

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

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

Lima, dieciocho de junio
de dos mil dieciocho.-

VISTA la causa en **Discordia**; con el expediente principal y el acompañado; con la intervención de los señores Jueces Supremos Walde Jáuregui, Vinatea Medina, Rueda Fernández, Toledo Toribio, Cartolin Pastor y Bustamante Zegarra; **adhiriéndose** el señor Juez Supremo Sánchez Melgarejo al voto de los señores Jueces Supremos Walde Jáuregui, Vinatea Medina y Cartolin Pastor, obrante a fojas noventa y cuatro a ciento cuatro, y a fojas ciento nueve del cuadernillo de casación formado en esta Sala Suprema; y, **CONSIDERANDO**:

PRIMERO: Que, es materia de consulta ante esta Sala Suprema, la sentencia de vista de fecha veintiuno de enero de dos mil quince, obrante a fojas doscientos setenta, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que resolvió inaplicar para el caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad consagrado por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado, sin afectar su vigencia; en consecuencia, confirmó la sentencia apelada en el extremo que condena al acusado Anthony Joel Moya Sandoval, por el delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor edad; y la revocó en el extremo que impone veinticinco años de pena privativa de la libertad y reformándola impone nueve años de cárcel al citado acusado.

SEGUNDO: La Consulta es una institución mediante la cual una sentencia no impugnada por las partes es revisada por el Superior. Se trata de un procedimiento que la norma procesal exige dado que el ordenamiento jurídico tiene interés en que ciertas situaciones sean revisadas por una instancia superior, las cuales están vinculadas por lo general, a aquellos procesos que involucra a la familia o al Estado (interés público); sin embargo, también es

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

obligatoria la consulta cuando un juez inaplica una norma ilegal por inconstitucional. Por su parte, si bien la consulta puede traer una anulación o revocación de la sentencia, tal como sucede con el recurso, esta es producto de la propia norma y no de la voluntad de las partes. Por otro lado, tampoco existe agravio ni error pues las partes no la impugnan¹.

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

CUARTO: En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio del control difuso se encuentra actualmente regulado en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política de mil novecientos noventa y tres, en los términos siguientes: *“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”*. De otro lado, desarrollando el contenido de la Constitución Política del Perú, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS, ha establecido un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de los procesos sometidos a su conocimiento; en tal sentido, el artículo 14 de la citada ley establece que:

¹ LEDESMA NARVAEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil, Análisis artículo por artículo*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2011, Lima, pág. 885.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

“Artículo 14.- De conformidad con el artículo 236 de la Constitución², cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

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.

QUINTO: Este contexto normativo permite concluir que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad, confiándole a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia la tarea de valorar si este ejercicio jurisdiccional resulte constitucionalmente admisible o no. De este modo, será la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desaprobe el ejercicio del control difuso, con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un juez no necesariamente especialista en materia constitucional, y, en segundo término, uniformar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

² La referencia a la Constitución de 1979 debe ser entendida como hecha al artículo 138 de la Constitución Política vigente.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

SEXTO: Ahora bien, en el caso de autos es materia de consulta la sentencia de vista de fecha veintiuno de enero de dos mil quince, obrante a fojas doscientos setenta, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que resolvió inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, disposición legal que regula las excepciones para la aplicación de la responsabilidad penal restringida por razón de la edad, por incompatibilidad constitucional con el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, norma que reconoce el derecho a la igualdad ante la ley; en virtud de ello, esta Sala Suprema considera que se ha presentado un conflicto de normas jurídicas, de un lado la norma constitucional y, de otro lado, la norma legal; por tanto, corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse sobre la validez del control difuso realizado por el Juez de la causa.

SÉTIMO: Sobre el control difuso, el Tribunal Constitucional ha señalado³ que es un acto complejo en la medida en que significa preterir 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, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos: a) Que, en el proceso constitucional el objeto de la 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; y, c) Que, la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución Política del Perú, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Carta Magna.

