

**CONSULTA N° 101 - 2018
SAN MARTIN**

Lima, ocho de marzo
de dos mil dieciocho.-

VISTOS; con el acompañado en cuatro tomos; y, **CONSIDERANDO**:

I.- MATERIA DE CONSULTA:

Es objeto de consulta la sentencia de conformidad contenida en la resolución número dieciséis de fecha siete de diciembre de dos mil dieciséis, expedida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, que condenó a Miguel Ángel Palomino Santillán como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, que realizando control difuso, redujo la pena de treinta y cinco años a cinco años de pena privativa de libertad e **inaplicó los artículos 173 numeral 2 y 22 segundo párrafo del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el artículo 2 numeral 2 de la Constitución Política del Estado.**

II.- REFERENCIAS PRINCIPALES DEL PROCESO:

2.1. El proceso penal fue iniciado con el auto de citación a juicio oral, emitido mediante resolución número uno, de fecha treinta y uno de enero de dos mil trece, obrante a fojas seis y siete, por el Segundo Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, decretándose por resolución número dieciséis, contenida en el acta de registro de audiencia de continuación de juicio oral, de fecha siete de diciembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos, tener por aprobado el acuerdo de conclusión anticipada celebrado entre el Fiscal, el acusado y su abogado de la defensa pública.

2.2. Mediante sentencia de conformidad emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín – resolución número dieciséis - del siete de diciembre de dos mil dieciséis, de fojas doscientos dos a doscientos nueve, se aprobó el acuerdo de conclusión anticipada condenando a Miguel Ángel Palomino Santillán como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, imponiéndosele cinco años de pena

**CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN**

privativa de libertad efectiva, recurriendo al artículo 29 del Código Penal y fijando una reparación civil ascendente a dos mil con 00/100 soles (S/. 2,000.00), y demás puntos allí contenidos.

2.3. En el referido pronunciamiento final, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, invocando el control difuso, inaplicó el artículo 173 numeral 2 y la prohibición de responsabilidad restringida prevista en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, considerando que, de acuerdo a los fundamentos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la Casación N° 335-2015-DEL SANTA, en concordancia con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, deviene inaplicable el límite mínimo de pena de treinta años, previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, así como la prohibición de responsabilidad restringida contemplada en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, **por ser incompatibles con lo que reconoce el artículo 2 numeral 2 de nuestra Constitución Política, referida a la igualdad ante la ley.**

III.- SOBRE EL CONTROL CONSTITUCIONAL:

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

SEGUNDO.- El artículo 138 segundo párrafo de la Norma Fundamental, sin importar jerarquías de los órganos jurisdiccionales, encarga a los jueces el respeto a los principios de supremacía de la Constitución y también de jerarquía de las normas. En otras palabras dicho control constituye a los órganos jurisdiccionales en los principales controladores de la legalidad constitucional, debiendo aplicarse dicha facultad solo cuando existe un conflicto real y concreto de intereses en el que debe discernirse la compatibilidad o incompatibilidad constitucional de una norma inferior; pero además, constituye un mecanismo idóneo de control de excesos

**CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN**

legislativos en que puedan incurrir los Poderes Legislativo y Ejecutivo; de modo tal que es un mecanismo de equilibrio del ejercicio del poder del Estado.

TERCERO.- El artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece que cuando los jueces al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de procesos o especialidad, encuentre que hay incompatibilidad en su interpretación, de un precepto constitucional y otro con rango de ley, resolverán la causa con arreglo al primero, en cuyo caso las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Norma que debe ser concordada con el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que desarrolla los alcances del control judicial de constitucionalidad llamado también control difuso¹ y que contiene el siguiente enunciado: *“Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”*.

CUARTO.- Por su parte el Tribunal Constitucional ha fijado los presupuestos que deben tener en cuenta los jueces cuando inapliquen las normas legales por ser incompatibles con las normas constitucionales. Por citar un ejemplo, en el caso Gamero Valdivia, Expediente N° 1109-2002-AA/TC, sentencia del seis de agosto de dos mil, dejó establecido: *“6. (...) El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez (...). El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, y para que él sea válido se requiere de la verificación, en cada caso, de los siguientes **presupuestos**:*
a. *Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional.* **b.** *Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.* **c.** *Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en*

