidad - establecido como un criterio rector de toda actividad punitiva del Estado para evitar todo perjuicio para el autor que sobrepase la medida de su culpabilidad por el hecho (artículo VIII Título Preliminar del Código Penal)-, lo cual nos conduce a valorar, entre otros, el perjuicio, la trascendencia de la acción desarrollada por el agente, su modo de ejecución, el peligro ocasionado, así como la edad del agente, su educación, condición económica y medio social - conforme lo disponen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal. **Noveno:** Que la pena debe ser coherente a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad fijados en los artículos dos, cuatro, cinco, siete y ocho del Título Preliminar del Código Penal, a los criterios y circunstancias contenidas en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del mismo



SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N°2088-2012

LIMA

-4-

cuerpo legal; a los fines de prevención general y especial de las penas; a la forma y circunstancias en que se cometió el ilícito, las consecuencias del evento criminal –que el encausado mantuvo relaciones sexuales con la víctima, con quién mantenía una relación sentimental, siendo que producto de ello tienen un hijo, conforme se acredita con la partida de nacimiento de fojas nueve-; el grado de participación del encausado –autor del delito de violación sexual de menor de edad-; que no se acogió a la Conclusión Anticipada conforme se desprende de la sesión de fojas doscientos diecisiete; que existe confesión sincera por cuanto el encausado Tucto Rodríguez refirió lo hechos; las condiciones personales del encausado –que tiene educación superior- y de ocupación –comerciante-; que el encausado no registra antecedentes penales ni judiciales conforme se desprende de los certificados de fojas ciento noventa y nueve y doscientos uno, respectivamente; que asimismo, debe tenerse en cuenta que el encausado a la fecha de los hechos tenía diecinueve años y cuatro meses de edad conforme se desprende del documento nacional de identidad de fojas doscientos catorce y de la hoja de datos de fojas ciento noventa y cinco; advirtiéndose por ello, su responsabilidad restringida, establecida en el primer párrafo del artículo veintidós del Código Penal que faculta al juzgador a disminuir prudencialmente la pena, y no obstante que el segundo párrafo de la citada norma penal señala que "esta excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual...", tal disposición colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica -en puridad, principio y derecho fundamental- prevista en el inciso dos del artículo dos de la Constitución Política del Estado, toda vez que el tratamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la



SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N°2088-2012

LIMA

-5-

condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada "capacidad de culpabilidad", sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente que introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato –propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal- fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional, existiendo en el caso concreto una evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, por lo que en uso de la atribución del control difuso establecida por el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, debe resolverse con arreglo a la norma de mayor rango, y por tanto, aplicar plenamente, sin excepciones irrazonables el primer párrafo del artículo veintidós del Código Sustantivo; que su aplicación es potestad jurisdiccional dejada al libre y prudente criterio del juzgador, y no disposición de carácter vinculante u obligatoria, en tanto en cuanto es de naturaleza facultativa y no forzosa, por lo que teniendo en cuenta la forma y circunstancias en cómo acontecieron los hechos amerita la aplicación de éste beneficio; por lo que, si bien el Fiscal Superior considera que la pena impuesta es ínfima; estando a lo antes acotado, la pena impuesta por el Colegiado Superior resulta acorde a ley, por tanto debe mantenerse. **Undécimo:** Que, por otro lado, si bien el artículo ciento setenta y ocho del Código Penal establece que en éstos casos –violación de la libertad sexual- se deberá fijar los alimentos a la prole, a los cuáles está obligado el sentenciado, cabe precisar que no pudiendo éste Tribunal Supremo en instancia única, establecer la pensión alimenticia que deberá abonar en este caso el encausado Tucto Rodríguez a favor de su menor hijo que tiene con la agraviada



SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N°2088-2012

LIMA

-6-

identificada con la clave cero treinta y seis, conforme se acredita con la partida de nacimiento de fojas nueve, no cabe emitir pronunciamiento al respecto, máxime que el impugnante no ha señalado ningún agravio en este sentido. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos treinta y seis, del uno de diciembre de dos mil once, que condena al encausado Nelson Jhonathan Tucfo Rodríguez a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta; declararon **NULO** el concesorio de fojas doscientos cincuenta y cuatro, en el extremo que concede el recurso impugnatorio interpuesto por el abogado defensor de la Parte Civil e **INADMISIBLE** el recurso de nulidad de su propósito; en el proceso que se le siguió por el delito contra la libertad – violación sexual de menor, en perjuicio de la referida víctima; no haber nulidad en lo demás que contiene y es materia de recurso; y los devolvieron.

S.S.

LECAROS CORNEJO.

PRADO SALDARRIAGA.

BARRIOS ALVARADO.

VILLA BONILLA.

SANTA MARIA MORILLO.

JLLC/rmcz.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DINY YURIANEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (a)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

10 OCT. 2012

**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 2593-2012****CUSCO**

Lima, ocho de noviembre de dos mil doce.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas doscientos setenta y cuatro, del treinta de mayo de dos mil doce; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

CONSIDERANDO: Primero: Que el Fiscal Superior en la formalización de su recurso de nulidad de fojas doscientos ochenta y uno sostiene que se debió tomar en cuenta la gravedad de los hechos, esto es, que el menor agraviado sólo contaba con diez años de edad a la fecha de los hechos, así como las lesiones que le fueron causadas y la enfermedad venérea que le transmitió el acusado Carlos Carrasco Polanco, por tanto solicita se eleve la pena y el monto de la reparación civil. **Segundo:** Que se imputa al acusado Carrasco Polanco haber abusado sexualmente del menor agraviado de iniciales I.Q.G. cuando contaba con diez años de edad, quien vivía con su madre en la Comunidad de Urco en la Provincia de Calca, lugar del que el acusado también es vecino; que aprovechando la minoría de edad del agraviado, con una serie de engaños, en fechas no determinadas y en reiteradas oportunidades, en el año mil novecientos noventa y seis, lo condujo hacia su vivienda y otros lugares, donde le hizo sufrir el acto sexual contranatura, y además le contagió la enfermedad venérea de sífilis, hecho que no avisó el menor por miedo, y que a raíz del quebrantamiento de su salud, debido a las lesiones que presentaba en el ano y glúteos fue conducido al Hospital Integrado de Calca, a consecuencia de lo cual se estableció los abusos sexuales a los que había sido sometido; que el acusado consciente de su responsabilidad penal se dio a la fuga. **Tercero:** Que está fuera de toda discusión la culpabilidad del acusado Carrasco

**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 2593-2012****CUSCO****-2-**

//.. Polanco en la comisión de los hechos punibles materia de acusación, circunscribiéndose la impugnación al extremo de la determinación judicial de la pena impuesta y el monto de la reparación civil. **Cuarto:** Que para ello, es de tener en cuenta lo dispuesto en los artículos Octavo y Noveno del Título Preliminar del Código Penal y los numerales cuarenta y cinco y cuarenta y seis del citado Código, debiendo valorarse las circunstancias que acompañaron a la comisión de los delitos -violación de menor, lesiones graves y propagación de enfermedades contagiosas- y la conducta del citado encausado. **Quinto:** Que, el acogimiento a la conformidad procesal determina la aminoración de la pena, empero no implica y ni siquiera autoriza a imponer la pena conminada mínima, para el delito más grave -que en el caso de autos corresponde al de violación de menor, previsto en el inciso tres del artículo setenta y tres del Código Penal, modificado por Ley número veintiséis mil doscientos noventa y tres, que sancionaba el delito con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince-, ya que la misma podrá graduarse entre un séptimo o menos de la pena concreta, como lo prevé el Acuerdo Plenario número cinco-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, ello porque no es lo mismo culminar la causa en sede de instrucción, poniéndole fin al proceso anticipadamente, que esperar su culminación en el inicio del juicio oral; y si bien, se advierte el atenuante válido de orden sustantivo, pues el acusado era agente de responsabilidad restringida, ya que al momento de los hechos -mil novecientos noventa y seis- era menor de veintiún años, como consta de la Ficha del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil de fojas ciento treinta y dos; circunstancia que le resultó de aplicación conforme a lo previsto en el primer párrafo del artículo veintidós del Código Penal

 TP..

**SALA PENAL TRANSITORIA****R.N. No. 2593-2012****CUSCO****-3-**

//.. y que faculta al juzgador a disminuir prudencialmente la pena; y no obstante que el segundo párrafo de la citada norma penal señala que *“está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual...”*, este Colegiado estima que tal disposición colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica -en puridad, principio y derecho fundamental- prevista en el inciso dos del artículo dos de la Constitución Política del Estado, toda vez que el tratamiento especial que implica la denominada “responsabilidad restringida” se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada “capacidad de culpabilidad”, sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente que introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato -propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal- fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional, existiendo en el caso concreto una evidente incompatibilidad entre la norma constitucional y la norma legal, por lo que en uso de la atribución del control difuso establecida por el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, debe resolverse con arreglo a la norma de mayor rango, y por tanto, aplicar plenamente, sin excepciones irrazonables el primer párrafo del artículo veintidós del Código Sustantivo; en consecuencia la sanción impuesta no guarda relación con la penalidad que prevé el delito más grave; que, en este sentido, la rebaja efectuada excede los alcances del mencionado Acuerdo Plenario y el atenuante de orden sustantivo descrito; resultando procedente elevar la pena prudencialmente de conformidad a lo previsto en el inciso tres del artículo trescientos del Código de



SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 2593-2012

CUSCO

-4-

//.. Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve. **Sexto:** Que la reparación civil está en función al daño causado, sin que en la concreción de su monto deba advertirse las posibilidades económicas del responsable o su situación personal, en tanto que ésta se orienta a reparar e indemnizar a la parte agraviada por el daño generado por la conducta del responsable; que, bajo este criterio, debe tomarse como parámetro el monto solicitado por el Fiscal Superior en el escrito de acusación de fojas ochenta y nueve; en consecuencia, es del caso elevar prudencialmente el monto de la reparación civil fijada en la recurrida, en mérito a la magnitud del daño ocasionado por los delitos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo noventa y tres del Código Penal. Por estos fundamentos: Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas doscientos setenta y cuatro, del treinta de mayo de dos mil doce, en la parte recurrida, que impone a Carlos Carrasco Polanco ocho años de pena privativa de libertad y fija en mil nuevos soles el monto de la reparación civil que debe abonar a favor del agraviado de iniciales I.Q.G. y en trescientos nuevos soles que debe abonar por el mismo concepto a favor del Estado; con lo demás que al respecto contiene; reformándola en estos extremos: le **IMPUSIERON** once años de pena privativa de libertad, la misma que con descuento de la carcelería que viene sufriendo del nueve de abril de dos mil doce -fojas doscientos-, vencerá el ocho de abril de dos mil veintitrés; y **FIJARON** en tres mil quinientos nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de los agraviados, a razón de tres mil nuevos soles a favor del agraviado de iniciales I.Q.G., y en quinientos nuevos soles a favor del Estado; con lo



SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. No. 2593-2012

CUSCO

-5-

//.. demás que contiene y es materia del recurso, en el proceso que se le sigue por delitos de Violación de la Libertad Sexual -violación de menor-, Contra la Vida, el Cuerpo y la Salud -lesiones graves- en perjuicio del agraviado de iniciales I.Q.G., y contra la Salud Pública -propagación de enfermedades contagiosas- en agravio del Estado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

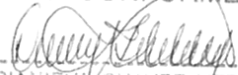
BARRIOS ALVARADO

VILLA BONILLA

TELLO GILARDI

SE PUBLICO CONFORME A LEY

JLC/mrr.



DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

JURISPRUDENCIA

Año XXV / N° 1022

7543

TRIBUNAL FISCAL

Tribunal Fiscal
N° 02862-Q-2016

OFICINA DE ATENCIÓN DE QUEJAS

Expedientes N° : 18370-2015 y 18686-2015
 Interesado : ANDINA DE RADIODIFUSIÓN S.A.C.
 Asunto : Queja
 Procedencia : Lima
 Fecha : Lima, 11 de agosto de 2016

VISTAS las quejas presentadas por **ANDINA DE RADIODIFUSIÓN S.A.C.**, contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por no elevar su recurso de apelación.