OCTAVO: En tal contexto, este Supremo Tribunal considera necesario analizar la validez del control difuso por el Juez de la causa, siguiendo los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional, descritos en la consideración precedente. En cuanto al supuesto contemplado en el acápite a), referido a

³ Expediente N° 1124-2001-AA/TC Lima. Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de julio de 2002, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú SA y FETRATEL. Fojas 13.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

que el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional; es preciso señalar que en este caso particular el Juez de la causa al dictar la sentencia materia de consulta consideró que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, norma que regula los supuestos de excepción para la aplicación de la responsabilidad penal restringida por razón de la edad, es incompatible con el derecho fundamental a la igualdad contemplado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, con base a que el Código Penal ha establecido que todas las personas comprendidas entre dieciocho y veintiún años de edad son incapaces relativos o imputables restringidos por la edad y, por ese motivo, son favorecidos con la reducción prudencial de la pena para el hecho punible cometido; sin embargo, la norma cuestionada excluye la aplicación de ese beneficio a los que cometen, como en este caso, el delito de violación sexual de menor de edad, pese a tener la condición de imputable restringido, disposición que la Sala Penal considera que vulnera el derecho fundamental de toda persona a la igualdad ante la ley al hacer dicha discriminación en virtud a la naturaleza del delito cometido; por tanto, en ejercicio del control difuso, dejó de aplicar la norma legal por ser incompatible con la Constitución Política del Estado; siendo esto así, se satisface este primer presupuesto.

NOVENO: En cuanto a la exigencia contemplada en el punto b), referido a que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso; es preciso tener en cuenta que el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal⁴, modificado por la Ley N° 30076, regula la responsabilidad penal restringida de las personas comprendidas entre

⁴ Artículo 22 del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, establece 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 otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua".

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

dieciocho y veintiún años de edad al momento de realizar la infracción, reduciendo prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido; mientras que el segundo párrafo de dicha disposición prevé los casos de exclusión para la aplicación de dicho beneficio, en virtud a la gravedad del delito cometido, por ejemplo, tales como violación de la libertad sexual, homicidio calificado, feminicidio, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, apología, atentado contra la seguridad nacional, traición a la patria, entre otros.

DÉCIMO: En el presente caso, se aprecia que mediante sentencia de fecha cuatro de setiembre de dos mil catorce, obrante a fojas doscientos veintidós, el Juzgado Penal Colegiado de Huaral de la Corte Superior de Justicia de Huaura condenó al acusado Anthony Joel Moya Sandoval como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad y como tal le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad efectiva, fijando la suma de S/. 2,000 (dos mil con 00/100 nuevos soles) por concepto de reparación civil. Apelada dicha decisión, la Sala Superior expidió la sentencia de vista de fecha veintiuno de enero de dos mil quince, obrante a fojas doscientos setenta, que confirmó la sentencia apelada en el extremo que condenó al acusado antes mencionado y le impuso por concepto de reparación civil la suma de S/. 2,000 (dos mil con 00/100 nuevos soles); y reformó la citada sentencia, en el extremo, que impuso veinticinco años de cárcel y reformándola le impuso nueve años de pena privativa de libertad. Para reducir prudencialmente la pena, la Sala Penal, en virtud del control difuso, dejó de aplicar la excepción contemplada por el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, para la aplicación de la responsabilidad penal restringida por razón de la edad, rebajando la sanción por debajo del mínimo legal, esto es, nueve años de pena privativa de la libertad, toda vez que el acusado al cometer la infracción tenía dieciocho años de edad; por tal motivo, se constata que el supuesto de la norma cuestionada tiene relación directa, principal e indisoluble con el caso concreto.

CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA

UNDÉCIMO: Finalmente, en relación al presupuesto previsto en el acápite c), respecto a que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución Política del Perú; es primordial tener en consideración el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que señala: “*Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución*”. De esta manera se exige al Juzgador que el ejercicio del control difuso a efectuar sea practicado en tanto resulta pertinente para la dilucidación del caso a su conocimiento y que además emplee en su análisis el criterio de interpretación constitucional denominado “*interpretación conforme a la Constitución*”, que le demandará preferir, de las múltiples interpretaciones que puedan establecerse respecto de la norma cuestionada, aquella que salve su constitucionalidad.

DUODÉCIMO: Este Supremo Tribunal considera necesario realizar el análisis determinando en primer lugar la igualdad como derecho y como principio constitucional; y, en segundo lugar, se debe aplicar el *test de igualdad*, a fin de establecer si en el caso concreto existe o no la alegada trasgresión. En efecto, la igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política de Estado de acuerdo al cual; “(...) *toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier índole*”. Cabe anotar, que desde una perspectiva constitucional la igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental que exige respeto, sirviendo en el primer caso como pauta para examinar la afectación de diversos bienes constitucionales y, en el segundo como un derecho posible de reclamación y protección individual. Así, la igualdad constitucional puede abordarse desde dos perspectivas; como principio constitucional, siendo la igualdad una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir,

CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA

exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna. Ahora bien, en cuanto a los alcances del *Principio de Igualdad*, el Tribunal Constitucional ha expresado que ha de considerarse⁵: “a) *Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos*; b) *Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder*; c) *Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona)*; y, d) *Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres*”.