¹ ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

*virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*². (El resaltado es nuestro). La disposición en comentario establece los márgenes dentro de los cuales el juez puede ejercer la facultad de inaplicar una norma por ser incompatible con la Constitución. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una “controversia”, concepto que según Edgar Carpio no puede entenderse de manera restringida, en el sentido de comprender solo a los conflictos intersubjetivos surgidos al amparo del derecho privado, sino que involucra la solución de cualquier caso concreto penal, administrativo, constitucional, etc.³

QUINTO.- Asimismo, esta Suprema Sala 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**, el cual se precisa que: “**2.2.3.** *El control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando contra el ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.*” Y en el fundamento 2.5. ha enfatizado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: “*i. Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales (...). ii. Realizar el juicio de relevancia, en tanto solo podrá inaplicarse una norma cuando es la vinculada al caso,(...) iii. Identificada la norma del caso, el juez debe efectuar una **labor interpretativa exhaustiva** distinguiendo entre disposición y norma;(…). iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, para así*

² Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N° 145-99-AA/TC, sentencia publicada el dieciséis de marzo de dos mil, N° 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú Sociedad Anónima y FETRATEL, N° 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y N° 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301.

³ CARPIO MARCOS, Edgar. *Control difuso e interpretación constitucional Módulo 4 del Curso de Formación: Código Procesal Constitucional*. Academia de la Magistratura. Lima, octubre 2004, p.29

**CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN**

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 el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín en la sentencia elevada en consulta.

SEXTO.- De otro lado, esta Sala Suprema en la resolución dictada el veintidós de julio de dos mil catorce en la Consulta N° 17151-20 13 LIMA - cuarto considerando - indicó que *"(...) la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el 'iter legislativo', están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que estas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental".*

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

SÉPTIMO.- En el presente caso, es pertinente traer a colación los hechos fijados por el Juzgado Penal Colegiado, así tenemos que en rubro II. Hechos Probados – se estableció que:*"(...) 2.1. Por conformidad de las partes (**Ministerio Público** y el causado **Miguel Ángel Palomino Santillán**) se declara probado que en relación al delito atribuido al acusado previsto en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal (...) que protege la indemnidad sexual, (...) se le inculpa tal delito, por cuanto a través del Facebook llegó a tener conversaciones con la menor agraviada de iniciales K.V.G.P. (13 años de edad), para luego llevarla a su domicilio ubicado en Sargento Lores 601 de la localidad de Morales, indicando a la menor que mienta a sus padres en el sentido de hacer un trabajo con sus compañeras, luego ese día 14 de diciembre de 2011 al promediar las 21:10 horas, llegan al lugar donde tenía un taller, luego le*

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

abrazaba, besaba y sostuvo relaciones sexuales con la menor, para luego de los hechos la menor agraviada se retira a su domicilio, donde le sobreviene una hemorragia, siendo llevada por sus padres al Hospital del MINSA donde le diagnosticaron que tal hemorragia se debía por una relación sexual.”

OCTAVO.- Los artículos inaplicados regulan los temas sobre violación sexual de menor de edad y responsabilidad restringida por la edad, cuyos contenidos establecen:

- El artículo 173 del Código Penal prescribe que: *“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 privativas de libertad: 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua. 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. 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años. Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.”* (Subrayado agregado)

- El artículo 22 del Código Penal, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 30076, aplicable por razón de temporalidad, prescribe que: *“Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.*
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

**CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN**

otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.” (Subrayado agregado)

Observamos que las normas penales citadas son expresas al señalar que en los delitos de violación sexual de menor de edad, la pena oscila entre no menos de treinta años y no más de treinta y cinco años y que, no resulta aplicable la responsabilidad restringida por la edad cuando se trate de determinados delitos – como el **de violación de la libertad sexual**–, restricción que se justifica en razón a la protección de bienes jurídicos especiales como la vida e integridad, salud pública, o por la extrema gravedad que configura el ilícito penal.

NOVENO.- La pena por debajo del mínimo legal

9.1. El artículo 173 numeral 2 del Código Penal, al fijar una pena que oscila entre los treinta y treinta y cinco años, genera de inmediato el asunto sobre la fijación de la sanción punitiva por debajo del mínimo legal; debiendo señalarse sobre el particular que el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 06157-2008-PHC/TC, ha declarado que, aun cuando al momento de la imposición de la pena el juez penal se encuentra sujeto a los máximos y mínimos previstos por el legislador en la ley penal sustantiva, de acuerdo al delito cuya comisión se haya verificado y cuyo autor o autores hayan sido identificados, *“excepcionalmente (...) puede reducir la pena, por debajo del mínimo, para lo cual debe explicar las razones para proceder de esa manera”*. Siendo que a través de este y otros pronunciamientos, dicho Tribunal ha reconocido expresamente la facultad que tiene el juez penal de inaplicar, en forma excepcional, de los mínimos de pena previstos en los distintos tipos penales, a fin de imponer a una pena que se encuentre por debajo de ellos, cuando existan razones que justifiquen adecuadamente optar por una decisión de esta naturaleza.