CONSIDERANDO:

Que la quejosa señala que la Administración no ha elevado la apelación interpuesta el 30 de octubre de 2015, contra la denegatoria ficta del recurso de reclamación interpuesto contra el Oficio N° 4511-2014-MTC/28, mediante la cual se determinó una supuesta deuda por concepto de "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión", habiendo emitido la Resolución Vice Ministerial N° 837-2015-MTC/03 declarando improcedente la referida apelación, y firme administrativamente dicho acto, por lo que solicita se exija al Ministerio de Transportes y Comunicaciones que eleve su recurso de apelación al Tribunal Fiscal.

Que el artículo 155° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo N° 133-2013-EF, dispone que la queja se presenta cuando existan actuaciones o procedimientos que afecten directamente o infrinjan lo establecido, entre otros, en dicho código.

Que como antecedente cabe indicar que mediante Oficio N° 5868-2015-MTC/07 (fojas 44 a 50 del Expediente N° 18686-2015¹), el Ministerio de Transportes y Comunicaciones solicitó a la Presidencia del Consejo de Ministros, que al amparo del numeral 86.2 del artículo 86° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444², dirimiera el conflicto de competencia suscitado con este Tribunal en relación con la "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión", al considerar que carecía de naturaleza tributaria.

Que en atención a la citada contienda de competencia, mediante la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00849-Q-2016 de 8 de marzo de 2016 (fojas 52 y 53), se dispuso suspender el conocimiento de la queja hasta que la Presidencia del Consejo de Ministros resolviera el mencionado conflicto dirimiendo la competencia³.

Que con fecha 11 de abril de 2016 se puso en conocimiento de este Tribunal el Oficio Múltiple N° 235-2016-PCM/SG de 29 de marzo de 2016 (fojas 58 y 60), mediante el cual la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros comunicaba al Ministerio de Economía y Finanzas la opinión técnica de su Secretaría de Gestión Pública⁴, quien concluye que no existe un conflicto de competencia⁵.

Que de acuerdo con lo expuesto, corresponde emitir pronunciamiento sobre las quejas presentadas⁶, teniendo en consideración además que en atención al numeral 1.2 del artículo IV y el numeral 76.1 del artículo 76° de la Ley N° 27444, los administrados tienen derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, siendo deber de las autoridades en los procedimientos administrativos el resolver explícitamente todas las solicitudes presentadas.

Que ahora bien, a fin de determinar si la "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" tiene naturaleza tributaria, el Tribunal Fiscal

es competente para conocer dichos casos, al amparo a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 98° y el artículo 154° del Código Tributario⁷, se sometió este tema a consideración de la Sala Plena, habiéndose considerado la siguiente propuesta: "La denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" tiene naturaleza tributaria, y por consiguiente, el Tribunal Fiscal es competente para emitir pronunciamiento sobre los casos relacionados con dicho concepto". Esta propuesta a su vez contaba con dos sub propuestas:

- i) El tributo denominado "Tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" califica como una contribución.
- ii) El tributo denominado "Tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" califica como un impuesto.

Que la citada propuesta así como la sub propuesta ii) fue aprobada por la Sala Plena del Tribunal Fiscal, mediante acuerdo contenido en el Acta de Reunión de Sala Plena N° 2016-05 de 3 de marzo de 2016. Este acuerdo se sustenta en los siguientes fundamentos:

- 1 En adelante, toda referencia a fojas se entiende referido a las del Expediente N° 18686-2015.
- 2 Esta norma establece que "Los conflictos de competencia entre autoridades de un mismo Sector son resueltos por el responsable de éste, y los conflictos entre otras autoridades del Poder Ejecutivo son resueltos por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante decisión inmotivada (...)".
- 3 Asimismo, mediante esta resolución se dispuso la acumulación de los procedimientos tramitados en los Expedientes N° 18370-2015 y 18686-2015.
- 4 De conformidad con numeral 37.10 del artículo 37° del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, aprobado por Decreto Supremo N° 063-2007-PCM, es función de la Secretaría de Gestión Pública el "Emitir opinión respecto a los conflictos de competencia entre autoridades del Poder Ejecutivo que son puestos en consideración de la Presidencia del Consejo de Ministros".
- 5 Opinión que se encuentra plasmada en el Informe N° 003-2016-PCM-SGP/AAM y el Memorandum N° 278-2016-PCM/SGP (fojas 54 a 57).
- 6 En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal Fiscal en las Resoluciones N° 07102-2-2016 y 07189-10-2016.
- 7 El numeral 2 del artículo 98° del Código Tributario, modificado por la Ley N° 30264, señala lo siguiente:
 "La Sala Plena del Tribunal Fiscal, compuesta por todos los Vocales del Tribunal Fiscal. Es el órgano encargado de establecer, mediante acuerdos de Sala Plena, los procedimientos que permitan el mejor desempeño de las funciones del Tribunal Fiscal así como la unificación de los criterios de sus Salas.
 La Sala Plena podrá ser convocada de oficio por el Presidente del Tribunal Fiscal o a pedido de cualquiera de las Salas (...).
 Asimismo, el Presidente del Tribunal Fiscal podrá convocar a Sala Plena, de oficio o a petición de los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas, por temas vinculados a asuntos de competencia de éstos. Los Acuerdos de Sala Plena vinculados a estos temas que se ajusten a lo establecido en el Artículo 154 serán recogidos en las resoluciones de la Oficina de Atención de Quejas".
 Por su parte, el artículo 154° del Código Tributario, modificado por la Ley N° 30264, señala lo siguiente:
 "Las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, las emitidas en virtud del Artículo 102, las emitidas en virtud de un criterio recurrente de las Salas Especializadas, así como las emitidas por los Resolutores - Secretarios de Atención de Quejas por asuntos materia de su competencia, constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal señalará que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el diario oficial El Peruano (...)"

"La Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, dispone que éste rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Asimismo, sin definir el concepto de tributo, prevé que este término genérico comprende a los impuestos, contribuciones y tasas (las mismas que a su vez incluyen, entre otros, a los arbitrios, derechos y licencias).

Al respecto, en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00416-1-2009, que constituye precedente de observancia obligatoria⁸, se ha señalado que: "Considerando que nuestro ordenamiento no contiene una definición de tributo, resulta conveniente acudir a la doctrina, según la cual, el tributo es una obligación jurídica pecuniaria ex lege, que no constituye sanción por un acto ilícito, cuyo sujeto activo es en principio una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley⁹. Asimismo, se le define como "una prestación pecuniaria de carácter coactivo impuesta por el Estado u otro ente público con el objeto de financiar gastos públicos"¹⁰. En igual sentido, FERREIRO LAPATZA explica que el tributo es "una obligación de dar una suma de dinero establecida por ley, conforme al principio de capacidad, a favor de un ente público para sostener sus gastos"¹¹.

Atendiendo a dichos conceptos, en la citada Resolución se concluyó que el aporte a los organismos normativos y reguladores establecido por el inciso g) del artículo 31° del Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, constituye un tributo pues es una obligación pecuniaria creada por ley que no califica como sanción por ilícito alguno y cuyo sujeto activo es una persona pública, siendo que el obligado al pago ha sido designado por dicha norma.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que cuando en nuestra legislación de modo expreso no se haya recogido una definición de tributo, ello no obsta para tener un acercamiento a ella, en base a lo desarrollado por la doctrina, y a partir de ello, establece que los elementos esenciales de un tributo son: a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el *ius imperium* del Estado; y c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito (Sentencia recaída en el Expediente N° 3303-2003-AA/TC).

Por otro lado, GARCÍA NOVOA explica que en diversas legislaciones las constituciones no han definido al tributo, concepto que se viene canalizando a través de la clasificación tripartita (como la recogida por la Norma II antes citada). Señala asimismo que la jurisprudencia ha consagrado la libertad del legislador de configurar categorías tributarias y dada la falta de un concepto constitucional y legal, acude al expuesto por SAINZ DE BUJANDA, quien indica que es tributo el ingreso de Derecho Público, consistente en una prestación pecuniaria coactiva y contributiva, que se formaliza en una obligación jurídica entre el ente público acreedor y el sujeto obligado al pago y que se exige porque este último ha manifestado una cierta capacidad económica¹².

Agrega que el tributo tiene una estructura coactiva formalizada en una obligación ex lege, lo que supone excluir del ámbito tributario a las tarifas que se perciben en régimen de derecho privado, de forma que para el citado autor, la diferencia entre tarifa y tasa estará en la existencia de una verdadera coactividad en el surgimiento de la obligación. Asimismo, explica que la definición del tributo debe basarse también, entre otros aspectos, en su naturaleza de obligación legal y no contractual y en que consiste en una adquisición definitiva de riqueza a través de un título que permita su plena disponibilidad para su aplicación al gasto público¹³.

Ahora bien, en cuanto a la característica de coactividad, el anotado autor señala que ésta implica ausencia de voluntariedad, lo cual no está referido a la forma en la que se percibe el ingreso público sino al proceso de surgimiento de la obligación. En tal sentido, sostiene que una prestación es coactiva cuando viene determinada por la decisión unilateral de poderes públicos. Y para poder distinguir si un hecho es voluntario o coactivo, diferencia a los tributos en cuyo presupuesto no existe actividad administrativa¹⁴ de aquellos en cuyo hecho imponible se encuentra alguna actividad o servicio que se refiere, afecta o beneficia al obligado tributario¹⁵.

En el presente caso, considerando este marco doctrinario así como el normativo, se analizará si la "tasa por explotación comercial del servicio de radiodifusión" tiene naturaleza tributaria.

El artículo 3° de la Ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión¹⁶, señala que los servicios de radiodifusión son: "servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general". Por su parte, el artículo 4° de la citada ley señala que los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional.

a) Servicios de Radiodifusión Comercial: Son aquellos cuya programación está destinada al entretenimiento y recreación del público, así como a abordar temas informativos, noticiosos y de orientación a la comunidad, dentro del marco de los fines y principios que orientan el servicio.

b) Servicios de Radiodifusión Educativa: Son aquellos cuya programación está destinada predominantemente al fomento de la educación, la cultura y el deporte, así como la formación integral de las personas. En sus códigos de ética incluyen los principios y fines de la educación peruana.

c) Radiodifusión Comunitaria: Es aquella cuyas estaciones están ubicadas en comunidades campesinas, nativas e indígenas, áreas rurales o de preferente interés social. Su programación está destinada principalmente a fomentar la identidad y costumbres de la comunidad en la que se presta el servicio, fortaleciendo la integración nacional.

Según lo previsto por los artículos 14° a 16° de la citada ley, para la prestación de los servicios de radiodifusión, en cualquiera de sus modalidades, se requiere contar previamente, con autorización otorgada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), siendo el plazo máximo de vigencia de la autorización de 10 años. Dicha autorización se otorga a solicitud de parte o por concurso público, siendo este último obligatorio cuando la cantidad de frecuencias o canales disponibles en una banda es menor al número de solicitudes presentadas.

De conformidad con el artículo 63° de la referida ley, los titulares del servicio de radiodifusión están obligados al pago de, entre otros, una tasa por explotación de servicio. Respecto a este concepto, el artículo 66° de la misma ley señala que: "Los titulares de autorizaciones para la prestación del servicio de radiodifusión pagarán una tasa anual por concepto de explotación comercial de los servicios de radiodifusión", y agrega que "Los servicios de radiodifusión educativa y los servicios de radiodifusión comunitaria se encuentran inafectos a dicho pago".

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Radio y Televisión, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2005-MTC¹⁷, señala en su artículo 122° que la mencionada tasa es "la obligación de pago a la que están sujetos los titulares de autorizaciones por concepto de explotación comercial del servicio de radiodifusión", y que su pago es anual.