La igualdad como derecho implica tanto la interdicción de la discriminación, como la igual atribución y disfrute de los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento ante situaciones similares. El derecho fundamental a la igualdad tiene tres manifestaciones principales, a saber: el derecho a la igualdad ante la ley, que comprende a la “*igualdad en contenido de la ley*” y a la “*igualdad en la aplicación de la ley*”; el derecho a no ser discriminado; y, el derecho a obtener prestaciones o medidas afirmativas por parte del Estado.

DÉCIMO TERCERO: Ahora bien, para determinar si en un caso concreto se está frente a un quiebre del principio-derecho a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir es al test de igualdad, que es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del principio

⁵ Expediente N° 0018-2003-AI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2004, Fojas 2.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

derecho a la igualdad. Dicho test se realiza a través de tres subprincipios: 1) Subprincipio de Idoneidad o de Adecuación; 2) Subprincipio de Necesidad; y, 3) Subprincipio de Proporcionalidad.

DÉCIMO CUARTO: En primer orden, a través del *Subprincipio de Idoneidad*, se evalúa el medio empleado por el legislador para la consecución del fin constitucional, es decir, se analiza si la medida resulta adecuada para la consecución de la finalidad constitucional, constituyendo una observación “*medio fin*”. Seguidamente, solo superada dicha primera fase, corresponde el examen de necesidad el que comprende una comparación entre los medios empleados por el legislador para la consecución del fin constitucional y otros hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin, de modo tal que se evalúa si los otros medios alternativos serían igualmente idóneos; constituyendo un análisis medio-medio. Finalmente, superados los juicios anteriores, corresponderá someter a las normas al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se realiza un juicio de comparación entre el grado de realización del fin constitucional y el grado de intensidad en la intervención en el derecho fundamental que configura su contrapartida y que se ha afectado, de modo tal que se evalúa el nivel de satisfacción de uno de los derechos en juego, en relación a la afectación del otro derecho en conflicto, pues cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.

DÉCIMO QUINTO: En cuanto al *Subprincipio de Idoneidad*, es pertinente señalar que mediante las exclusiones contempladas en el artículo 22 segundo párrafo del Código Penal, modificado por Ley N° 30076, para la aplicación de la responsabilidad penal restringida por razón de la edad respecto de delitos graves como el caso del delito de violación sexual de menor de edad, el Legislador consideró idónea dicha medida, pues con ella busca proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual del menor de edad, es decir, garantizar que su libertad sexual no sea violentada y padezcan de agresiones

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

sexuales, lo cual puede ser especialmente grave y sensible con respecto a los niños y adolescentes. Así, mediante la norma dejada de aplicar se pretende proteger un bien de relevancia constitucional como es el libre desarrollo a la personalidad, contemplado por el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Estado, del cual forma parte la libertad sexual; por tanto, a través de dicha norma lo que se pretende es desincentivar las conductas infractoras que afecten la indemnidad sexual de los menores de edad; por tal razón, se colige que la medida contemplada por la norma objeto de control difuso resulta idónea para alcanzar la protección del mencionado derecho constitucional; por consiguiente, superado este juicio corresponde el examen del *Subprincipio de Necesidad*.

DÉCIMO SEXTO: En relación al juicio de necesidad, cabe señalar que nuestra sociedad se ha visto amenazada por el aumento dramático de casos de violación sexual de menor de edad, y si bien las autoridades públicas han implantado diversas medidas para disminuir el avance de estos casos deplorables; sin embargo, no existen evidencias que acrediten que tales medidas han cumplido con su finalidad; por esta razón la norma cuestionada resulta necesaria para cumplir con el fin constitucional de proteger el libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad.

DÉCIMO SÉTIMO: Finalmente, respecto al *Subprincipio de Proporcionalidad* en sentido estricto, es pertinente traer a colación que el Tribunal Constitucional ha señalado que⁶: “(...) *la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La*

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional N°00009 2007 Pi/TAC, Fojas 20.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables”.