9.2. La razón esencial para justificar este tipo de decisiones se justifica en el hecho de reconocer que aun cuando por regla general las penas previstas por el legislador en los distintos tipos penales deben considerarse abstractamente proporcionadas, no es posible descartar por completo que, en situaciones muy particulares, estas puedan resultar desproporcionadas, sobre la base de las peculiaridades que presenta el caso en concreto. Esto se entiende desde que la ley penal, al momento de prever las consecuencias de un delito, no puede ponderar por completo todas

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

las particularidades que presentarán en el futuro cada hecho de la realidad; las mismas que podrán, en ciertas ocasiones, llegar a romper la regla de proporcionalidad sobre la cual se ha sustentado la pena prevista en abstracto por el legislador.

9.3. Es necesario recordar que la vigencia del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena ha sido expresamente reconocida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, al establecer que: “*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho*”. En este sentido, si en términos generales, el principio de proporcionalidad establece límites a todo acto de restricción de derechos fundamentales que lleve a cabo el Estado o los particulares, exigiendo que estos sean afectados bajo criterios de razonabilidad, siempre que ello conlleve la satisfacción adecuada de un derecho constitucionalmente consagrado, en el caso particular del derecho penal y, concretamente, en lo relativo a la determinación de las penas, la vigencia de este principio cobra todavía mayor relevancia, en tanto que las restricciones que se encuentran en juego se refieren al derecho a la libertad; de tal forma que este opera tanto en la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena⁴.

9.4. En esa línea de ideas, cabe la posibilidad que se presenten ocasiones en las que la valoración que lleve a cabo el juez penal para la determinación de la pena, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, sobre la base de la finalidad preventiva que informa la pena, la legalidad penal y los principios de culpabilidad y proporcionalidad, evidencie que la pena abstractamente en la ley penal resulta desproporcionada para el caso específico. No obstante, esta no puede ser una opción por la que el juez penal se oriente en forma usual o habitual; sino que, por el contrario, según los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ella deberá ejercerse de manera excepcional, esto es, cuando las circunstancias concretas que rodean el caso evidencien razones de peso que permitan obviar los límites previstos en la ley, a efectos de evitar la arbitrariedad del juez en la determinación de la pena, además de las posibles infracciones al principio de igualdad ante la ley.

⁴ STC N° 00010-2002-AI/TC, fj. 196.

**CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN**

DÉCIMO.- En el presente caso, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tarapoto de la Corte Superior de San Martín ha declarado la responsabilidad penal del procesado por el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad; sin embargo, al momento de fijar la pena, lo efectuó por debajo del mínimo legal, aprobando el acuerdo que sobre el particular arribaron el Fiscal, el acusado y el abogado de defensa pública, imponiendo una pena por debajo del mínimo legal, inaplicando de este modo el límite mínimo de pena de treinta (30) años, previsto en el artículo 173 inciso 2 del Código Penal, al considerar sustancialmente que la pena para el delito de violación sexual de menor de edad, fijada en no menos de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad, y por ello, el tercio inferior, el tercio intermedio y el tercio superior, se ubicaría por encima de la pena acordada (cinco años), en atención a lo cual consideró aplicable la doctrina jurisprudencial vinculante contenida en la Casación N° 335-2015-DEL SANTA (fundamentos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto) y la responsabilidad restringida prevista en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal, ya que al momento de los hechos el procesado tenía diecinueve años de edad; además de considerar aplicable el artículo 29 del Código Penal, en virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 579-2008-PA/TC (fundamento vigésimo quinto), aplicado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en la Casación precitada, y concluye que: *“(...) resultaría válido para la individualización judicial de la pena tener en consideración dichas circunstancias atenuantes (responsabilidad restringida 19 años de edad), basado además en el principio de proporcionalidad a que alude el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, carencia de antecedentes judiciales y penales, agente primario, ciñéndose a lo establecido en el artículo 45-A y 46 del Código Penal, lo cual a juicio de este Colegiado, se encuentra dentro de las circunstancias atenuantes, contenidas en el artículo 46 numeral 1 literales a y h del Código Penal, así como la aplicación de los principios de lesividad, razonabilidad, proporcionalidad y humanidad de penas, (...)”*.