Según lo previsto por los artículos 123° y 124° del citado Reglamento, modificado por Decreto Supremo N° 029-2010-MTC¹⁸, la tasa anual es el equivalente a medio por ciento (0.5%) de sus ingresos brutos declarados por la prestación de los servicios, estando obligados los titulares de autorizaciones a abonar con carácter de pago a cuenta, cuotas mensuales equivalentes al citado porcentaje aplicado sobre los ingresos brutos declarados durante el mes inmediato anterior al pago.

Agrega el mencionado artículo 124° que en el mes de abril de cada año se efectuará la liquidación final, considerando para ello la declaración anual presentada, debiéndose abonar la cuota de regularización respectiva, de ser el caso, y si quedara "saldo a favor del contribuyente", podrá aplicarlo a los respectivos pagos a cuenta de los meses siguientes o alternativamente podrá hacer uso de los mecanismos que determine oportunamente el MTC. Asimismo, este artículo señala que el incumplimiento de los pagos a cuenta y el pago de regularización correspondiente en los plazos establecidos, dará lugar a la aplicación por cada mes de retraso y de manera acumulativa, de la tasa de interés moratorio (TIM), establecida por el artículo 120° del citado reglamento.

Conforme con el artículo 124°-A del referido Reglamento¹⁹, la Dirección General de Autorizaciones en Telecomunicaciones es el órgano competente para efectuar acciones de fiscalización,

8 Publicada el 23 de enero de 2009.

9 Al respecto, véase: ATALIBA, G.: La Hipótesis de incidencia tributaria, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1985, Lima, p. 37.

10 Sobre este punto, véase: PEREZ ROYO, F.: Derecho Financiero y Tributario. Parte General, Civitas, 2000, Madrid, p.33. En similar sentido, véase PLAZAS VEGA, M.: Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario, Temis, 2000, Santa Fe de Bogotá, p. 572.

11 Sobre el particular, véase: FERREIRO LAPATZA, JOSÉ, Curso De Derecho Financiero Español, Vol. I, Marcial Pons, 2003, Madrid, pp. 182 y ss.

12 En este sentido, véase: GARCÍA NOVOA, César, El Concepto de Tributo, Tax Editor, 2009, Lima, pp. 377 y ss.

13 Al respecto, véase: GARCÍA NOVOA, César, Op. Cit., pp. 383 y ss.

14 En estos casos, la coactividad se justificaría por la existencia de una manifestación de capacidad contributiva que se configura como presupuesto de una obligación legal. En este sentido, véase: GARCÍA NOVOA, César, Op. Cit, p. 176.

15 En este sentido, véase: Ibidem.

16 Publicada el 16 de julio de 2004.

17 Publicado el 15 de febrero de 2005.

18 Publicado el 11 de julio de 2010.

19 Artículo incorporado por el Decreto Supremo N° 029-2010-MTC.

la ley, los persiguen

verificación, revisión, evaluación y determinación con respecto a los pagos que por concepto de tasa por explotación comercial del servicio corresponde abonar a los titulares de autorización para la prestación de servicios de radiodifusión, pudiendo para ello solicitar a los referidos titulares la documentación que considere pertinente, así como realizar visitas de fiscalización con facultades de revisión de estados financieros, libros contables, facturación y otros actos relacionados para la verificación y determinación de los ingresos obtenidos por la explotación comercial del servicio de radiodifusión.

Asimismo, el artículo 125° del mencionado Reglamento establece que el órgano competente del MTC requerirá el pago, entre otros, de las tasas, pago que se debe efectuar en las fechas y lugares establecidos por el MTC, y de no efectuarse los pagos correspondientes en los plazos previstos, se procederá a la cobranza coactiva.

Agrega el artículo 126° del mismo Reglamento que el MTC puede otorgar el beneficio de fraccionamiento del pago de deudas por dicho concepto así como por multas relacionadas con los servicios de radiodifusión. Lo establecido en esta norma reglamentaria guarda relación con el artículo 69° de la Ley de Radio y Televisión, que establece que el MTC puede dictar medidas orientadas a establecer facilidades para el pago de las obligaciones económicas derivadas de la prestación del servicio de radiodifusión.

De las normas de la Ley de Radio y Televisión y de su Reglamento antes expuestas se desprende que la denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" constituye un tributo dado que:

i) Es una obligación pecuniaria creada por ley: la "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" ha sido establecida en los artículos 63° y 66° de la Ley de Radio y Televisión.

ii) Es una obligación pecuniaria que no califica como sanción por ilícito alguno: esta obligación pecuniaria se paga por concepto de explotación comercial de los servicios de radiodifusión, y no como consecuencia de alguna infracción.

iii) El sujeto activo es una persona pública: el acreedor de esta obligación pecuniaria es el MTC.

iv) El sujeto pasivo ha sido puesto en esta situación por voluntad de la ley: de conformidad con los artículos 63° y 66° de la Ley de Radio y Televisión, los obligados al pago son los titulares de autorizaciones para la prestación del servicio de radiodifusión.

v) La obligación pecuniaria bajo análisis es de carácter coactivo pues ha sido determinada por decisión unilateral de los poderes públicos, sustentada en que el sujeto obligado ha manifestado una capacidad económica plasmada en la explotación comercial del servicio de radiodifusión. Además, en caso de incumplirse con el pago de la "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión", el MTC puede exigir su pago a través de la vía del procedimiento coactivo.

La naturaleza tributaria de la denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" se corrobora además con lo señalado en las propias normas de la Ley de Radio y Televisión y de su Reglamento. Así, en el artículo 66° de la citada ley se señala qué servicios se encuentran "infectos" a la referida tasa, esto es, servicios que se encuentran fuera de su ámbito de aplicación, y por ende, no gravados²⁰; asimismo, el artículo 124° del mencionado Reglamento considera como "contribuyentes" a los titulares de autorizaciones para la prestación del servicio de radiodifusión.

Ahora bien, habiéndose concluido que la denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" constituye un tributo, corresponde analizar a qué clase pertenece, para lo cual debe considerarse lo establecido por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, debiendo precisarse que si bien el concepto bajo análisis se denomina "tasa", se considera que el nombre no determina su naturaleza²¹, para lo cual, deben analizarse sus características.

Al respecto, la citada Norma II dispone que el término genérico tributo comprende a los impuestos, a las contribuciones y a las tasas. Asimismo, precisa que la tasa es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente²². Agrega dicha norma que no es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

Respecto a las tasas, en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00416-1-2009 antes indicada, se señala que: "según sostiene GIULIANI FONROUGE, en el caso de las tasas, existe una actividad estatal que afecta especialmente al obligado²³, actividad que en el caso del ordenamiento peruano, consiste en la prestación de un servicio público". En igual sentido, ATALIBA explica que en el caso de los tributos vinculados, lo primordial es que siempre existe una actuación estatal referida al obligado, siendo que la tasa tiene por hipótesis de incidencia "la prestación de un servicio por el Estado, la realización de una obra, la expedición de un certificado, el otorgamiento de una licencia,

que es puesto en estado de ejecución estatal

tenga referibilidad, esto es, que se refiera concretamente a alguien²⁴.

En el mismo sentido, en las XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, organizadas por el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, se concluyó que: "es de la esencia de la tasa que el servicio estatal que constituye su presupuesto de hecho sea prestado efectivamente por la Administración al contribuyente, aún cuando éste se resista a recibirlo"²⁵.

Como se desprende de lo expuesto, las tasas solo pueden ser establecidas cuando medie la prestación efectiva de un servicio público individualizado en el contribuyente, esto es, cuando existe una actividad estatal que se presta al sujeto obligado de manera individual.

Atendiendo a ello, se puede concluir que el tributo denominado "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" no califica como una tasa, pues no existe una actividad estatal individualizada en el contribuyente que condicione su pago, esto es, no se presta un servicio al sujeto, sino que el pago de dicho concepto se genera por el hecho de explotar comercialmente el servicio de radiodifusión²⁶.

Ahora bien, como se ha señalado, la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario establece una clasificación tripartita de los tributos (impuestos, contribuciones y tasas), y habiéndose concluido que la denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" no califica como tasa, corresponde determinar si califica como una contribución o como un impuesto.

La Norma II del Título Preliminar del Código Tributario señala que el impuesto es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado. Agrega esta norma que el rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación.

Ataliba define al impuesto como un tributo no vinculado, pues su hipótesis de incidencia consiste en un hecho cualquiera que no sea una actuación estatal, hecho de contenido económico. Agrega que los impuestos se identifican por exclusión, esto es, que siempre que la hipótesis de incidencia no consista en una actuación estatal, se tendrá un impuesto²⁷.

Por su parte VILLEGAS define al impuesto como "el tributo exigido por el Estado a quienes se hallan en las situaciones consideradas por la ley como hechos imponibles, siendo estos hechos imponibles ajenos a toda actividad estatal relativa al obligado". Señala este autor que el hecho generador es totalmente ajeno a una actividad estatal determinada, siendo que el impuesto se adeuda pura y simplemente por el acaecimiento del hecho previsto en la norma que se refiere a una situación relativa al contribuyente²⁸.

20 Sobre la inafectación cabe señalar que "La ley establece el ámbito de aplicación del tributo. Aquí se encuentra el conjunto de hechos que son capaces de generar el nacimiento de la obligación tributaria. Cualquier hecho –económico o no– que se encuentre fuera del referido ámbito, califica como inafecto: en el sentido que no va a soportar la carga tributaria". Ver: RUIZ DE CASTILLA, FRANCISCO. Inmunidad, Inafectación, Exoneración, Beneficios e Incentivos Tributarios. En: Revista del Foro Jurídico, Año 10, N° 12 (Oct. 2011), Lima, p. 140.

21 Así por ejemplo, en la Resolución N° 523-4-97 se determinó que la contribución al FONAVI (cuenta propia) calificaba como un impuesto, y que si bien se le había denominado "contribución", ello no modificaba su esencia de impuesto.

De otro lado, ATALIBA señala que es correcta la afirmación de que "un tributo no sigue la suerte del nombre que se le quiere dar", y en ese sentido, sostiene que no será tasa tan solo porque así se le haya denominado. Al respecto, véase: ATALIBA, Gerardo, Op. Cit., p. 164.

22 La mencionada Norma II establece que las tasas, entre otras, pueden ser: arbitrios, derechos y licencias. Los arbitrios se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público, los derechos se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos y las licencias gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización. En este sentido, véase: GIULIANI FONROUGE, Carlos, Derecho Financiero, Depalma, 2001, Buenos Aires, p. 1075. De igual modo, véase: JARACH, Dino, Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Abeledo Perrot, 1996, Buenos Aires, p. 234 y FERREIRO LAPATZA, José, "Tasas y Precios. Los Precios Públicos", en: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, N° 21, IPDT, 1991, Lima, p. 89.

24 Al respecto, véase: ATALIBA, Gerardo, Op. Cit., pp. 177 y ss.

25 En este sentido, véase la Resolución referida al tema "Tasas y Precios" en: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, N° 21, IPDT, Lima, pp. 133 a 135.

26 Más aún cuando el artículo 3° de la Ley N° 28278 define a los servicios de radiodifusión como servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general, por lo que no puede sostenerse que su explotación comercial implica que el Estado está prestando algún tipo de servicio que pudiera dar lugar al pago de alguna tasa.

27 Al respecto, véase: ATALIBA, GERARDO, Op. Cit., pp. 162 y ss.

28 Al respecto, véase VILLEGAS, HÉCTOR, Curso de finanzas, derecho financiero y tributario, Depalma, 1997, Buenos Aires, p. 72.

Al respecto, en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 00416-1-2009 antes indicada se señala que: "según sostiene Giuliani Fonrouge, en el caso de las tasas, existe una actividad estatal que afecta especialmente al obligado²⁹, actividad que en el caso del ordenamiento peruano, consiste en la prestación de un servicio público. Asimismo, el citado autor señala que las contribuciones son prestaciones obligatorias debidas en razón de beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas o de especiales actividades del Estado".

De otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que "La apelación a la capacidad contributiva como sustento de la imposición es innegable en el caso de impuestos, pues estos tributos no están vinculados a una actividad estatal directa a favor del contribuyente, sino más bien, básicamente, a una concreta manifestación de capacidad económica para contribuir con los gastos estatales. Lo recaudado por estos tributos va a una caja fiscal única para luego destinarse a financiar servicios generales e indivisibles". Agrega que "A diferencia de los impuestos, las tasas y contribuciones, son tributos cuya motivación de pago, no se fundamenta en la constatación de una determinada capacidad contributiva, sino como consecuencia de la prestación de un servicio público divisible por parte del Estado en beneficio del contribuyente" (Expediente N° 0053-2004-AI/TC).

Como se desprende de lo expuesto, mientras que para el pago de una contribución debe mediar un beneficio derivado de la realización de obras públicas o de actividades estatales, en el caso de la tasa, éstas solo pueden ser establecidas cuando medie la prestación efectiva de un servicio público individualizado en el contribuyente, pero en el caso de ambas clases de tributos, existe una actividad estatal que beneficia al sujeto obligado.

Sin embargo, la denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" no está vinculada a una actividad estatal directa a favor de los administrados (titulares de autorizaciones para la prestación del servicio de radiodifusión), sino que por el contrario, su cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor de éstos por parte del MTC, de lo que se advierte que el sustento de dicho tributo es una manifestación de capacidad económica de los administrados, como es la renta que perciben los titulares de autorizaciones por prestar los servicios de radiodifusión, de lo que se concluye que se trata de un impuesto.

En efecto, la capacidad económica se aprecia en la forma en que grava la norma, la que recae sobre los ingresos brutos obtenidos por los citados titulares por la prestación de los servicios de radiodifusión, sin que para ello se tenga en consideración el costo de los servicios o actividades que lleve a cabo el MTC en el ámbito de los servicios de radiodifusión, siendo además importante precisar que el cumplimiento del pago de la "tasa" por los mencionados titulares de autorizaciones no origina una contraprestación directa en favor de éstos por parte del MTC.

Más aún, cabe mencionar que el elemento diferenciador de una especie de tributo se aprecia en la hipótesis de incidencia establecida por el legislador, apreciándose que en el caso bajo análisis, la hipótesis de incidencia ha sido establecida con claridad respecto a una manifestación de capacidad económica de los sujetos incididos y no con relación a una actividad estatal, ello sin perjuicio de lo que establezcan las disposiciones relativas al destino de la recaudación producto de este cobro, como se verá a continuación.

Al respecto, cabe precisar que si bien el artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, prevé que los ingresos recaudados por concepto de derechos, tasas, canon y multas, luego de la aplicación a los fines de la citada ley, son destinados al desarrollo de las telecomunicaciones, al control y monitoreo del espectro radioeléctrico y a sufragar las obligaciones contraídas con los organismos internacionales, se advierte que ello no implica que haya una actividad estatal que beneficie a los titulares de las autorizaciones del servicio de radiodifusión en forma diferenciada.

De igual manera, lo señalado en el artículo 62° de la Ley de Radio y Televisión, respecto a que para el cumplimiento de los fines que se encarga al Consejo Consultivo de Radio y Televisión, se empleará parte de los ingresos recaudados por concepto de derechos, tasas, canon y multas a que se refiere el citado artículo 101° de la Ley de Telecomunicaciones³⁰ y ³¹, tampoco permite concluir que por el pago de la denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" el Estado realice alguna actividad que beneficie de manera diferenciada a quienes realizan dicho pago, pues lo que señala el citado artículo 62° es que parte de los ingresos sean destinados para que pueda funcionar un órgano adscrito al MTC, esto es, para que dicho Consejo pueda ejercer las funciones y atribuciones que se le han encargado. En ese sentido, lo que pagan los titulares de autorizaciones del servicio de radiodifusión no revierte en beneficio de éstos, por lo que no se puede afirmar que el concepto bajo análisis constituya una contribución.

De las normas que regulan la denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" se desprende que el Estado haya establecido dicho concepto,

estamos frente a un impuesto, pues el hecho gravado es la explotación comercial del servicio, esto es, el tributo es pagado por el solo hecho de explotar el servicio de radiodifusión sin que exista alguna actuación estatal que produzca algún beneficio a los titulares que realizan dicha explotación ni una relación de contraprestatividad entre cobro y servicio estatal alguno.

La naturaleza impositiva del concepto bajo análisis se corrobora además con la forma en que se ha regulado su determinación y pago, pues ha sido estructurada técnicamente en forma similar al Impuesto a la Renta.

En efecto, como se indicó anteriormente, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 122° a 124° del Reglamento de la Ley de Radio y Televisión, la denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" se determina de manera anual, para lo cual debe presentarse una declaración anual en el mes de abril siendo el importe de este tributo el 0.5% de los ingresos brutos declarados por la prestación de los servicios de radiodifusión. No obstante, de manera mensual corresponde que se realicen pagos a cuenta equivalentes al 0.5% de los ingresos brutos declarados en el mes anterior, por lo que al presentarse la declaración anual, solo corresponderá se pague únicamente la cuota de regularización. En caso se determine un saldo a favor de los titulares de autorizaciones del servicio de radiodifusión, se permite que dicho saldo a favor se aplique a los pagos a cuenta futuros.

En este punto cabe recordar que el propio Reglamento de la Ley de Radio y Televisión en su artículo 124° reconoce que los titulares de autorizaciones del servicio de radiodifusión son contribuyentes", lo que reafirma la naturaleza tributaria del concepto bajo análisis, y dada la naturaleza de éste, su calificación como impuesto.

De otro lado, según lo previsto por la citada Norma II, si se tratase de una contribución, el rendimiento de los ingresos no podría tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación, no obstante, ello no se cumple en el presente caso, pues la cuantificación de la denominada "tasa por explotación comercial del servicio de radiodifusión" se determina en función de los ingresos brutos de los titulares de las autorizaciones para prestar este servicio y no en función al costo de alguna obra o servicio que preste el Estado, ni en función a algún beneficio que reciban dichos titulares.

En ese sentido, no puede considerarse que el tributo bajo análisis califique como una contribución. Por consiguiente, se concluye que el tributo denominado "Tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" califica como un impuesto".

Que el citado acuerdo tiene carácter vinculante, según lo establecido por los acuerdos recogidos en el Acta de Reunión de Sala Plena N° 2002-10 de 17 de setiembre de 2002 y N° 2014-25 de 11 de diciembre de 2014.

Que asimismo, conforme con el acuerdo contenido en el Acta de Reunión de Sala Plena N° 2016-05 de 3 de marzo de 2016, corresponde que la presente resolución se emita con el carácter de observancia obligatoria, y se disponga su publicación en el diario oficial "El Peruano", de conformidad con el artículo 154° del Código Tributario, modificado por la Ley N° 30264³².

29 En este sentido, véase: GIULIANI FONROUGE, Carlos, Derecho Financiero, Depalma, 2001, Buenos Aires, p. 1075. De igual modo, véase: JARACH, Dino, Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Abeledo Perrot, 1996, Buenos Aires, p. 234 y FERREIRO LAPATZA, José, "Tasas y Precios. Los Precios Públicos", en: Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, N° 21, IPDT, 1991, Lima, p.89.

30 Según lo previsto en el artículo 109° del Reglamento de la Ley de Radio y Televisión, para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 62° de esta ley, los ingresos recaudados por concepto de derechos, tasas, canon y multas a que se refiere el artículo 101° de la Ley de Telecomunicaciones, corresponden únicamente a los obtenidos del servicio de radiodifusión, en un porcentaje que no excederá del 30% de dicho monto.

31 Entre las funciones y atribuciones del citado Consejo, el artículo 58° de la Ley de Radio y Televisión prevé, entre otras, las de actuar como veedor en los concursos públicos para el otorgamiento de las autorizaciones de los servicios de radiodifusión, establecer y administrar un sistema de otorgamiento anual de premios y reconocimientos a las personas naturales y jurídicas que contribuyan al desarrollo integral y cultural del país, mediante su trabajo en la radiodifusión, propiciar investigaciones académicas que promuevan el mejoramiento de la radiodifusión, apoyar iniciativas con fines académicos, destinadas a la preservación y archivo de los programas de producción nacional transmitidos por los servicios de radiodifusión, emitir opinión no vinculante dentro del procedimiento administrativo sancionador, y proponer al MTC la celebración de convenios nacionales e internacionales que permitan el desarrollo de la radiodifusión.

32 En concordancia con el acuerdo recogido en el Acta de Reunión de Sala Plena N° 2014-25 de 11 de diciembre de 2014, que señala que una vez establecido por acuerdo del Pleno que el tema que se sometió a votación se encuentra dentro de los alcances del artículo 154° del Código Tributario, el Resolutor - Secretario que tenga asignado el expediente que motivó la presentación del tema debe emitir una resolución que recoja el criterio aprobado, constituyendo precedente de observancia obligatoria, la que conforme con la citada norma, será publicada en el diario oficial "El Peruano".

Que en el presente caso, la quejosa cuestiona que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no haya elevado al Tribunal Fiscal el recurso de apelación que interpuso el 30 de octubre de 2015 contra la denegatoria ficta del recurso de reclamación interpuesto contra el Oficio N° 4511-2014-MTC/28 que determinó una deuda por "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" de los años 2012 y 2013, habiendo incluso emitido la Resolución Vice Ministerial N° 837-2015-MTC/03.

Que la queja es un remedio procesal que, ante la afectación de los derechos o intereses del deudor tributario por actuaciones indebidas de la Administración o contravención de las normas que inciden en la relación jurídica tributaria, permite corregir las actuaciones y encauzar el procedimiento bajo el marco de lo establecido por las normas correspondientes, en los casos en que no exista otra vía idónea, motivo por el cual en reiteradas resoluciones este Tribunal ha establecido que la queja no es la vía pertinente para analizar asuntos de fondo ni cuestionar actos de la Administración que son susceptibles de ser impugnados en otra vía.

Que ahora bien, mediante la Resolución Vice Ministerial N° 837-2015-MTC/03 de 14 de diciembre de 2015³³, emitida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (fojas 1 a 5), se declaró improcedente la apelación interpuesta contra la denegatoria ficta, al considerar que el recurso de reconsideración (considerado así por la Administración y no como reclamación) fue interpuesto de forma extemporánea, según la Ley del Procedimiento Administrativo General, y asimismo, se declaró firme administrativamente el acto administrativo contenido en el Oficio N° 4511-2014-MTC/28.

Que al haber sido la quejosa notificada con la resolución viceministerial antes mencionada, a través de la cual el Ministerio de Transportes y Comunicaciones se pronunció sobre la citada apelación, el pedido de la quejosa para que se eleve la apelación resulta improcedente, pues aun cuando el acto emitido no hubiese respetado el procedimiento legal establecido, lo que corresponde es cuestionarlo a través de los recursos correspondientes. Criterio similar recogido en las Resoluciones del Tribunal Fiscal N° 03392-Q-2014, 05838-Q-2014, entre otras.

Con el Resolutor – Secretario Cerdeña Stromsdorfer.

RESUELVE:

1. Declarar IMPROCEDENTES las quejas presentadas.
2. Declarar que de acuerdo con el artículo 154° del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por el Decreto Supremo N° 133-2013-EF, modificado por Ley N° 30264, la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria, disponiéndose su publicación en el diario oficial "El Peruano" en cuanto establece el siguiente criterio:

"La denominada "tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" tiene naturaleza tributaria, y por consiguiente, el Tribunal Fiscal es competente para emitir pronunciamiento sobre los casos relacionados con dicho concepto.

El tributo denominado "Tasa por explotación comercial de los servicios de radiodifusión" califica como un impuesto".

Regístrese, comuníquese y remítase al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para sus efectos.

CERDEÑA STROMSDORFER
Resolutor - Secretario
Oficina de Atención de Quejas

33 Adjuntada por la quejosa.

J-1415815-1

PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 335-2015
DEL SANTA

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCLANTE

Sumilla: La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad estricta. En consecuencia, la inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad estricta.

con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudirse al artículo 29° del Código Penal. Para la individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrán en cuenta, entre otros factores: i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; ii) Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad; iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y iv) Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, primero de junio de dos mil dieciséis.