DÉCIMO OCTAVO: En el caso concreto, es menester señalar que la medida de exclusión de la responsabilidad restringida por razón de la edad encuentra justificación objetiva y razonable en que a través de ella se pretende proteger el derecho fundamental del desarrollo a la libre personalidad del menor de edad en su vertiente referida a la indemnidad sexual; por ello, estamos ante la colisión de dos derechos, el de la intangibilidad sexual y la igualdad, que debe ser resuelta mediante una ponderación de los intereses contrapuestos, orientada a establecer cuál de los intereses, que tienen el mismo peso en abstracto, posee mayor peso en el caso concreto.

DÉCIMO NOVENO: Ahora, se aprecia que si bien el derecho a la indemnidad sexual del menor de edad resulta de vital importancia, también lo es que la afectación de dicho derecho pierde intensidad en el caso concreto, frente a la afectación del derecho a la igualdad, si se tiene en consideración que la propia adolescente agraviada reconoció que era enamorada del condenado y además que durante la comisión del delito no medió violencia; siendo esto así, se puede concluir que en el caso particular la aplicación de la medida impuesta por el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal consistente en la exclusión de la responsabilidad restringida por la razón de la edad no resulta proporcional; en virtud de ello, el control difuso aplicado por la Sala de mérito se encuentra arreglado a la Constitución Política del Perú; por lo que, la consulta merece ser aprobada.

Por tales fundamentos: **APROBARON** la sentencia de fecha veintiuno de enero de dos mil quince, obrante a fojas doscientos setenta, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que resolvió **inaplicar para el caso concreto el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal**, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

igualdad consagrado por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Estado, sin afectar su vigencia; en los seguidos contra Gerald Anthony Joel Moya Sandoval, por la comisión del delito de violación de la libertad sexual, en agravio de la menor de iniciales C.D.P.V.; y los devolvieron. **Juez Supremo Ponente Vinatea Medina.**

S. S.

WALDE JÁUREGUI

VINATEA MEDINA

SÁNCHEZ MELGAREJO

CARTOLIN PASTOR

Ncd/Ilc-b

**EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO CARTOLIN PASTOR,
ES COMO SIGUE:-----**

I. ANTECEDENTES

PRIMERO: Resolución materia de consulta

Ha sido elevado en consulta ante esta Sala Suprema la sentencia de vista de fecha veintiuno de enero de dos mil quince, obrante a fojas doscientos setenta, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

Huaura, que resolvió confirmar la sentencia condenatoria contra el acusado Anthony Joel Moya Sandoval en el extremo que le consideró autor del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor edad, y revocar la misma en el extremo que le impuso veinticinco años de pena privativa de la libertad, reformándola le impuso nueve años de pena privativa de la libertad; declarándose, para el caso concreto, la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22º del Código Penal, por incompatibilidad constitucional con el derecho a la igualdad, consagrado por el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, sin afectar su vigencia.

SEGUNDO: Del proceso judicial

a) Hechos imputados por el Ministerio Público

Se imputó al ahora sentenciado Anthony Joel Moya Sandoval el haber cometido el delito contra la libertad sexual, violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de edad de iniciales C.D.P.V., en circunstancias que con fecha cuatro de enero de dos mil doce, aproximadamente a las seis de la tarde, el sentenciado esperaba a la referida agraviada abordó de su vehículo menor (mototaxi) afuera del domicilio de esta, quien luego de terminar sus tareas domésticas se subió al mismo y se dirigieron juntos a Jesús del Valle, donde luego de conversar mantuvieron relaciones sexuales dentro de dicho vehículo, siendo de conocimiento del sentenciado que la edad de la agraviada era de doce años.

b) Pena aplicable

La conducta imputada se subsume en el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad; por lo que, la pena aplicable de acuerdo a la edad de la agraviada sería la prevista en el artículo 173º del Código Penal, el cual en su inciso 2) establece que “si la víctima tiene entre diez años de edad y menos de catorce, **la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años**”.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

c) Fundamentos de la sentencia materia de consulta

Se advierte de autos que en el proceso penal seguido contra Anthony Joel Moya Sandoval, las instancias de mérito han dado por probado la materialidad del delito previsto en el inciso 2 del artículo 173º del Código Penal, así como, la responsabilidad del sentenciado como autor del mismo. Sin embargo, en cuanto a la determinación de la pena a imponerse, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, como segunda instancia, efectuó el control difuso respecto a la aplicabilidad al caso concreto del segundo párrafo del artículo 22º del Código Penal, resolviendo inaplicar el referido dispositivo legal por incompatibilidad constitucional con el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado; en consecuencia, revocó el extremo de la sentencia de primera instancia que le impuso veinticinco años de pena privativa de la libertad y reformándola le impuso nueve años de pena privativa de la libertad.