DÉCIMO PRIMERO.- Sometiendo a examen los argumentos antes descritos, esta Sala Suprema, advierte que estos no resultan idóneos para justificar válidamente la decisión adoptada, en atención a que, de un lado, su análisis basado en el ejercicio del control de legalidad (comprende el control de tipicidad, probatorio y de

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

proporcionalidad), se ha ceñido en la mera afirmación que el artículo 173 numeral 2 del Código Penal protege la indemnidad sexual, en que el procesado renunció a su presunción de inocencia, a mérito de la jurisprudencia contenida en la Casación N° 335-2005-DEL SANTA, fundamentos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto y las circunstancias atenuantes como la edad del procesado, quien tenía diecinueve años a la fecha de comisión de los hechos –catorce de diciembre de dos mil once–, constituyen razones que a su criterio, la pena prevista por el legislador para este caso resulta desproporcionada; no obstante, es necesario prestar atención a que el análisis realizado por el órgano jurisdiccional en este punto se dirige directamente a plantear un juicio de idoneidad en relación a la pena abstracta prevista en la ley penal (artículo 173 numeral 2 del Código Penal), vulnerando con ello los límites del juicio de control difuso, que no puede ser tomado por el juez como excusa para apartarse de lo previsto por la ley dada por el legislador, sino que debe restringirse a examinar las consecuencias de su aplicación específica al caso concreto.

11.1. No debe perderse de vista que el juicio de control concreto de la constitucionalidad, como lo es en esencia el *control difuso* peruano, se distingue del control abstracto de la constitucionalidad justamente porque en aquel el análisis del juez debe centrarse sobre todo en los efectos prácticos que tendrá su decisión sobre los involucrados, a efectos de determinar si las consecuencias concretas producidas a causa de la aplicación de la norma de rango legal podrían resultar contrarias a una norma de rango constitucional (por restringirla desproporcionadamente). Por tanto, el análisis que realice el órgano jurisdiccional para la determinación concreta de la pena no debe estar dirigido a determinar cuál es la pena que, en su opinión, debiera merecer el delito de violación presunta en abstracto, sino más bien, a determinar si existen circunstancias particulares que provoquen que en este caso específico la aplicación de la pena prevista por el legislador para dicho delito resulte desproporcionada.

11.2. Se observa que la Sala Superior se ha limitado a evaluar las circunstancias que, a su juicio, exigen que la pena impuesta se encuentre por debajo del mínimo legal; empero, no ha valorado debidamente cuál es el peso de la lesión que el condenado ha provocado en el bien jurídico protegido (sobre esto, únicamente se ha mencionado la edad de la menor, próxima a cumplir catorce años de edad, que

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

la afectación psicológica es mínima al no haber existido violencia o amenaza y que la diferencia de edad con el condenado es de seis años; sin precisar en qué medida tales circunstancias exigen una mayor pena) y las consecuencias que generaría en la finalidad preventiva de la pena el hecho de liberar, en la práctica, al actor de las consecuencias penales que acarrea el delito cometido; en base a lo glosado, este extremo de la consulta debe **desaprobarse**.

DÉCIMO SEGUNDO.- De otro lado, como se ha precisado en el numeral I de este pronunciamiento, el Juzgado Penal Colegiado, además de inaplicar el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, también **inaplicó** la prohibición de responsabilidad restringida prevista en el **segundo párrafo del artículo 22** del mismo texto legal, por considerar que también es incompatible con el derecho a la igualdad recogido en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Al respecto, es menester anotar que el máximo intérprete de la constitucionalidad considera que la igualdad como principio *“implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático”* y, de otra parte, en cuanto a derecho fundamental *“comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”*⁵. Coligiéndose de lo transcrito que las personas que se encuentren en condiciones y supuestos equivalentes pueden tener la garantía de que los órganos públicos aplicarán la ley de manera idéntica para todos ellos.

12.1. En ese contexto, la jurisdicción, principal encargado de aplicar el Derecho, ejerce sus funciones de regular o decidir derechos de los justiciables atendiendo a la aplicación uniforme de la ley para todos, **salvo situaciones singulares, objetivas y razonables**. Se prohíbe con ello toda diferenciación injustificada e irracional en la interpretación y aplicación de las normas al momento de impartir justicia, administrar o -en general- decidir sobre situaciones jurídicas. Se observa

⁵ STC N° 0018-2003-AI/TC.