VISTOS; en audiencia privada, el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del Distrito Fiscal Del Santa, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; ii) Modificar la pena impuesta – treinta años –, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra Geancarlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.

De conformidad, en parte, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo César Hinojosa Pariachi.

FUNDAMENTOS DE HECHO

- Itinerario del Procedimiento en Primera Instancia

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial Coordinador de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa Del Santa, mediante requerimiento de fojas setenta y cuatro, formuló acusación contra Geancarlos Vega Mejía como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación Sexual de Menor, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., solicitando que se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y dos mil novecientos soles por concepto de reparación civil a favor de dicha agraviada.

SEGUNDO: Realizado el control de acusación – fojas ciento treinta y uno, y ciento treinta y seis del tomo I –, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas ciento treinta y ocho. El inicio del juicio oral se produjo el primero de octubre de dos mil catorce – fojas ciento veinticinco –. Las sesiones plenarias se extendieron hasta el treinta de octubre del mismo año – fojas ciento setenta y uno –. En la misma fecha, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emitió la sentencia de fojas ciento ochenta y cinco, condenando a Geancarlos Vega Mejía como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de dos mil novecientos soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.

- Itinerario del Procedimiento en Segunda Instancia

TERCERO: Contra la sentencia condenatoria, el procesado Geancarlos Vega Mejía interpuso recurso de apelación – fojas doscientos veinte –, el mismo que fue concedido mediante resolución de fojas doscientos veintiséis, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante resolución de fojas doscientos setenta y tres, señaló fecha de audiencia de apelación el día nueve de marzo de dos mil quince. En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia – fojas doscientos ochenta y dos –. Compareció el señor Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior del Distrito Fiscal Del Santa, así como el abogado defensor del sentenciado Geancarlos Vega Mejía. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero solicitó que se confirme la sentencia apelada. En tanto, el segundo requirió su revocatoria y consiguiente absolución de los hechos incriminados. Los alegatos versaron en dos aspectos medulares:

I) Del lado del Fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y la reparación civil impuesta [pretensión acusatoria]; y,

II) Del lado de la defensa, se destacó que la edad de la menor sólo podía acreditarse mediante la partida de nacimiento respectiva; que la agraviada incurrió en diversas contradicciones respecto a las circunstancias en que se produjo la violación; que el encausado no ha sido reconocido como autor del delito y

resulta poco probable que el acto sexual se haya producido en el domicilio de este último, y que en la determinación de la pena, no se ha considerado su condición de agente primario, por lo que debió imponérsele una sanción por debajo del mínimo legal [pretensión defensiva].

CUARTO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince, resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada [de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código acotado; ii) Elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso no fuese interpuesto el recurso de casación; iii) Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado Geancarlos Vega Mejía; contra la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce; iv) Confirmar la referida sentencia en cuanto condenó a Geancarlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.; v) Modificar la pena impuesta al condenado, y, reformándola, le impuso la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; y, vi) Confirmar en el extremo que fija por concepto de reparación civil, la suma de dos mil nuevos soles a favor de la agraviada.

QUINTO: Los hechos declarados probados por la Sala Penal Superior, desde la perspectiva jurídica, constituyen tópicos inalterables para este Supremo Tribunal, respecto de los cuales no cabe su impugnación en sede casatoria. En este sentido, de la Sentencia de primera instancia y de la de vista, se desprende lo siguiente:

A. Que, el acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales C.B.Y.B., se acreditó con el Certificado Médico Legal número 001461 – EIS, de fojas ciento cuarenta y siete, que diagnostica la presencia de: “lesiones traumáticas externas recientes en región genital, himen: desfloración antigua y ano: signos de acto contra natura antiguo con lesiones recientes”.

B. Que, el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 – 2013 – PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho, establece que la menor presenta: “personalidad ansiosa tendiente a la extroversión, reacción depresiva, temor, desgano asociado al motivo de investigación (...) indicadores de estresor de tipo sexual (sudoración palmar, onicofagia, labilidad, ruborización)”.

C. Que, la edad de la agraviada está debidamente probada con la partida de nacimiento de fojas doscientos cincuenta, según la cual nació el tres de febrero del dos mil, por lo que, a la fecha del evento criminoso (veintisiete de febrero del dos mil trece), tenía trece años y veinticinco días de edad.

D. Que, la relación sexual entre la menor individualizada con las iniciales C.B.Y.B. y el acusado Geancarlos Vega Mejía fue consentida, no habiendo mediado violencia o amenaza. El acusado en referencia, al momento de los hechos, contaba con 19 años de edad.

- Del Recurso de Casación.-

SEXTO: La señora Fiscal Superior, a fojas trescientos catorce, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, en los extremos que: a) Inaplicó el mínimo y máximo de la pena conminada [de 30 a 35 años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del código acotado; y, b) Modificó la pena de 30 años de pena privativa de libertad, impuesta al acusado Geancarlos Vega Mejía, y reformándola, le impuso 5 años de pena privativa de libertad efectiva. Se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el artículo 429°, numerales 1) y 3), del Código Procesal Penal. El recurso fue concedido por resolución de fojas trescientos sesenta y dos.

SÉTIMO: Este Supremo Tribunal mediante Ejecutoria Suprema de fecha 05 de octubre de 2015, obrante a folios 48 en el presente cuadernillo, declaró bien concedido el recurso de casación, solo por la causal prevista en el artículo 429°, numeral 3), del Código adjetivo acotado, cuyo texto es el siguiente: “Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”. Mientras que fue declarado inadmisibles por la causal prevista en el inciso 1°, del artículo 429° del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: “Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una casacional

A. La inaplicación (falta de aplicación) de la pena conminada prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal; y,

B. La inaplicación (falta de aplicación) del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye la responsabilidad restringida de los sujetos activos de 18 a 21 años de edad, en el delito de violación de la libertad sexual.

OCTAVO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación – notificación de fojas cincuenta y tres, en el cuadernillo supremo –, se expidió el decreto de fojas cincuenta y cinco en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis. El señor Fiscal Supremo en lo Penal, mediante escrito de fecha diecisiete de mayo de dos mil dieciséis, presentado un día antes de la audiencia de casación, mostró su conformidad con la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, efectuada por la Sala Penal de Apelaciones Del Santa, aunque exponiendo argumentos distintos; sin embargo, solicitó que la pena se incremente en 3 años, es decir, en vez de 5 se imponga al procesado la pena de 8 años de pena privativa de libertad. El máximo representante del Ministerio Público y titular del ejercicio público de la acción penal, como ente persecutor, sostiene en resumen los siguientes argumentos: i) Que, existen buenas razones para admitir el control difuso efectuado por el Tribunal Superior, siendo admisible, por un lado, la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, y de otro lado, la imposición de una pena por debajo del marco legal para el delito imputado; ii) Que, el consentimiento en la relación sexual sostenida entre un sujeto activo de responsabilidad restringida y un sujeto pasivo que está en edad cercana a adquirir autodeterminación sexual, constituyen circunstancias fácticas constitucionalmente relevantes para influir en el marco sancionatorio que debe aplicarse, debiendo ser uno menor al previsto por la Ley, motivo por el cual, no convergen razones jurídicas para considerar que un agente necesite treinta años de pena privativa de libertad para resocializarse, por haber mantenido una relación sexual con una menor de trece años de edad; iii) Que, la sanción acotada no supera el juicio de necesidad, estimándose que su resocialización como fin de la pena se puede alcanzar con un marco punitivo que restrinja su derecho a la libertad personal de modo más benigno; iv) Que, la sanción de treinta años de privación de libertad anula el bien jurídico [libertad personal] junto al proyecto de vida del imputado, quien es una persona joven que apenas superó el límite de edad para ser considerado imputable penalmente. Asimismo, anota que el delito fue consumado cuando la menor se encontraba en la última etapa de desarrollo de su capacidad psicofísica para adquirir autodeterminación sexual. Al punto que, de acuerdo a la pericia psicológica practicada, no se revelan reacciones o indicadores de alta gravedad de afectación emocional; v) Que, si bien el consentimiento en la relación sexual, no es relevante para determinar la consumación del tipo penal; si constituye un factor trascendente al momento de la determinación de la sanción penal. Por todas estas consideraciones, estando a que el hecho no reportó circunstancias agravantes, pues, contrariamente a ello, se destaca que el agente tenía la condición de reo primario y por su imputabilidad relativa, corresponde disminuir prudencialmente la pena del marco legal abstracto señalado; considerando que debe aplicársele 8 años de pena privativa de libertad.

NOVENO: La audiencia de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta. En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431°, numeral 4), del Código Procesal Penal, señalándose para el primero de junio de dos mil dieciséis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- Consideraciones Preliminares

DÉCIMO: La Fiscalía Superior impugnante considera que la Sentencia de Vista, materia del presente recurso de casación, que reduce la pena impuesta al procesado Geancarlos Vega Mejía, de 30 años de pena privativa de libertad a 5 años de pena privativa de libertad, vulnera el principio de legalidad de la pena, por cuanto no aplicó la pena tasada prevista en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, que establece un mínimo de 30 y un máximo de 35 años de pena privativa de libertad. Asimismo, aplicó la atenuante por responsabilidad restringida prevista en el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, a pesar de que el segundo párrafo del mismo artículo, lo prohíbe para el delito de violación de la libertad sexual; cuestionando el test de proporcionalidad efectuado por el Colegiado Superior, tanto para la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, así como para la graduación de la pena. En este sentido, este Supremo Tribunal analizará si dicha sentencia de vista tiene legitimidad constitucional, en base a las particularidades del caso concreto, para lo cual examinará el test de proporcionalidad realizado por la Sala Penal de Apelaciones.

DÉCIMO PRIMERO: Es pertinente dejar sentado que el Colegiado Superior, dio por probado el supuesto de hecho (acceso carnal con una menor de 13 años de edad, previsto en el primer párrafo del artículo 173) pero no aplicó la pena privativa de libertad conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal (Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años). En este sentido, la Sala Penal de Apelaciones no se ha apartado del principio de legalidad del hecho típico, por cuanto la conducta desarrollada por el procesado Vega Mejía, como es la de haber tenido acceso carnal con la agravada, si ha sido subsumida en el primer párrafo del mencionado tipo penal

DÉCIMO SEGUNDO: La Sala Penal de Apelaciones que dictó la sentencia de vista impugnada, no aplicó tanto el artículo 173°, inciso 2°, así como el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, que se refieren a la pena aplicable para el supuesto de hecho correspondiente; es decir, se apartó del principio de legalidad de la pena. Dicho Colegiado Superior hizo uso de su facultad constitucional prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, que prescribe: "En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera". Es decir, realizando un control de constitucionalidad de las leyes aplicables al caso concreto, consideró que dichos artículos son incompatibles con otros principios y derechos constitucionales, por lo que utilizó lo que en doctrina constitucional se conoce como el "control difuso" de las leyes; no aplicándolas solo en este caso concreto.

DÉCIMO TERCERO: A criterio de este Supremo Tribunal y compartiendo la posición del Colegiado Superior, en efecto, estamos ante la colisión del Principio de Legalidad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado que señala: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley" (el resaltado es nuestro), reflejado en el artículo 173°, inciso 2°, y artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; y los Principios de Proporcionalidad, previsto en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución y en el artículo VIII del Código Penal que señala: "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho" y de resocialización del reo, previsto en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanos o degradantes, garantizado en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

DÉCIMO CUARTO: La criminalización del acceso carnal con menores de 13 años de edad, busca proteger el bien jurídico denominado "indemnidad sexual"; considerando el legislador que con una pena de 30 a 35 años de prisión, prevista en el artículo 173.2 del Código Penal (principio de legalidad de la pena) se tutela de manera adecuada dicho bien jurídico; prohibiendo, además, cualquier beneficio procesal de atenuación de dicha pena, por lo que excluyó la circunstancia atenuante prevista en el artículo 22, primer párrafo, del Código Penal, para los sujetos activos que tienen una edad de entre 18 y 21 años.

