

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

Lima, treinta y uno de octubre
de dos mil dieciocho.-

VISTOS; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Es materia de consulta la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha cinco de febrero de dos mil dieciséis, obrante a fojas sesenta y tres, mediante la cual, ejerciendo control difuso, se declaró inaplicable al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, únicamente en lo referido al delito de Robo Agravado, por colisionar con el derecho constitucional a la igualdad reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado.

SEGUNDO.- Al respecto, debe indicarse, en principio, que la consulta debe ser entendida como una institución procesal de orden público que viene impuesta por la ley, así, en estricto, no puede ser considerada un recurso sino como un mecanismo procesal a través del cual se impone al órgano jurisdiccional el deber de elevar el expediente al Superior Jerárquico; y, a éste, el deber de efectuar el control de la constitucionalidad de la resolución dictada en la instancia inferior.

TERCERO.- Ahora bien, el mecanismo del control difuso se encuentra contemplado en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que: *“(...) 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”*.

Entonces, de acuerdo a ello, la Carta Magna reconoce la supremacía de la norma constitucional sobre cualquier otra norma, facultando a los Jueces a ejercer control difuso.

CUARTO.- Sobre el particular, el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, señala que: *“(...), 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*

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

En consecuencia, las sentencias en las que se realice control difuso deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en concordancia con lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 408 del Código Procesal Civil.

QUINTO.- En este contexto, a través de la sentencia de fecha cinco de febrero de dos mil dieciséis, obrante a fojas sesenta y tres, que es objeto de consulta, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, **revocó** la sentencia emitida por el Juzgado Penal Colegiado Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, en cuanto **condenó** a los procesados **Dany Brayan Chafloque Atencio y Oscar Junior Llontop Chavesta** a tres años de pena privativa de la libertad por el delito de Hurto Agravado en agravio de Augusto Alberto Agapito Sánchez y, a doce años de pena privativa de la libertad por cada delito contra el Patrimonio en su modalidad de Robo Agravado cometido en agravio de Faustino Santos Cuyate Salazar y Louis Antonio Flores Ballena, lo cual hace un total de veintisiete años; y reformando dicha sentencia, condenó a los imputados a dos años de pena privativa de la libertad por el delito de hurto agravado y a cinco años de pena privativa de la libertad por cada uno de los delitos de robo agravado, lo cual hace un total de doce años de pena privativa de la libertad.

SEXTO.- Siendo ello así, se aprecia que la Sala Superior señaló, absolviendo los agravios del recurso de apelación interpuesto por los sentenciados, que el argumento referido a la indebida inaplicación del beneficio de reducción de la pena

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

por responsabilidad restringida por la edad, previsto en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, resultaba amparable respecto al delito de hurto agravado, pues pese haberse demostrado que los condenados tenían menos de veintiún años al momento de cometer el delito, es decir, tenían responsabilidad restringida, no se les impuso una pena por debajo del mínimo legal prevista en el primer párrafo del artículo 186 del Código Penal (tres años).

Por ese motivo, atendiendo a que la responsabilidad restringida por la edad constituye una circunstancia atenuante privilegiada, la Sala revisora les impuso a cada uno de los sentenciados una condena de dos años de pena privativa de la libertad por el delito de hurto agravado.

SÉPTIMO.- Por otro lado, con relación al delito de robo agravado, la Sala de mérito consideró que el beneficio de reducción de la pena por responsabilidad restringida por la edad es aplicable a los condenados pese a que el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal lo prohíba.