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

que la igualdad en la aplicación de la ley se diferencia de la igualdad en el contenido en que, mientras esta se refiere a la prohibición de distinguir irrazonablemente al momento genético de la norma; aquella alude a la vida misma de la ley, esto es, la exigencia de una aplicación igualitaria en su interpretación y ejecución⁶.

12.2. En esa perspectiva, no cabe entender esta posibilidad de diferenciación como una puerta abierta para vaciar de contenido a la igualdad constitucional. Así, es inaceptable cualquier trato diferenciado; solo se tolerarán aquellos que exclusivamente tengan base objetiva, es decir, comprobables en la realidad y que, al propio tiempo, sean razonables, esto es, constitucionalmente admisibles. De esta forma, quedan proscritos los tratamientos arbitrarios basados en la subjetividad, capricho o en virtud de criterios artificiosos⁷. Para ello, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que la noción de igualdad ante la ley no se riñe con la existencia de normas diferenciadoras.

12.3. En consecuencia, siendo que el artículo 22 del Código Penal contempla los delitos exceptuados de la aplicación de la responsabilidad restringida por la edad, como lo es la violación de la libertad sexual, tenemos que en dicho contexto normativo sí contiene un tratamiento desigual, ello en base a **criterios razonables y justificantes**, pues, para establecer (i) *la imputabilidad restringida* se tiene como criterio la edad del agente que la comete, el cual, a consideración del legislador puede afectar la comprensión del mismo; (ii) el *otorgamiento del beneficio de reducción de la pena*, el que solamente se concede a aquellas personas con responsabilidad restringida, lo que no implica que sea una norma universal y de aplicación igualitaria para todos los que se encuentren en el rango de la edad que establece la norma, sino que de por sí se establece una posibilidad dependiendo de las particularidades del agente que la comete, para lo cual se debe considerar los fines de la pena; (iii) los *fines de la pena*, aquello se vincula con la pena que debería fijarse al agente que comete cualquiera de los delitos establecidos en el

⁶ La Constitución Comentada-Análisis Artículo por Artículo –Tomo I, Gaceta Jurídica, Edición Diciembre 2005, p. 87

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 1399-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

artículo 22 del Código Penal, considerando la finalidad de la pena, el cual conlleva a una reeducación, rehabilitación y reinserción a la sociedad del sentenciado.

12.4. Estando las consideraciones glosadas, cabe concluir que resulta válido el tratamiento jurídico desigual de la norma materia de consulta, la cual debe contener compatibilidad con los fines de la pena de cada sentenciado en particular; por lo que, para efectuarse el control difuso del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal en lo que compete a la restricción, no debe realizarse un análisis en abstracto sino en concreto, debiendo verificarse elementos o circunstancias que lleve a determinar en ese caso concreto, que la exclusión de la reducción de la pena atendiendo a la edad del agente, podría ocasionarle un perjuicio en alguno de sus derechos fundamentales.

12.5. En ese entendido, si bien es cierto, que el sentenciado Miguel Ángel Palomino Santillán por el delito contra la libertad sexual, cumpliría el presupuesto de la edad, de ser mayor de dieciocho y menor de veintiún años al momento de la comisión del ilícito (*catorce de diciembre de dos mil once, con diecinueve años de edad*), también lo es que, no basta aquello para acceder a la reducción de la pena, respecto a la naturaleza del delito cometido; así en la sentencia consultada no se trasluce que se haya efectuado un control difuso respecto del caso en particular; asimismo, carece de argumentos justificativos suficientes para reducir la pena por imputabilidad restringida; por consiguiente, se colige que en la sentencia del Juzgado Penal Colegiado, objeto de consulta, su examen se ha efectuado de manera genérica orientado a un control abstracto de la norma y no, al caso particular, lo que entra en abierta contraposición con el supuesto contemplado en el último párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú y el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vinculado con la revisión judicial de las leyes para el caso concreto.