Al respecto, el Colegiado de la Sala Superior sostuvo que el sentenciado tenía dieciocho años de edad cuando cometió el ilícito penal, partiendo de ello considera que el segundo párrafo del artículo 22º del Código Penal –que restringe la posibilidad de que se pueda aplicar la responsabilidad restringida a las personas que hayan cometido el delito de violación sexual– no resulta aplicable al caso, en razón a que se trata de un delito común, más aún si no existe de por medio un fundamento que respalde la distinción de este tipo penal con los demás delitos comunes. De igual manera, señaló que el principio de igualdad establece que todo ciudadano que es procesado ante el Poder Judicial tiene iguales derechos; por lo que, si se establece un beneficio procesal en forma general en consideración a la edad de las personas, este debe extenderse a todos ellos, sin distinción cuando se trate de delitos comunes.

En ese sentido, en atención a la edad del acusado cuando cometió el hecho imputado y de conformidad a lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 22º

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

del Código Penal, el Colegiado de la Sala Superior estableció que era posible reducirle la pena hasta por debajo del mínimo legal, ya que a su edad la capacidad de autocontrol (autodeterminación) no se ha desarrollado plenamente; además, que en la adolescencia, al ser una etapa que inicia a los once años y culmina a los diecinueve años aproximadamente, no es posible tener control absoluto del impulso sexual, como se ha visto reflejado en el Protocolo de Pericia Psicológica al cual fue sometido, en el cual se concluye que tiene “...*dificultad en el control de los impulsos*”.

Así también, se tomó como referencia lo relatado por la menor de edad agraviada, de lo cual se coligió que existía una relación sentimental entre ambos y que, por tanto, no medió violencia sobre esta para mantener relaciones sexuales, así tampoco se configuró mayor trauma o estresor sexual que implique un mayor reproche al determinar el grado de culpabilidad en atención al daño producido sobre la víctima.

En vista de lo expuesto precedentemente, la Sala Superior determinó el *quantum* de la pena tomando como referencia la pena prevista para el delito base de violación sexual regulado en el artículo 170° del Código Penal, que establece que la pena privativa de libertad no será menor de seis ni mayor de ocho años; por lo que, siendo el delito de tipo agravado, resolvieron que la pena debe ser mayor al máximo de la pena del delito base, concluyendo que, para el caso concreto, la pena debe ser de nueve años.

TERCERO: De la cuestión fáctica en concreto

Dado que el control difuso se realiza en concreto y no en abstracto, resulta relevante determinar cuáles son los hechos probados durante el proceso para subsumirlos a la norma correspondiente y luego determinar si dicha norma con respecto a esos hechos trasgrede la Constitución Política del Perú para poder inaplicarla. En ese sentido, de los hechos determinados por la primera y segunda instancia se puede señalar como hechos probados los siguientes:

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

- Los hechos imputados acaecieron el cuatro de enero de dos mil doce.
- A la fecha de ocurridos los hechos, la menor de edad agraviada de iniciales C.D.P.V. y el acusado Anthony Joel Moya Sandoval contaban aproximadamente con doce años y dieciocho años y diez meses de edad, respectivamente.
- Del examen de integridad sexual practicado a la menor de edad agraviada el cinco de enero de dos mil doce se concluyó que la misma presentaba signos de lesiones genitales recientes producto de las relaciones sexuales sostenidas; por lo tanto, quedó acreditado la comisión del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, como así lo determino la sentencia consultada.
- De igual manera, de las conclusiones del Certificado Médico Legal N° 63-IS, de fecha cinco de enero de dos mil doce, se advierte que la menor de edad agraviada presentaba desfloración y signos de acto contra natura antiguos, habiendo manifestado la menor agraviada en la pericia psicológica que habría mantenido relaciones sexuales con su anterior enamorado.
- Las relaciones sexuales mantenidas entre el acusado y la menor agraviada fueron realizadas con el consentimiento de esta última, quien a su vez relató que las mismas se dieron cuando estos tenían una relación sentimental como enamorados.
- Por lo anterior, se determinó como autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad al acusado Anthony Joel Moya Sandoval.