A tal efecto, se remitió a lo sustentado en la sentencia de fecha treinta de enero de dos mil quince, dictada en el Proceso N° 864-2014, en la cual se consideró que la decisión del Estado es discriminatoria de los condenados por el delito de robo agravado. Señalándose además en dicho proceso que: *“(…) la responsabilidad restringida por la edad, basándose en una capacidad disminuida del sujeto para comprender la ilicitud de su acción y conducirse conforme a dicha comprensión, no puede justificar, sino a costa de discriminar, que sus consecuencias, como la atenuación de la pena, se aplique solo a algunos infractores o, mejor dicho, no se aplique a todos. En consecuencia, el numerus clausus de excepciones establecidas por el legislador, dentro del que se encuentra el delito de robo agravado, carece de fundamento científico y supone, por tanto, un trato injustificadamente desigual o discriminatorio, que no puede sostenerse, de cara a la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley, dentro del plexo de garantías y derechos fundamentales que la constitución protege.”* (Véase a fojas sesenta y siete del cuaderno de apelación).

Por esta razón, la Sala Superior inaplicó al caso concreto lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, y, por ende, condenó a los

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

sentenciados a cinco años de pena privativa de la libertad por cada delito de robo agravado.

OCTAVO.- Atendiendo a lo expuesto, corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse sobre el control de la constitucionalidad realizado por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, la cual, como venimos diciendo, inaplicó al caso concreto, para los delitos de robo agravado cometidos por los procesados, lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal por estimar que vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

NOVENO.- Bajo ese orden de ideas, 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 las personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad.

Así, debemos mencionar que el artículo 22 de Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N° 635, dispuso en su texto original 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, éste artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho; por el artículo 1 de la Ley N° 29439, publicada el diecinueve de noviembre de dos mil nueve; y, posteriormente, por el artículo 1 de la Ley N° 30076, publicada el diecinueve de agosto de dos mil trece (el cual resulta aplicable por razón de temporalidad), cuyo segundo párrafo estableció que queda excluido de la responsabilidad restringida por la edad, el agente que haya incurrido, entre otros, en delito robo agravado.

DÉCIMO.- Por otro lado, debemos indicar que la igualdad como derecho fundamental se encuentra consagrada en el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, de acuerdo con cual: “(...) *toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo*

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

Ahora bien, contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, nos encontramos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia dictada en el Expediente N° 03525-2011-AA/TC, de fecha treinta de septiembre de dos mil once, que el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas, quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren 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 razonable¹.

Debe precisarse, que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, se está frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.

DÉCIMO PRIMERO.- A partir de lo expuesto, consideramos que el modificado artículo 22 del Código Penal debe considerarse inconstitucional, puesto que si bien dicha norma, en principio, podría encontrarse justificada atendiendo a la gravedad de los delitos expresamente excluidos del beneficio de reducción de la pena; no obstante, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad restringida constituye el producto de la evaluación de la edad del sujeto activo que se encuentra entre los

¹ Véase Fundamento 4.

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

dieciocho y veintiún años; ello, partiendo de la ausencia de madurez que le permita discernir plenamente las consecuencias de su conducta.

Es decir, se sustenta en la capacidad penal disminuida, que a su vez, es sustento o elemento esencial de la culpabilidad, la cual se encuentra presente en todos los casos y no únicamente en aquellos delitos que se encuentran comprendidos en el beneficio de reducción de la pena.

Por estas razones, no se advierten causas objetivas y razonables que den lugar a la diferenciación prevista en la norma bajo análisis, por el contrario, nos encontramos ante situaciones idénticas –madurez en razón de la edad- que merecen un trato igualitario.

DÉCIMO SEGUNDO.- Sobre el particular, tenemos que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la República, con ocasión del “X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias”, ha emitido el **Acuerdo Plenario N° 4-2016/CIJ-116**, publicado el diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, en el que ha establecido como doctrina legal, entre otros, los siguientes criterios²:

“14. (...)

*Luego, si la edad del agente está referida a su capacidad penal, no es razonable configurar excepciones a la regla general en función de criterios alejados de este elemento, como sería uno centrado en la gravedad de ciertos delitos. La gravedad del hecho es un factor que incide en la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que **la culpabilidad por el hecho incide en factores individuales concretos del agente, al margen del hecho cometido**, que tiene su propio baremo de apreciación.*

15. *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***

² De acuerdo a lo señalado en el Considerando 25.