12.6. En consecuencia, para que en el presente caso sea posible conceder el beneficio de responsabilidad restringida, **se impone la exigencia al órgano jurisdiccional de explicar debidamente las circunstancias particulares que se presentan en el caso en concreto**, que nos lleven a inferir que la diferenciación,

**CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN**

en principio legítima, realizada por el legislador, colisionaría con un derecho fundamental, lo que no se vislumbra de lo argumentado en el fallo revisado, respecto de la responsabilidad restringida del sentenciado; *máxime*, si tenemos en cuenta que, de acuerdo a las reglas del ejercicio de control difuso detalladas en el quinto considerando de este pronunciamiento, el ejercicio del control difuso requiere de una labor previa como es el de verificar en forma obligatoria una actividad interpretativa escrupulosa, con el propósito de agotar los medios para salvar la constitucionalidad de la norma.

DÉCIMO TERCERO.- Conforme a lo desarrollado en esta resolución y habiéndose determinado en este caso concreto, que las normas inaplicadas en su interpretación si guarda compatibilidad con las normas constitucionales y no habiéndose realizado un correcto desarrollo del control difuso en la sentencia consultada, ésta no corresponde ser aprobada.

V.- DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **DESAPROBARON** la sentencia contenida en la resolución número dieciséis, de fecha siete de diciembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos dos, emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín en el extremo que realiza el control difuso declarando **inaplicable** al caso, el artículo 173 numeral 2 y segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; en el proceso penal seguido contra Miguel Ángel Palomino Santillán en su calidad de autor del delito contra la libertad sexual, en agravio de la menor de iniciales K.V.G.P.; en consecuencia, **NULA** la sentencia consultada, **SE ORDENA** al Juzgado Penal Colegiado emita nuevo pronunciamiento conforme a las consideraciones glosadas en la presente resolución; y los devolvieron. **Juez Supremo: Bustamante Zegarra.-**

S.S.

WALDE JÁUREGUI

RUEDA FERNÁNDEZ

**CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN**

SANCHEZ MELGAREJO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Mam/kly

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

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia de conformidad de fecha siete de diciembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos dos, mediante la cual, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, realizando control difuso, inaplicó el artículo 173 numeral 2 del Código Penal así como el artículo 22 segundo párrafo del mismo cuerpo normativo y redujo la pena privativa de libertad efectiva que correspondía imponerle al procesado Miguel Ángel Palomino Santillán, por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales K.V.G.P (13), de treinta a treinta y cinco años, a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva.

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

TERCERO: Así, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14⁸ del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha establecido que en esos casos, los jueces (de cualquier proceso o especialidad) resuelven la causa con arreglo a la

⁸ Artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- De conformidad con el Artículo 138 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.

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.

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

primera; previéndose que respecto de las resoluciones en las que se haya efectuado el control constitucional, las mismas deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema si no fueran impugnadas.

CUARTO: Con relación al control difuso, el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Estado 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*”.

Al respecto, se debe precisar que la inaplicación de una norma legal que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de carácter excepcional, por ésta razón, no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que ésta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta que, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el sólo hecho de haber sido expedidas por el órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto todo un proceso de formación de la ley, están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, en principio se presume que todas las leyes son constitucionales y que éstas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental; por tal motivo, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ha previsto que la inaplicación de una norma legal solo puede ser viable cuando no sea factible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

QUINTO: Sobre el tema de autos, se aprecia que mediante la sentencia de conformidad, que es materia de consulta, el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tarapoto de la Corte superior de Justicia de San Martín amparándose en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116⁹ realizó el control de legalidad y aprobó el acuerdo de conclusión anticipada celebrado entre el Fiscal, el acusado y el abogado de la defensa; en consecuencia condenó a Miguel Ángel Palomino Santillán a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva en calidad de autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual, en agravio de la menor de iniciales K.V.G.P (13 años), y declaró inaplicable al caso

⁹ Alcances de la Conclusión Anticipada.

**CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN**

concreto, la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal y el segundo párrafo del artículo 22 del referido código sustantivo (en cuanto a la prohibición de atenuantes para el delito de violación sexual) incompatibles con la Constitución Política del Perú, por cuanto, colisiona con el derecho a la igualdad ante la Ley y el Principio de Proporcionalidad.

SEXTO: En tal sentido, corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse sobre el control de la constitucionalidad realizado por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Tarapoto de la Corte superior de Justicia de San Martín, el cual en el presente caso, recurrió para fijar la pena al artículo 29 del Código Penal e inaplicó lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 173 del Código Penal, así como el segundo párrafo del artículo 22 del referido código sustantivo.