Por su lado, el principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes públicos (Poder legislativo, Poder judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respeto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional "Sólo están sometidos a la Constitución y la ley" (art. 146.1 de la Const.).

DÉCIMO QUINTO: De otro lado, el principio de resocialización del penado, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución, exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si bien el precepto constitucional se refiere al régimen penitenciario, sin embargo, no puede pasar desapercibido que también es un mandato dirigido al legislador penal, respecto a la creación de delitos y penas, en especial a las clases de penas y sus magnitudes, ya que solo el régimen penitenciario que cuente con penas no desocializadoras podrá alcanzar su fin resocializador. El régimen penitenciario no puede considerarse al margen del sistema penal ni de la actividad legislativa en materia penal, dado que para que haya "reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado", debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización. Sin leyes penales compatibles con el fin preventivo especial

privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados", por lo que el mandato constitucional referido al régimen penitenciario, deberá ser interpretado sistemáticamente con este precepto convencional a fin de dotarlo de pleno sentido y valor.

DÉCIMO SEXTO: El principio resocializador se complementa con el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 5.2 de la CADH), que se refiere tanto a la prohibición de penas que en su ejecución pueden ser crueles e inhumanas (v. gr. producto del hacinamiento carcelario, graves condiciones de insalubridad y precariedad alimentaria) como a las penas que en su configuración legislativa, ya sea por su modalidad o por su duración, sean materialmente lo mismo. Los Estados americanos, entre ellos el Perú, al momento de ratificar la CADH se han obligado voluntariamente, no solo a respetar los derechos humanos (art. 1° de la CADH que establece la obligación de respeto), sino a adaptar sus disposiciones internas a los derechos y principios de la CADH. Al respecto, vale recordar que el artículo 2° de la CADH prescribe que: "los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

DÉCIMO SÉPTIMO: El principio de proporcionalidad busca lograr una concordancia razonable entre la entidad del injusto (lesión al bien jurídico, gravedad o no de las modalidades de ataque, etc.); la culpabilidad (accesibilidad normativa, imputabilidad etc.) y la entidad de la consecuencia jurídica aplicable, incluyendo, en su ámbito de influencia, la prohibición del exceso. La proporcionalidad implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre el ilícito y la sanción; la cual se asienta en una ponderación fijada por el legislador en una ley (proporcionalidad abstracta), y en la valoración que el Juez realiza en el caso concreto (proporcionalidad concreta) [1]. Si bien la proporcionalidad abstracta es prima facie complementaria a la proporcionalidad concreta, sin embargo, pueden ser contrapuestos en un caso concreto; bien porque el análisis del caso determine la necesidad de imponer una pena menor que la prevista por la ley, o bien sea conveniente imponer una pena por encima del marco penal establecido en la ley; con la particularidad hermenéutica que esta última posibilidad se encuentra excluida en un Estado Constitucional, por mandato del principio de legalidad penal y el principio pro homine (art. 29. a) de la CADH).

Se reconoce que el principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho sancionador, limita el ejercicio adecuado del ius puniendi estatal y refuerza el principio de la proscripción de la arbitrariedad estatal.

DÉCIMO OCTAVO: Corresponde al legislador diseñar típicamente los comportamientos antijurídicos y la fijación de los marcos penales abstractos estipulados para cada delito en la ley Penal [criminalización primaria], mientras que la labor jurisdiccional se torna significativa y de carácter sumamente delicado, pues sobre ella recae la responsabilidad de la imposición final de la sanción punitiva [criminalización secundaria]. Los Jueces Penales, en sus diversas jerarquías, deben orientar su actuación funcional justamente a mantener un equilibrio óptimo entre legalidad, el respeto de los derechos fundamentales y la vigencia de los principios constitucionales, entre los que se cuenta el principio de proporcionalidad.

En este sentido, el conflicto de principios constitucionales se presenta porque, a criterio de este Supremo Tribunal, la pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, fijada por el legislador para proteger la "indemnidad sexual" de la menor agravada, quien contaba al momento de los hechos con 13 años y veinticinco días de edad, (artículo 173.2 del CP); es sumamente grave y representa en su límite máximo la pena privativa de la libertad temporal más drástica de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe analizarse su aplicación en concordancia con los principios de proporcionalidad y resocialización.

DÉCIMO NOVENO: Entonces, al haber surgido un conflicto entre disposiciones legales y principios constitucionales así como principios de rango convencional; éstos serán objeto de ponderación. Si bien es cierto, el legislador al establecer una pena privativa de libertad tan drástica para la protección del bien jurídico "indemnidad sexual", ha intervenido en la libertad individual del sujeto activo, criminalizando su comportamiento; sin embargo, se debe analizar si existe en el caso concreto una sobrecriminalización, que redunde en una sobreprotección, en cuanto a la pena establecida para dicho bien jurídico, y si se

¹ Castillo Alva, José Luis. Principios de Derecho Penal Parte General. Gaceta Jurídica. Lima 2002, pp. 280.

respetar el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

VIGÉSIMO: Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia dictada en el Exp. N° 579-2008-PATC. LAMBAYEQUE. CESAR AUGUSTO BECERRA LEIVA., ha señalado en el fundamento 25 lo siguiente: "...En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

VIGÉSIMO PRIMERO: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido en su jurisprudencia que un derecho humano puede ser restringido, siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (sentencia del caso ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 273; FONTEVECCHIA Y D'AMICO C. ARGENTINA de 29 de noviembre de 2011; PÁRR. 43) como también ha fijado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención (sentencias de los casos KIMEL C. ARGENTINA, 2 de mayo de 2008, PÁRR. 52; CASTAÑEDA GUTMAN C. MÉXICO, 6 de agosto del 2008, PÁRR. 175). La reglamentación y limitación de los derechos humanos (v. gr. libertad personal, libertad de expresión, derecho al honor y a la intimidad, entre otros), como cualquier otra restricción de un derecho humano, debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (sentencias de los casos ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 273; PÁRR. 43; MÉMOLI C. ARGENTINA de 22 de agosto de 2013; PÁRR. 127; TRISTÁN DONOSO C. PANAMÁ, sentencia de 27 de enero de 2009; PÁRR. 76). En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención (sentencia del caso TRISTÁN DONOSO C. PANAMÁ, sentencia de 27 de enero de 2009; PÁRR. 76).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la restricción (de un derecho humano) debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo (sentencia del caso YATAMA C. NICARAGUA, 23 de junio del 2005, PÁRR. 206).

Dicha Corte ha sostenido, además, que entre varias opciones para alcanzar el interés público imperativo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho en cuestión (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, PÁRR. 46).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional y analizado el test de proporcionalidad correspondiente; sobre la idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de menores de 13 años de edad, en el artículo 173°, inciso 2° del Código Penal, y la imposición de pena privativa de libertad para sus autores o partícipes; consideramos que es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores involucrados como víctimas. La indemnidad sexual consiste en "la tutela del desarrollo y formación sexual del menor, pero solo de quienes tienen menos de catorce años" (R.N. N° 1915-2013-LIMA del 09 de diciembre del 2014). Al respecto, el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, ha señalado que "debe entenderse como indemnidad

de edad si tienen esa capacidad para autodeterminarse y dirigir sus decisiones en lo relativo a su vida sexual, quedando, por ende, el Estado privado de criminalizar aquellas conductas, en las que una persona adulta mantiene relaciones sexuales voluntarias con menores cuyas edades oscilan entre catorce a dieciocho años".

VIGÉSIMO TERCERO: Sin embargo, este Supremo Tribunal estima, respecto al subprincipio de necesidad, que la imposición de 30 a 35 años de pena privativa de libertad al autor o partícipe de la violación sexual de un menor de 13 años de edad, (la agravada tenía trece años y veinticinco días de edad), no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico "indemnidad sexual", por cuanto existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo. En la vida real, no se ha acreditado que la pena de 30 a 35 años de cárcel, pena prevista en el artículo 173.2 del CP, sea una pena necesaria e indispensable para alcanzar el objetivo de proteger el bien jurídico "indemnidad sexual", tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de base constitucional (art. 200 de la Constitución) como de su fundamento convencional (art. 30 de la CADH).

En efecto, si bien es cierto la pena de privación de la libertad individual del sujeto activo, es idónea para proteger el bien jurídico: indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad; sin embargo, la magnitud y dosis de la pena de 30 a 35 años no es necesaria e indispensable para proteger el bien jurídico de manera legítima. Lo que es idóneo en abstracto no siempre es necesario ni proporcional en concreto. En consecuencia la pena draconiana establecida por el tipo penal no supera el subprincipio de necesidad.

En este extremo cabe mencionar la ilógica del legislador, cuando al regular la pena para el delito de Homicidio, previsto en el artículo 106° del Código Penal, establece una pena de 6 a 20 años de pena privativa de libertad. Es decir, considera que solo entre 6 y 20 años es necesario privar la libertad de un homicida, para satisfacer el bien jurídico vida que protege dicho tipo penal. Entonces, para proteger otros bienes jurídicos de menor rango que la vida humana, no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor.

VIGÉSIMO CUARTO: En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; si bien es cierto, el segundo paso del test de proporcionalidad (necesidad) no se cumple en el caso concreto, por lo que carecería de objeto analizar el tercer y último paso del mencionado test; sin embargo, consideramos que es importante analizar este extremo por cuanto se trata de establecer, si la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado, de 30 años de pena privativa de libertad, es excesiva y vulneradora de la libertad personal del procesado; y si la pena de 5 años de prisión impuesta por la Sala Penal de Apelaciones, resulta adecuada al hecho punible, de cara al principio de proporcionalidad.

VIGÉSIMO QUINTO: Ahora bien, para establecer el peso o importancia de los principios constitucionales en conflicto, debe seguirse a la ley de la ponderación; en este sentido decimos "Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la dignidad y libertad personal del imputado, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales que persigue la ley, en favor de la indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad".

VIGÉSIMO SEXTO: Para medir los grados de afectación y los niveles de satisfacción que persigue el artículo 173.2 del Código Penal, hay que valorar las intensidades, estableciendo una escala triádica (Sentencia del Tribunal Constitucional ya acotada, fundamento 31) catalogándose como grave, medio o leve. Cuando es posible establecer, de manera racional, que una medida de restricción de baja o leve intensidad, logra niveles de satisfacción altos o elevados, la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley), ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima, desde la perspectiva constitucional (fundamento 34 de la Sentencia citada). Contrario sensu, si la afectación a un derecho fundamental es grave y el nivel de satisfacción que se logra es medio o leve, entonces, la ley no habría pasado dicho test de proporcionalidad.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En el caso de autos, este Supremo Tribunal considera que la imposición de una pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, que se impondría al procesado Vega Mejía (de 19 años de edad) como autor del delito de violación sexual de menores de 13 años y veinticinco días de edad; es una intervención de intensidad grave sobre la dignidad y libertad personal del imputado, como ya se ha anotado; y el nivel de satisfacción que se logra con esta medida, sobre la protección del bien jurídico protegido de la menor agravada; consideramos que es de grado medio. En efecto, las penas elevadas y sumamente drásticas para los casos de acceso carnal con menores de 13 años, que han prestado su

consentimiento, no han evitado el incremento de estos hechos delictivos, y no registran eficacia compatible con los fines de la pena en un Estado democrático, como es la prevención general negativa; sobre todo cuanto hay otras medidas menos perjudiciales o gravosas (penas menos graves) que podrían lograr los objetivos constitucionales que persigue la ley (artículo 173.2 del Código Penal).