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

normativo en las características y gravedad del injusto penal, sino en la evolución vital del ser humano.

Por ende, este factor de diferenciación no está constitucionalmente justificado. (...).” (Resaltado nuestro).

DÉCIMO TERCERO.- En ese mismo sentido, el propio Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia dictada en el Expediente N° 00751-2010/PHC/TC, de fecha quince de junio de dos mil diez, que: *“De acuerdo al texto del primer párrafo del artículo 22 del Código Penal (responsabilidad restringida por la edad) y a lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 (fojas diecisiete), queda a criterio del juez la reducción prudencial de la pena y/o inaplicación del segundo párrafo del artículo antes mencionado”*.

Siendo que el referido Acuerdo Plenario, en el numeral 11, con carácter de doctrina legal, estableció que: *“Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente - que impide un resultado jurídico legítimo”*.

Por consiguiente, entendemos que nuestro Tribunal Constitucional ha aprobado, implícitamente, el criterio citado.

DÉCIMO CUARTO.- Ahora bien, regresando al caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta, además, que de acuerdo con los artículos IV³ y VIII⁴ del Título Preliminar del Código Penal, que regulan los Principios de Lesividad y Proporcionalidad, respectivamente, la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, no pudiendo sobrepasar la responsabilidad por el hecho.

³ Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

⁴ Artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.- La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

**CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE**

En ese contexto, se aprecia que en el caso de los delitos de robo agravado cometido por los condenados, no se produjeron mayores daños patrimoniales, puesto que los objetos que aquellos sustrajeron (dos teléfonos celulares, dos billeteras con documentos, una cartera con cuadernos y una mochila con libros) lograron ser recuperados casi de forma inmediata debido a que la Policía los detuvo en plena fuga luego de que el agraviado Louis Antonio Flores Ballena los denunciara. Siendo justamente por este motivo que la reparación civil que se les impuso fue de tan solo doscientos soles (S/. 200.00) para cada agraviado; es decir, de seiscientos soles (S/. 600.00) en total.

Del mismo modo, ha quedado acreditado que no se ocasionó ningún tipo de lesión física en contra de los agraviados.

En consecuencia, a juicio de esta Sala Suprema, la imposición de cinco años de pena privativa de la libertad efectiva por cada uno de los delitos de robo agravado cometidos, esto es diez años, más el pago de la reparación civil, resultan razonables y proporcionales a fin de reprimir el delito cometido.

Más aún, si se tiene en cuenta que adicionalmente se les está condenando con dos años más por el delito de hurto agravado, lo que hace un total general de doce años de pena privativa de la libertad efectiva, tiempo que, aún siendo excesivo a nuestro juicio, sería suficiente para que en el caso concreto de los condenados, dadas las circunstancias presentadas, se cumpla con la finalidad buscada con la pena establecida para los delitos analizados.

DÉCIMO QUINTO.- En todo caso, lo contrario esto es, la imposición de la pena sin el control difuso realizado por la Sala Superior, implicaría un exceso y desproporción que extralimitaría la responsabilidad por los hechos cometidos, puesto que estaríamos hablando de un total de veintisiete años de pena privativa de la libertad efectiva que tendría que imponerse a los condenados, esto a pesar de la escasa lesividad de los delitos (pues como dijimos, los objetos materiales lograron ser recuperados y no se ocasionó ningún tipo de daño físico a los agraviados); con lo cual el castigo se tornaría por demás irracional, por cuanto supera ampliamente

**CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE**

la magnitud del perjuicio ocasionado y atenta contra el derecho de rehabilitación y reinserción social - el cual, de acuerdo con el artículo 5.6⁵ de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituye la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad -; así como contra la realización personal y familiar, el proyecto de vida y otros derechos vinculados a la dignidad de la persona que se encuentran previstos en el numeral 3 de la Constitución Política del Estado.