SÉPTIMO: Previamente, resulta necesario señalar que, en el caso de auto, se ha determinado que el imputado a través de Facebook tuvo conversaciones con la menor agraviada, obteniendo su número de celular; realizando y recibiendo llamadas y mensajes de la menor; y, posteriormente con fecha catorce de diciembre en horas de la noche, ambos se encontraron y el imputado la condujo hacia un local donde funcionaba un taller de vulcanizado, lugar donde mantuvo relaciones sexuales con la víctima, luego de ello la menor regresó a su casa, donde tuvo una hemorragia siendo trasladada al hospital donde se determinó que tal hemorragia se debió a una relación sexual.

Asimismo, se ha acreditado que no existió violencia o amenaza por parte del acusado cuando mantuvieron relaciones sexuales; pues, la propia agraviada al contestar la pregunta si fue con su consentimiento, respondió que lo hicieron del momento, sin pensar en las consecuencias¹⁰.

OCTAVO: En cuanto a las normas inaplicadas, tenemos que el artículo 173 del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, publicada el cinco de abril de dos mil seis, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 173. Violación sexual de menor de edad

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

¹⁰ Véase a folios 578.

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas 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.

Así también se ha inaplicado el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, modificado por el Artículo 1 de la Ley N° 29439, publicada el diecinueve noviembre dos mil nueve, cuyo texto es el siguiente:

Responsabilidad restringida por la edad

*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, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo. (Resaltado y subrayado nuestro)*

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."

NOVENO: Entonces, en el presente caso, se aprecia que 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*", reflejado en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal; y el principio de proporcionalidad, previsto 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, así como el principio convencional de prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, garantizado en el artículo 5 numeral 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

DÉCIMO: En torno a los principios en conflicto, cabe señalar que el de proporcionalidad de la pena exige de 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. Este principio *“exige efectuar una determinación adecuada de la pena que procure lograr una sanción justa y congruente con la gravedad de la acción realizada, los bienes jurídicos afectados y las circunstancias del hecho, debiendo también guardar relación con el daño ocasionado (...) en consecuencia, desde la perspectiva sustancial del principio de proporcionalidad es necesario adecuar la cantidad y la calidad de la pena al daño causado a la víctima, al perjuicio que con el delito se inflige a la sociedad y al grado de culpabilidad, así como al costo social del delito”*¹¹

El respecto al referido principio 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”*.

DÉCIMO PRIMERO: De igual modo, tenemos que el principio de resocialización se encuentra comprendido en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. Dicha disposición constituye un mandato dirigido al legislador penal respecto a la creación de delitos y penas correspondientes, ya que solo un régimen penitenciario que cuente con penas no desocializadoras podrá lograr su fin resocializador. Es en ese sentido el artículo 5 numeral 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe: *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*.

DÉCIMO SEGUNDO: Ante lo cual, se aprecia con claridad que la pena establecida en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal (treinta a treinta y cinco años de pena privativa de la libertad), no resulta proporcional a los fines de la pena ni al delito cometido; por cuanto, conforme a los hechos ocurridos, la menor agraviada manifestó que *“lo hicieron sin pensar en las consecuencias después”* por lo que se puede constatar la absoluta falta de violencia. Asimismo, en los puntos 3.7 y 3.8 de

¹¹ PRIETO SANCHIS, Luis. Sobre los Principios y Normas. Problemas del Razonamiento Jurídico. Editorial Palestra y Themis. Lima-Bogota. 2013. Pág. 184-185.

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

la sentencia se ha considerado que el imputado no tiene antecedentes penales, es un procesado primario y se acogió a la conclusión anticipada.

A todo lo cual se debe agregar que no se ha acreditado que la pena prevista en el mencionado artículo, sea una pena indispensable para alcanzar el objetivo de proteger el bien jurídico "indemnidad sexual". En efecto, las penas drásticas para los casos de acceso carnal con menores de trece 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; sobre todo cuando hay otras penas menos graves que podrían lograr los objetivos constitucionales que persigue el artículo 173 numeral 2 del Código Penal; por lo que debe analizarse su aplicación en cada caso concreto en concordancia con los principios de proporcionalidad y resocialización.

Es ese mismo sentido, en la Casación N° 335-2015 De I Santa, se ha considerado que: *"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 trece años de edad; sin embargo, la magnitud y dosis de la pena de treinta a treinta y cinco años no es necesaria e indispensable para proteger el bien jurídico de manera legítima"*.