VIGÉSIMO OCTAVO: En el mismo sentido, la prohibición de disminuir la pena para los sujetos activos de responsabilidad restringida, como los jóvenes de 18 a 21 años de edad, establecida por el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, tampoco pasa el test de proporcionalidad, por cuanto para proteger el bien jurídico "indemnidad sexual", no es necesario proscribir la aplicación de esta circunstancia atenuante. La exclusión de la facultad del Juez para poder atenuar la pena en los delitos sexuales cometidos por jóvenes de responsabilidad restringida, no es idónea ni necesaria para combatir este tipo de delitos. Si ya la aplicación de penas altas constituye un problema acerca de la legitimidad constitucional de las normas penales, en orden a los fines constitucionales de la pena; entonces, la exclusión de la atenuante por imputabilidad disminuida deviene en una medida arbitraria y no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado: lucha eficaz contra la criminalidad y mantener los índices delictivos en límites razonables.

VIGÉSIMO NOVENO: No hay estudios criminológicos, científicos, psicológicos, o de otro orden técnico, que permitan sostener de manera razonable y válida que prohibiendo la atenuación de la pena a los imputados de 19 años de edad, que tuvieron acceso carnal con menores de 13 años (el imputado tenía 19 años); se reducirán los índices de este tipo de delitos. Por el contrario, esta prohibición, fomenta la marginación, la exclusión social y quebranta el principio contenido en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

TRIGÉSIMO: De otro lado, la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad que le impuso el Juzgado Penal Colegiado, al imputado Vega Mejía, quien contaba con 19 años de edad, por haber mantenido una relación sexual, lograda sin violencia e instrumentalización de la víctima por haber tenido una relación afectiva previa, y cuya diferencia de edades no era significativa; contraviene también el principio de resocialización, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución y el artículo 5.6 de la CADH; por cuanto dada la magnitud y drasticidad de la pena y la prohibición de beneficios penitenciarios, constituye una pena altamente lesiva, que lejos de colaborar en la reintegración social del reo, neutraliza cualquier intento de reincorporar al condenado a la sociedad democrática.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Por mandato constitucional (art. 139.22) y convencional (art. 5.6) toda pena debe promover la resocialización del reo, tanto en la faceta legislativa, en el campo judicial, como en el ámbito de la ejecución penal. Con ello, no es que se pretenda afirmar que el único fin legítimo de la pena sea la resocialización, sino que dicho fin se presenta como un objetivo irrenunciable de la pena, cualquiera que sea su clase, que obliga a todos los poderes públicos y que un Estado Social y Democrático, como el peruano, debe cumplir (art. 43 de la Constitución); en particular, en el diseño de toda política criminal y la configuración de las clases y magnitudes de penas.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: "la disposición constitucional, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato expreso de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea en el momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o en el de establecer el quantum de ellas²; y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el quantum de la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese quantum o de las condiciones en las que la pena se ha de cumplir; ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad. De éstas, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad³".

penas privativas de la libertad, puede sacrificar y obviar en su aplicación el mandato resocializador, que como principio constitucional y como compromiso convencional obligatorio ha contraído el Perú; hacerlo, no solo supone incurrir en desacato constitucional, sino en desafiar las obligaciones internacionales adquiridas por el Perú al suscribir diversos Tratados de Derechos Humanos, exponiendo al Estado a una eventual responsabilidad política por violación de derechos humanos.

De igual modo, solo en la medida en que se cumpla y respete el principio resocializador, junto a los demás fines de la pena; es posible evitar una violación al principio que prohíbe instaurar en un Estado Constitucional, penas crueles e inhumanas (artículo 5.2 de la CADH) que es una expresión indiscutible del respeto al principio de dignidad de la persona humana, contenida en el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental.

- Pronunciamento Casatorio.-

TRIGÉSIMO CUARTO: La sentencia de vista impugnada arribó a una conclusión condenatoria; esta decisión es incuestionable para este Supremo Tribunal. Ciertamente, se cometió un delito contra la libertad sexual. Rige, en lo particular, el principio de intangibilidad de los hechos, por lo que solo se examinará si el fallo infringe o transgrede la Constitución o la Ley; es decir, a la *quaestio iuris* [4], no siendo procesal sustituir en la valoración de la prueba, al Tribunal de Apelación, a efectos de dictar un fallo sustitutivo. El fundamento del fallo impugnado, reside en la protección legal del bien jurídico "indemnidad sexual", entendido como la preservación de la sexualidad de una persona, cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, y que corresponde a los menores de menos de 14 años de edad; a diferencia del bien jurídico "libertad sexual", que corresponde a los adolescentes y mayores de edad, que superan los 14 años de edad; los mismos que tienen capacidad jurídica para disponer libremente de su sexualidad.

TRIGÉSIMO QUINTO: En efecto, la conducta del procesado Geancarlos Vega Mejía, constituye un hecho típico, antijurídico y culpable, por cuanto realizó los elementos objetivos y subjetivos del ilícito imputado; vulnerando la indemnidad sexual de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. Por lo tanto, es correcta su declaración de responsabilidad penal y de condena. No converge, a su favor, la presencia de alguna clase de error –de tipo o de prohibición–, a fin de negar la imputación subjetiva o la antijuridicidad de su conducta, consolidándose la posición judicial adoptada. En consecuencia, la pretensión impugnativa, debe ser resuelta bajo un esquema adecuado de determinación legal y judicial de la pena. Al respecto, es preciso señalar que la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal –La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho–, como los artículos 45° y 46° del citado código sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas; la primera, denominada "Determinación Legal", y la segunda, rotulada como "Determinación Judicial". En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.

TRIGÉSIMO SEXTO: En este tópico, se aplicaría la pena conminada prevista para el delito de Violación Sexual Presunta, que de acuerdo al artículo 173°, numeral 2), del Código Penal – en su formulación vigente en la época de los hechos, según Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis –, sería no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; sin embargo, al haberse inaplicado dicha norma sustantiva al caso de autos (en cuanto a la pena tasada), acudiremos a la norma general que regula la pena privativa de libertad (artículo 29° del CP), como veremos más adelante. No concordamos, al respecto, con el argumento del Colegiado Superior de acudir a otro tipo penal, como el homicidio simple (artículo 106° del CP), para tener como referencia su marco punitivo (de 6 a 20 años de pena privativa de libertad), por cuanto se vulneraría el principio de legalidad de la pena de cada figura delictiva en particular. No es compatible con la Constitución (art. 2°, inciso 24, literal d) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9°) imponer una pena que corresponde a otro tipo penal, distinto del que fue materia de condena. Finalmente, usar una pena conminada de otro tipo penal distinto del que es

² EXP. N° 7730-2005-PHC/TC; CASO: WILMER GONZALES IZUISA; EXP. N° 7724-2005-PHC/TC; CASO: NICOLÁS MARTÍN VALQUI CAHUAZA.

³ EXP. N° 803-2003-HC/TC; CASO: PEDRO FELIPE CUBA RAMIREZ O SALVADOR MAMANI QUISPE.

⁴ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima 2015, pp. 715.

materia de la acusación, vulnera el principio de proscripción de la analogía de la ley penal.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: En esta fase, el Juez competente determinará la pena concreta que en justicia y en derecho le corresponde al infractor de la ley. Se trata de alcanzar la pena justa que debe imponerse al imputado, diferenciándose caso por caso. En cuanto a la dosificación de la pena, es decir, para fijar el quantum; además del marco legal punitivo, se tendrá en cuenta los elementos y factores señalados en el artículo 45° del Código Penal – texto original –, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, y el nivel de su cultura y costumbres –en el caso de autos el acusado tiene de instrucción: segundo año de secundaria, ocupación: ayudante de construcción–. Asimismo, se examinará si existen otras circunstancias atenuantes genéricas o específicas. Una atenuante específica es la responsabilidad restringida que establece el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, que faculta al juzgador aplicar una pena atenuada respecto del que le correspondería a un sujeto activo mayor de 21 años de edad.

TRIGÉSIMO OCTAVO: En el caso de autos, la Sala Penal de Apelaciones impuso al procesado la pena concreta de 5 años de pena privativa de libertad efectiva, basado en el principio de proporcionalidad de la pena (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal) y la atenuante por responsabilidad restringida; en este último caso, inaplicó la prohibición contenida en el segundo párrafo del referido artículo 22 del Código Penal, que excluye del beneficio a los procesados por delito de violación de la libertad sexual. Para ello se valió de la facultad constitucional de los jueces para ejercer el “control difuso” de las leyes, cuando éstas son incompatibles con la Constitución Política del Estado.

TRIGÉSIMO NOVENO: El principio constitucional de proporcionalidad concreta y la atenuante por responsabilidad restringida, sirvieron para imponer una pena atenuada, muy por debajo de la pena tasada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal; priorizándose tal principio sobre el de legalidad de la pena, para lo cual realizó el test de proporcionalidad. Al respecto, se evaluaron los tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto [ponderación].

Sobre la prohibición de aplicar la atenuante por responsabilidad restringida, prevista en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; efectuaremos el siguiente examen de proporcionalidad:

I. Examen de Idoneidad.- Un enunciado normativo siempre conlleva a una finalidad. Tratándose de normas penales, el fin último recae, indudablemente, en la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos. La medición de la pena, en un modelo de Estado social y democrático de derecho, debe contemplar, mínimamente, garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Por esta razón, es necesario preguntarse ¿Es idóneo y hay una relación entre la exclusión del beneficio de reducción punitiva y la finalidad preventiva de evitar la comisión futura de esta clase de delitos? A tal efecto, es preciso diferenciar dos aspectos relevantes. Uno, es el relativo al marco punitivo que la ley prevé para sancionar esta clase de delitos, respecto del cual, no es posible desconocer su idoneidad en sentido abstracto. Y otro, concierne a la posible aplicación de alguna atenuante excepcional prevista en la ley, siempre que el caso lo amerite. Superado este aspecto, es preciso significar que la experiencia judicial consolidada da cuenta que, aún cuando se hayan incorporado normas sustantivas o procesales que engloben restricciones en cuanto a la aplicación de ciertos beneficios – generalmente enfocados en reducciones punitivas, sin afectar la pena básica del delito –, no siempre se ha logrado persuadir a los agentes delictivos de perpetrar nuevos delitos sexuales. En consecuencia, la medida legislativa de prohibir la aplicación de la atenuante de imputabilidad disminuida, en rigor, no es útil y conducente a la finalidad perseguida de prevenir delitos mediante la protección de bienes jurídicos. No existe evidencia de que el medio escogido para brindar protección a las víctimas de agresiones sexuales, tuviera una idoneidad y efectividad tal, que justificara la instauración de la medida prohibitiva inequitativa y contraria a los alcances del principio de igualdad. Por lo tanto, la prohibición de aplicar tal atenuación no necesariamente logra la efectiva protección del bien jurídico tutelado [indemnidad sexual] ni cumple con el fin de la pena, que es prevenir la comisión de delitos.

II. Examen de Necesidad.- Sobre el particular, dos aspectos son claves de analizarse bajo este sub principio: i) Si existen medios alternativos igualmente idóneos para cumplir el objetivo de protección a las víctimas de delitos sexuales; y ii) Si tales medios no afectan el principio de igualdad, o de hacerlo, la afectación es de menor intensidad. El ordenamiento jurídico penal, conforme a su diseño, puede utilizar el recurso de las penas para prevenir la comisión de delitos pero dicho empleo a la libertad – absolutamente

La exigencia de necesidad de la pena, no se limita a preguntar en el caso concreto, a si debe utilizarse la pena privativa de la libertad, sino también a determinar si el quantum o determinada dosis de pena, es necesaria e indispensable para prevenir y evitar la comisión de delitos. La afectación intensa de la libertad personal por parte del legislador, debe estar compensada por la protección efectiva del bien jurídico dentro de los límites necesarios.

El empleo de la pena privativa de la libertad en un caso, como el presente, de abuso sexual de una menor de trece años y veinticinco días de edad, se encuentra justificada; empero la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad se revela como absolutamente innecesaria para la protección del bien jurídico: indemnidad sexual. El hecho de que el empleo de dicha pena se presente como necesaria, no quiere decir que la dosis de pena prevista en la ley se presente también como necesaria.