Más aún, si se tiene en cuenta que para otros delitos considerados de mayor gravedad por los bienes jurídicos que protegen y las circunstancias en las cuales se cometen, se han contemplado penas menores. Así por ejemplo, tenemos el caso del delito de homicidio simple, el cual, de acuerdo al artículo 106 del Código Penal contempla una pena no menor de seis ni mayor de veinte años. En el mismo sentido, tenemos el delito de violación sexual previsto en el artículo 170 del mismo cuerpo normativo, para el que se contempla una pena máxima de dieciocho años; entre otros delitos similares que por su grado de lesividad en encuentra justificada la rigurosidad de las penas.

Y si bien en el caso presente estamos hablando de dos delitos de robo agravado, ello no puede ser razón suficiente para imponer una pena desproporcionada, que como dijimos, no solo interferirá con la finalidad resocializadora de la misma, sino que además la distorsionará; pues pensamos que es muy difícil esperar que después de tantos años encerrados en una cárcel peruana, los jóvenes sentenciados en este proceso (si se consideran los veintisiete años impuestos por el juzgado), puedan salir realmente rehabilitados y aptos para reintegrarse fácilmente a la sociedad.

En orden de ideas, opinamos que los doce años estimados por la sentencia de vista, aún siendo de cierta manera excesivos, sí podrían lograr esa finalidad rehabilitadora y resocializadora de la que venimos hablando y que se encuentra regulada en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y en la norma internacional precitada.

⁵ Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Derecho a la Integridad Personal:
(...)

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

DÉCIMO SEXTO.- Por lo precedentemente expuesto, se concluye que la inaplicación de la prohibición contemplada en el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, efectuada por la sentencia de vista objeto de consulta en mérito al control difuso que le faculta la ley y la Constitución Política del Estado, se encuentra arreglada al artículo 138 de la Carta Magna, por lo que corresponde su aprobación.

Por tales fundamentos, **APROBARON** la sentencia consultada de fecha cinco de febrero de dos mil dieciséis, obrante a fojas sesenta y tres, que resuelve **INAPLICAR** al presente caso lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, únicamente para los delitos de Robo Agravado; en los seguidos contra Dany Brayan Chafloque Atencio y Oscar Junior Llontop Chavesta, sobre Robo Agravado; en agravio de Augusto Alberto Agapito Sánchez y otros; y *los devolvieron*. **Interviene como Juez Supremo Ponente: Wong Abad.**

S.S.

MARTÍNEZ MARAVÍ

WONG ABAD

YAYA ZUMAETA

CARTOLIN PASTOR

Lvr/myp

EL VOTO DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA MARTÍNEZ MARAVÍ, ES COMO SIGUE:-----

La suscrita se encuentra conforme con los fundamentos y decisión a que arriban los señores Jueces Supremos Wong Abad, Yaya Zumaeta y Cartolin Pastor; razones por las que me ADHIERO a su voto obrante a fojas sesenta y uno a setenta del

**CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE**

cuadernillo de casación formado en esta Sala Suprema; con las precisiones que se señalan a continuación:

PRIMERO: Que, para que se haga una exclusión de la responsabilidad restringida, la misma debe basarse en criterios que afecten su existencia. Es decir, si su fundamento es que el agente activo debido a su edad no tiene plena capacidad de culpabilidad; y que solo en casos en que se demuestre que si tiene los conocimientos necesarios y suficientes para comprender la ilicitud de su accionar, se podría justificar la no aplicación de dicha responsabilidad restringida. Sin embargo, el legislador no ha asumido dicha posición, y por el contrario incorpora factores ajenos al análisis de la culpabilidad del agente, como lo es la gravedad del hecho cometido, lo que constituye a nuestro entender un tratamiento diferenciado sobre una situación concreta.

SEGUNDO: En el caso de autos, respecto a los delitos de robo agravado, apreciamos que los hechos delictivos ocurrieron el mismo día, no se produjo daño grave a la integridad física de los agraviados y los bienes fueron recuperados; por lo tanto, la imposición de penas privativas de libertad excesivas no serían proporcionales con el daño que se causó. Asimismo, los señores Jueces Superiores han señalado que las restricciones señaladas en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal carece de sustento científico criminológico y que constituye un trato injustificado.