DÉCIMO TERCERO: Además, debe mencionarse también que -según lo descrito en el primer considerando de esta resolución- la sentencia objeto de consulta no solo ha inaplicado al caso concreto el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, sino que en su primer extremo resolutivo ha inaplicado también la prohibición de responsabilidad restringida prevista en el artículo 22 del Código Penal.

Al respecto debemos mencionar que el artículo 22 de Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo N° 635, dispuso en su texto original que cuando el agente tuviera más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años de edad, 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,

CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN

cuyo segundo párrafo estableció que queda excluido de la responsabilidad restringida por la edad, el agente que haya incurrido, entre otros, en delito de violación sexual.

Sobre el particular, el ponente considera que el modificado artículo 22 del Código Penal debe considerarse inconstitucional, puesto que si bien dicha norma, en principio, podría encontrarse justificada atendiendo a la gravedad de los delitos expresamente excluidos de la atenuación de la pena, no obstante, debe tenerse en cuenta que la responsabilidad restringida constituye el producto de la evaluación respecto a la madurez emocional y psicológica de los sujetos activos que se encuentran entre los dieciocho y veintiún años de edad, examen para lo cual no resulta relevante la gravedad del delito involucrado.

Por consiguiente, si el elemento relevante es el estado de inmadurez del agente, no se encuentra justificación para que la utilización de esta atenuante dependa del delito cometido pues, en este último caso, dos personas en la misma situación de madurez serían tratadas en forma distinta: una con la imposición de una pena ajustada a su situación personal específica y la otra castigada con una pena excesiva; lo que significa vulnerar el derecho de igualdad reconocido por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú¹².

DÉCIMO CUARTO: Bajo este contexto, cabe tener presente que en la Casación N° 335-2015 Del Santa, se estableció como doctrina jurisprudencial vinculante que, para determinar el *quantum* de la pena aplicable, en aras de realizar el control de proporcionalidad de la atenuación de la pena, debe ponderarse diferentes factores, los mismos que fueron materia de análisis por el órgano jurisdiccional; habiéndose determinado: ausencia de violencia o amenaza para acceder al acto sexual, lo cual se advierte de la propia declaración de la menor; la proximidad en la edad de la agraviada a los catorce años de edad (por cuanto a la fecha de los hechos contaba con trece años ocho meses y dieciocho días); falta afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; pues es evidente que al existir consentimiento, aún cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual generó daño o perjuicio psicológico irreparable a la agraviada; y, en cuanto a diferencia etárea entre la

¹² “(...) 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”.

**CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN**

víctima y el sujeto activo del delito, existe una diferencia de aproximadamente seis años, la cual no es significativa.

DÉCIMO QUINTO: Por lo que imponer una pena sin el beneficio de la responsabilidad restringida, implicaría un exceso y desproporción que atentaría contra los derechos de rehabilitación y reinserción social –los cuales, de acuerdo con el artículo 5 numeral 5.6¹³ de la Convención Americana de Derechos Humanos, constituyen 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 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO SEXTO: Finalmente, corresponde tener en cuenta lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00751-2010/PHC/TC, de fecha quince de junio de dos mil diez, en el sentido 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 que orienta la presente resolución.

DÉCIMO SÉPTIMO: Estando a lo expuesto precedentemente, siendo el artículo 173 numeral 2 del Código Penal (en cuanto a la pena) y el segundo párrafo del artículo 22 del código sustantivo (en cuanto a la prohibición de atenuantes para el delito de violación sexual), incompatibles con la Constitución, por colisionar con

¹³ Artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Derecho a la Integridad Personal:
(...)

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

**CONSULTA N° 101- 2018
SAN MARTIN**

los principios de proporcionalidad, resocialización, así como el derecho de igualdad, la inaplicación efectuada por el Juzgado, en este caso concreto, se encuentra arreglada al artículo 138 de la Constitución, mereciendo ser aprobada.

Por tales fundamentos, mi voto es por: **APROBAR** la sentencia consultada de fecha siete de diciembre de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos dos, que resuelve **INAPLICAR** al presente caso la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual – violación sexual menor de edad, tipificado en el artículo 173 numeral 2 del Código Penal, así como el segundo párrafo del artículo 22, modificado por el artículo único de la Ley N° 27024, publicada el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, del texto legal invocado; en el proceso seguido contra Miguel Ángel Palomino Santillán, en agravio de la menor con iniciales K.V.G.P por el delito de violación sexual de menor de edad; y se *devuelva*. Interviene como **Juez Supremo Ponente: Wong Abad.**

S.S

WONG ABAD

Tlls/myp