III. Examen de Proporcionalidad en sentido estricto.- La idea central de la proporcionalidad es definir el ámbito de influencia de la intervención punitiva del Estado y del derecho a la igualdad de toda persona, que goza de reconocimiento constitucional, por su condición de ser humano. Estamos frente a la colisión de dos principios, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo peso en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto [5]. Son dos valores antagónicos, pues, de un lado, se procura la aplicación estricta del principio de legalidad [proscripción de aminoración punitiva], y de otro lado, se vela por el respeto a la dignidad y libertad del imputado. Ambos principios conducen a juicios jurídicos diametralmente contradictorios. Evidentemente, conforme al tratamiento acotado, en el caso de autos, deben prevalecer los intereses concernientes a la dignidad de la persona humana en la determinación de la pena, conteniendo un “peso” esencialmente mayor que aquél interés orientado a preservar la aplicación rigurosa de la ley penal, tanto en su marco abstracto como en el empleo de la aplicación de una atenuante especial. La tesis adquiere relevancia bajo la consideración de un factor adicional: El respeto al principio - derecho de igualdad. El Tribunal Constitucional [6] ha afirmado que la igualdad detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto al 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. En cuanto al 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. Asimismo, es importante la influencia de otros aspectos con la misma solvencia normativa, entre ellos, la reinserción o reincorporación social de los condenados. Justamente, la política criminal ha sido instituida como instrumento de medición para configurar medidas restrictivas a la libertad de los agentes delictivos, siempre enmarcadas en una línea de respeto por la dignidad humana. Este es el pilar sobre el que se funda todo Estado Democrático y Social de Derecho. La delincuencia en cualquiera de sus formas genera dañosos social. El ataque a los diversos bienes jurídicos puede contener diversos grados de intensidad, significándose que no todas las acciones punibles representan una grave afectación. En virtud de ello, en el ámbito de la ponderación de principios, la legalidad, en el caso de autos, no precede a la proporcionalidad, sino a la inversa.

CUADRAGÉSIMO: Sobre la responsabilidad restringida por razón de la edad, en los delitos sexuales, este Supremo Tribunal ha emitido jurisprudencia solventando la aplicación de tal reducción punitiva. Es preciso destacar, entre otros, i) La sentencia dictada en el Recurso de Nulidad número 3287 – 2013/CAJAMARCA, de fecha diecisiete de junio de dos mil catorce, donde se señala que la proscripción de tal atenuación, colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica, prevista en el artículo 2°, numeral 2), de la Constitución Política del Estado, toda vez que “(...) el tratamiento especial que implica la denominada “responsabilidad restringida” se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada “capacidad de culpabilidad”, sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto

⁵ Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008, pp. 72.

⁶ STC número 045 – 2004 – PI/TC.

penal, por lo que resulta evidente introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato – propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal – fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional (...)” [fundamento jurídico décimo segundo]; y, ii) La sentencia dictada en el Recurso de Casación número 403 – 2012/ LAMBAYEQUE, de fecha dieciocho de julio de dos mil trece, que avalando un supuesto fáctico similar, justificó la reducción punitiva, rebajando la pena impuesta de 30 años a 10 años de pena privativa de libertad, considerando como circunstancias razonables las condiciones personales del agente (incluida su edad: veintiún años), la extracción campesina, educación primaria, ausencia de antecedentes penales, la aceptación de las prácticas sexuales, poniendo de relieve la relación sentimental mantenida con la agraviada, y la extensión mínima del daño o peligro causado; todo lo cual, sirvió de sustento para justificar dicho fallo judicial.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En este sentido, teniendo en consideración la línea jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal, es evidente que en el caso analizado, resulta adecuado, proporcional, y esencialmente igualitario, la aplicación de la circunstancia atenuante de la pena prevista en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal, a todo agente de 18 a 21 años de edad que cometa delito de violación sexual; por lo que la inaplicación de la prohibición contemplada en el segundo párrafo de dicha norma, en la sentencia impugnada, haciendo “control difuso” se encuentra arreglada a la Constitución (artículo 138°); debiendo ser aprobada. A mayor abundamiento, en el Acuerdo Plenario número 04 – 2008/CJ – 116, se establece, de manera expresa, la posibilidad de que los Jueces apliquen control difuso respecto de la prohibición de la responsabilidad restringida, en caso se advierta un tratamiento diferenciado. Es de enfatizar que su aplicación se encuentra recogida como una facultad, mas no tiene un carácter imperativo, según los términos del acotado Acuerdo Plenario, que establece: “Los jueces penales (...) 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” [fundamento jurídico décimo primero]

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Es importante precisar que el “control difuso” de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22°; primer párrafo, del Código Penal, siendo una disposición general, debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2°, inciso 2, de nuestra Constitución. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional [7], ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:

A. Ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual. De acuerdo a la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, en las relaciones sexuales entre el sentenciado y la agraviada medió consentimiento; sin uso de violencia ni amenaza para doblegar la voluntad de la víctima, tampoco hubo engaño. Si bien es cierto, por la edad de la menor agraviada, trece años y veinticinco días de edad, tal consentimiento resultó irrelevante para negar la atipicidad del hecho; sin embargo, no puede soslayarse que, conforme a la determinación fáctica acotada, en las relaciones sexuales no medió violencia física o amenaza. No se trató de un ataque violento al bien jurídico, menos se vejó, maltrató o se dio un trato indigno a la víctima, que hubiera merecido la elevación de la antijuridicidad de la conducta.

B. Proximidad de la edad del sujeto pasivo a los catorce años. La menor agraviada, en la fecha en que tuvo y veinticinco días de edad, cuando se consumó el acto sexual anterior fue con su

“consentimiento”. No se discute en este proceso la protección legislativa a la “indemnidad sexual”. Únicamente se destaca un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción. De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008 – 2012 – PI/TC, del doce de diciembre de dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, del trece de marzo de dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal “(...) ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución” – fundamento jurídico quincuagésimo primero –. Está claro que, en clave constitucional, se ha reconocido la prerrogativa de disponer libremente de su sexualidad a aquellos menores cuyas edades fluctúan entre los catorce y dieciocho años. La determinación del rango etéreo de disposición sexual estuvo justificado a partir de criterios ponderativos, entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes – con edades entre catorce y dieciocho años –, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero. En consecuencia, cuanto mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación de la pena, en el caso de sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad.

C. Afectación psicológica mínima de la víctima. Evidentemente, al existir consentimiento, aún cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo. En el caso de autos, se destaca la presencia de “indicadores de estresor de tipo sexual”, según el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 – 2013 – PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho. Al respecto, en la audiencia de juzgamiento, la perito Katia Consuelo Ramírez García ratificó sus conclusiones, e indicó, básicamente, que la agraviada sintió vergüenza cuando relató las circunstancias del acto sexual, precisando que la “ruborización” es uno de los indicadores del estresor sexual. Este indicador, a criterio de este Supremo Tribunal, no reviste gravedad, precisamente porque el acto sexual fue consentido. La atenuación de la pena solo será posible en aquellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar la pena.

D. Diferencia etérea entre el sujeto activo y pasivo. Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimiento o de abuso de una posición de poder para consumir el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena. En el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea; no era proporcional agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado, tal como ocurrió con la sentencia de primera instancia.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: En consecuencia, siendo el artículo 173.2 del Código Penal (en cuanto a la pena conminada) y el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal (en cuanto a la prohibición de atenuantes para el delito de violación sexual), incompatibles con la Constitución, por colisionar con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, así como

⁷ STC número 751 – 2010 – PHC/TC, de fecha 15 de junio 2010, FJ cuarto.

con la dignidad del imputado; la inaplicación efectuada por la Sala Penal de Apelaciones, en este caso concreto, se encuentra ajustada a la Constitución, mereciendo ser aprobada; por lo que los agravios formulados por la Fiscalía Superior casacionista no son de recibo, máxime si su superior jerárquico (Fiscal Supremo) ha opinado que el control difuso realizado por el Colegiado Superior se encuentra arreglada a la Constitución.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por "control difuso", la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el Juez Penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En este extremo, no concordamos con el criterio esgrimido por el Ad quo que, en los fundamentos 31 y 32 de la sentencia de vista, toma como referencia para la graduación de la pena, la pena conminada del delito de Homicidio, previsto y penado en el artículo 106° del Código Penal. No se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro supuesto de hecho, distinto del delito de violación sexual de menor de edad, sino además porque trasgrede el principio de proscripción de la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En cuanto al pedido del Señor Fiscal Supremo, quien en su escrito de fecha 17 de mayo del año en curso, solicita el incremento de la pena impuesta al procesado Vega Mejía, de cinco a ocho años de pena privativa de libertad; este Supremo Tribunal considera que los tres años adicionales que solicita el Ministerio Público, en este caso concreto, en nada contribuirá a lograr los objetivos constitucionales que se persigue con las penas drásticas a los autores o partícipes del delito de violación sexual de adolescentes de 13 años de edad; con mayor razón en el caso del procesado Vega Mejía, quien tiene responsabilidad restringida. Un año y días antes de los hechos, este último, hubiera sido inimputable, por lo que con cinco años de prisión efectiva, con ingreso a un Establecimiento Penitenciario, tal como ha sancionado la Sala Penal de Apelaciones, puede lograrse satisfacer la protección de la indemnidad sexual de la agravada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la señora Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Apelaciones del Distrito Fiscal Del Santa, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: i) Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; ii) Modificar la pena impuesta – treinta años –, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra Geancarlos Vega Mejía, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. En consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista mencionada, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa.

II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3°, del Código Procesal Penal.

IV. DISPUSIERON dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial "El Peruano"; notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley; y los devolvieron.

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

J-1416353-1

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

(Mediante Oficio N° 5345-2016-SG-CS-PJ la Corte Suprema de Justicia de la República solicita se publique la presente resolución en relación con la Sentencia en Casación N° 3671-2014-Lima, publicada el 7 de diciembre de 2015).

CASACIÓN N° 3671-2014

LIMA

Tercería de Propiedad

Lima, veintinueve de diciembre de dos mil quince.-

AUTOS y **VISTOS**, con el escrito de fecha 16 de diciembre de 2015 presentado por Natividad Rosario Tambini Miranda; y **ATENDIENDO:** Que, conforme al artículo 407 del Código Procesal Civil, de oficio y de conformidad con lo expuesto por el señor Juez Supremo Walde Jauregui, **ORDENARON** la corrección del último párrafo del fundamento VI.3, correspondiente al numeral VI: Análisis Crítico; agregándose la cita bibliográfica a pie de página a fojas ciento setenta del cuaderno de casación, en los siguientes términos: "A lo cual debe agregarse que, la falta de inscripción registral, muchas veces no obedece a la negligencia de los propietarios, sino a un problema estructural del Estado, evidenciado en el complejo y oneroso acceso a la inscripción, que requiere muchas veces actos previos y burocráticos, como regularizaciones municipales y administrativas (licencias, permisos y autorizaciones); registrales como la inmatriculación, tracto sucesivo; tributarias, como el pago de impuestos; entre otros"^{98-A}...

^{98-A} Cf. Gunter GONZALES BARRÓN: "Falsificaciones, Laudos amañados y, ahora, un nuevo intento de despojo: El caso de los propietarios que sufren el Embargo y Remate de sus bienes por deudas ajenas". Informe adjunto al escrito de fecha 10 de julio de 2015 presentado por el Instituto Peruano de Derecho Agrario y de la Alimentación al Director del Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, ingresado el 13 de julio de 2015, en mérito al VII Pleno Casatorio Civil.

Dispuesta la corrección, notifíquese y publíquese en el Diario Oficial El Peruano y en la página web del Poder Judicial, bajo responsabilidad.-

S.S

MENDOZA RAMIREZ

WALDE JAUREGUI

HUAMANI LLAMAS

MARTINEZ MARAVI

CABELLO MATAMALA

DEL CARPIO RODRIGUEZ

MIRANDA MOLINA

CUNYA CELI

CALDERON PUERTAS

DE LA BARRA BARRERA

J-1416881-1