TERCERO: De lo expuesto, consideramos que el control difuso efectuado por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque para no aplicar la restricción señalada en el segundo párrafo del Código Penal por afectar el derecho constitucional a la igualdad ante la ley, ha sido emitido dentro de los alcances del artículo 138 de la Constitución Política y debe ser aprobada.

Por estos fundamentos **MI VOTO** es porque se **APRUEBE** la sentencia consultada de fecha cinco de febrero de dos mil dieciséis, que corre a fojas sesenta y tres y siguientes, que resuelve **INAPLICAR** al presente caso lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, únicamente para los delitos de robo

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

agravado, en el proceso penal seguido contra Dany Brayan Chafloque Atencio y Oscar Júnior Llontop Chavesta, sobre robo agravado en agravio de Augusto Alberto Agapito Sánchez y otros, y se devuelva. **Jueza Suprema Martínez Maraví.**

S.S

MARTÍNEZ MARAVÍ

EI VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS TOLEDO TORIBIO Y BUSTAMANTE ZEGARRA, ES COMO SIGUE:

I.- OBJETO DE LA CONSULTA:

PRIMERO.- Es materia de consulta la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque de fecha cinco de febrero de dos mil dieciséis, obrante a fojas sesenta y tres, que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **inaplica** al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por ser una decisión discriminatoria de los condenados por el delito de robo agravado.

II.- ANTECEDENTES:

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos del caso, se tiene que mediante sentencia de fecha cinco de febrero de dos mil dieciséis, obrante a fojas sesenta y tres, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, revocó la sentencia de primera instancia, y condenó a los apelantes **Dany Brayan Chafloque Atencio y Oscar Junior Llontop Chavesta** a la pena privativa de libertad de doce años de pena privativa de libertad, **dos años** por el delito de hurto agravado y **cinco años** por cada uno de los delitos de robo agravado, e inaplica el artículo 22 del Código Penal, que prohíbe la reducción de la pena, por responsabilidad restringida por edad.

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

III.- CONTROL CONSTITUCIONAL:

TERCERO.- El control constitucional, es el marco general del tema materia de consulta, siendo necesario tener presente que la doctrina y la legislación comparada reconocen la existencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas: El Control Difuso y el Control Concentrado. Este control, revisión o examen de constitucionalidad de las leyes consiste en comprobar si todas aquellas que integran el sistema jurídico son conformes con la Constitución, control que varía según la opción del constituyente.

CUARTO.- Asimismo, el artículo 138, segundo párrafo de la Constitución Política del Perú, sin importar las jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas, pero además constituye un mecanismo idóneo de control de los excesos legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; de modo tal, que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado. Lo señalado anteriormente concuerda con lo establecido en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordado con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso⁶ y que contiene el siguiente enunciado: *"Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución"*.

QUINTO.- Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002-AA/TC, sentencia del seis de agosto de

⁶ Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

dos mil dos, dejó establecido: "(...) *El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes presupuestos:*

a. *Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional.* **b.** *Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.* **c.** *Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional".* **d.** *La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución.*⁷

SEXTO.- Asimismo, esta Sala Suprema con fecha dieciséis de agosto de dos mil dieciséis ha emitido pronunciamiento respecto de la **Consulta N° 1618-2016-LIMA NORTE**, estableciendo que los fundamentos de su segundo considerando constituye doctrina jurisprudencial vinculante; en el cual se precisó que: **2.2.3.** El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos, y, se ha fijado las siguientes reglas para el ejercicio del control difuso judicial: **(i)** Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, **(ii)** Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso, **(iii)** Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar

⁷ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N°s. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

una labor interpretativa exhaustiva distinguiendo entre disposición y norma; y, **(iv)** dado que el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad, el examen de necesidad y el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Sala Penal en la sentencia elevada en consulta.

IV. VALORACIÓN:

SÉPTIMO.- En el presente proceso penal seguido contra los sentenciados **Dany Brayán Chafloque Atencio y Oscar Junior Llontop Chavesta**, – de dieciocho y veinte años de edad al momento de la comisión de los hechos – se ha establecido que, **(i)** el día veintiocho de enero de dos mil quince, siendo aproximadamente las veintitrés horas con cinco minutos, el agraviado Augusto Alberto Agapito Sánchez se encontraba caminando con su hija de siete años de edad, cuando fueron interceptado por una mototaxi, descendiendo el pasajero y el chofer del vehículo, apuntándolo en la cabeza con un arma de fuego, quitándole sus pertenencias (celular y billetera) y dinero en efectivo (ochenta soles); **(ii)** en esa misma fecha, aproximadamente las veintitrés horas con treinta minutos, en circunstancias en que el agraviado Faustino Santos Cuyate Salazar se encontraba recogiendo a su menor hija, fue interceptado por una mototaxi, descendiendo su acompañante se encargaba de despojarlos de sus pertenencias, llevándose la suma de ochenta soles y la cartera de la; **(iii)** el día veintinueve de enero de aquel año, aproximadamente a las cero horas con cuarenta minutos, el agraviado Louis Antonio Flores Ballena, en circunstancias similares a las anteriores, los sentenciados procedieron a despojar de las pertenencias de aquella persona. La Policía Nacional del Perú al tomar conocimiento de los hechos realizó un operativo con la finalidad de capturar a los acusados, siendo que respecto del acusado Oscar

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

Junio Llontop Chavesta se encontró un arma de fuego réplica, mientras que respecto del otro acusado Dany Brayan Chafloque Atencio se le encontró parte de los objetos robados. Ante esos hechos, la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de la Victoria mediante denuncia de fecha siete de julio de dos mil quince, solicita que se imponga a los procesados Dany Brayan Chafloque Atencio y Oscar Junior Llontop Chavesta treinta y cinco años de pena privativa de la libertad y una reparación civil de seiscientos soles, a razón de doscientos soles por cada agraviado; por lo que el Juzgado Penal Colegiado Transitorio de Chiclayo en la sentencia de fecha dos de octubre de dos mil quince⁸, condena a los procesados, como coautores del delito contra el patrimonio en su figura de Hurto Agravado en agravio de Augusto Alberto Agapito Sánchez, imponiéndoles la pena de tres años de pena privativa de la libertad, y como coautores del delito de Robo agravado en agravio de Faustino Santos Cuyate Salazary Louis Antonio Flores Ballena imponiéndoles la pena de doce años de pena privativa de la libertad por cada delito, correspondiendo un total por los tres ilícitos penales la cantidad de veintisiete años de pena privativa de la libertad efectiva. Por su parte, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lambayeque, en aplicación del artículo 22 del Código Penal, revoca la sentencia de primera instancia, condenando a los apelantes **Dany Brayan Chafloque Atencio y Oscar Junior Llontop Chavesta** a la pena privativa de libertad de **doce años** de pena privativa de libertad, **dos años** por el delito de hurto agravado y **cinco años** por cada uno de los delitos de robo agravado, ello, en aplicación de la responsabilidad penal restringida por razón de edad previsto en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, beneficio que en principio no le corresponde, pero que ha sido concedido realizando control difuso de constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, al considerarse que este artículo sería discriminatorio.

OCTAVO: Revisado el dispositivo legal inaplicado, se tiene que: El artículo 22 del Código Penal⁹ dispone lo 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*

⁸ Fojas veintiséis.

⁹ Modificado por el Artículo Único de la Ley N° 27024, luego por el artículo 1° de la Ley N° 29439 y posteriormente por el artículo 1° de la Ley N° 3007 6, publicada el diecinueve de agosto del dos mil trece

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

*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**".* Vemos que la norma penal citada es expresa al señalar que no resulta aplicable la responsabilidad restringida por edad cuando se trate de determinados delitos – como la **robo agravado** – restricción que encuentra justificación en la protección de bienes jurídicos especiales como la vida e integridad, o por la extrema gravedad que configura el ilícito penal, esto es en razón al carácter pluriofensivo y gravoso de delito.

NOVENO: En el presente caso, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque ha realizado el control difuso para imponer una pena privativa de libertad de doce años, pena que está muy por debajo del límite legal previsto para el delito de robo agravado, aduciendo que la mencionada norma no supera el test de juicio de igualdad, por lo que se trataría de una norma inconstitucional que no resulta idónea, necesaria, ni proporcional al fin constitucional perseguido. Entonces, es insuficiente que se alegue la afectación de un derecho o principio como se hizo, tampoco se aprecia, que se haya establecido cual es la finalidad constitucional en que se sustenta el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, lo que era necesario, teniendo en cuenta que se parte de la presunción de validez constitucional de las normas. Finalmente, recordemos que el análisis que se realiza mediante el control difuso, necesariamente se lleva a cabo analizando un caso en concreto, no pudiendo analizar la norma en abstracto como se hizo en el presente caso, pues el Colegiado, ha omitido revisar las circunstancias en que se produjo el delito en el caso específico, pues se refiere al delito de “robo agravado”. Por lo tanto, se concluye que se ha omitido los presupuestos necesarios para el ejercicio del control difuso, pues no se agotó la búsqueda de una interpretación acorde a la Constitución; correspondiendo desaprobando la resolución elevada en consulta a esta Suprema Sala.

CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE

DÉCIMO: Sin perjuicio de lo anterior cabe precisar que, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque hace referencia a una decisión discriminatoria, lo que implica una vulneración al *derecho a la igualdad*, sin desarrollarlos debidamente con relación al caso concreto. Sin embargo, dado que se estaría alegando una presunta afectación al derecho a la igualdad, es necesario precisar, que no toda diferencia de tratamiento del Estado frente a un individuo implica un trato discriminatorio, pues el derecho a la igualdad contemplado en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, admite la distinción siempre que la misma cuente con una justificación objetiva y razonable, esto es, que tenga una finalidad legítima. En el caso del artículo 22 del Código Penal, que señala los delitos en los que no es aplicable la posibilidad de reducción de la pena por responsabilidad restringida por la edad, como es el caso de autos (robo agravado), tenemos que no se afecta el derecho de igualdad en alguna de sus variantes, toda vez, que por la naturaleza del ilícito penal y la gravedad de los hechos, la norma penal establece distintas clases de penas; consecuentemente, el segundo párrafo del artículo en mención inaplicado por la Sala Penal se encuentra conforme a la Constitución Política del Estado, y no es incompatible, ni inconstitucional, tanto más si la norma señala en qué casos resulta aplicable un beneficio penal como la reducción de una pena.

UNDÉCIMO: Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso concreto, que la norma inaplicada en su interpretación si guarda compatibilidad con las normas constitucionales, y que no se ha realizado debidamente el control difuso en la sentencia consultada, corresponde desaprobar dicha sentencia.

V.- DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **NUESTRO VOTO** es porque se **DESAPRUEBE** la sentencia de vista expedida por la Primera Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fecha cinco de febrero de dos mil dieciséis, obrante a fojas sesenta y tres, que **INAPLICA** al caso concreto, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra **Dany Brayan Chafloque Atencio y Oscar Junior Llontop Chavesta**, por el delito contra el

**CONSULTA
EXP. N° 20820 - 2017
LAMBAYEQUE**

patrimonio en la modalidad de robo agravado en agravio de Augusto Alberto Agapito Sánchez, Faustino Santos Cuyate Salazar y Louis Antonio Flores Ballena; en consecuencia **NULA** la sentencia consultada, se **ORDENA** a la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque emitir nuevo pronunciamiento conforme a lo señalado en la presente resolución; y se devuelva.-
Juez Supremo: Bustamante Zegarra.

S.S

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Rpt/sgr