CUARTO: De la norma presuntamente contraria a la Constitución

Del análisis de la sentencia elevada en consulta, se infiere que el Colegiado de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura ha ejercido el control constitucional difuso respecto del segundo párrafo de la siguiente norma del Código Penal:

CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA

“Artículo 22. Responsabilidad restringida por la edad

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

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

QUINTO: Norma constitucional presuntamente vulnerada.

La Sala de **Apelaciones** señala que se trasgredió el derecho constitucional a la igualdad contenida en la:

Constitución 1993

“Artículo 2º. Derechos de la Persona.

Toda persona tiene derecho:

1) A la igualdad ante la ley. (...)”

Empero, en el análisis de la norma legal penal cuestionada debe considerarse conjuntamente el principio de igualdad y el principio de proporcionalidad de la pena, reconocida en el último párrafo del artículo 200º del texto constitucional:

Constitución 1993

“Artículo 200º. Garantías Constitucionales.

“... Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. ...”

II. CONSIDERANDO:

SEXTO: Del mecanismo procesal de la consulta

En reiteradas sentencias, la Corte Suprema ha afirmado que el mecanismo procesal de la consulta opera como una suerte de garantía procesal, que tiene como fin último que la resolución emitida por el órgano jurisdiccional sea acorde a la Constitución, y que la medida correctiva de inaplicación de la norma al caso concreto sea la más adecuada y pertinente desde una mirada constitucional; asimismo, se entiende que la consulta tiene por finalidad asegurar el interés de la ley, teniendo en cuenta que se trata de un mecanismo procesal que busca verificar el control de legalidad de la resolución por haberse contrastado con el texto constitucional, lo que permite al máximo intérprete jurisdiccional asegurar la correcta interpretación y aplicación de la ley dentro del marco de la Constitución.

Asimismo, el mecanismo procesal de consulta, según la Corte Constitucional de Colombia (sentencia C-968-03), se entiende en el siguiente sentido: “A diferencia de la apelación, la consulta no es un medio de impugnación sino una institución procesal en virtud de la cual el superior jerárquico del juez que ha dictado una providencia, en ejercicio de la competencia funcional de que está dotado, se encuentra habilitado para revisar o examinar oficiosamente, esto es, sin que medie petición o instancia de parte, la decisión adoptada en primera instancia, y de este modo corregir o enmendar los errores jurídicos de que esta adolezca, con miras a lograr la certeza jurídica y el juzgamiento justo, lo cual significa que la competencia funcional del superior que conoce de la consulta es automática, porque no requiere para que pueda conocer de la revisión del asunto de una petición o de un acto procesal de la parte en cuyo favor ha sido instituida ...”.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

En nuestro sistema jurídico, el mecanismo procesal de la consulta opera por mandato legal, conforme ha sido previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Constitucional y el Código Procesal Civil; y corresponde a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema validar el ejercicio del control difuso realizado por el Juez en todos sus niveles; cuando la sentencia no haya sido apelada; de allí su importancia como mecanismo procesal que busca consolidar el ordenamiento mirado desde la Constitución y el caso concreto.

SÉPTIMO: Del control constitucional difuso

a) Alcances generales

El control constitucional difuso se encuentra regulado en nuestra legislación en el artículo 138º de nuestra Constitución, concordante con el artículo 51º de la misma, que está referido a la supremacía de la Constitución frente a cualquier otra norma. De otro lado, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su numeral 14º, regula el control difuso de la Constitución, pero no solamente enuncia el principio, sino que también establece la forma cómo se ejerce. La esencia del método difuso de control de constitucionalidad radica en la noción de supremacía constitucional y en su efectiva garantía, en el sentido de que si hay actos contrarios con la Constitución, ellos son nulos y como tales tienen que ser considerados y rechazados por los jueces, quienes son, precisamente, los llamados a aplicar las leyes.

El control constitucional difuso no es una institución jurídica propia de nuestro sistema, esta aparece notoriamente en los Estados Unidos de América en el año 1803, con la sentencia expedida por la Corte Suprema de dicho país en el proceso judicial Marbury vs Madison, bajo el sustento de la supremacía constitucional; de dicha sentencia se desprenden dos premisas de suma importancia para el estudio del control constitucional: i) la primera está referida a que la Constitución es la norma fundamental y suprema de una

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

Nación; y, ii) la segunda, a la nulidad de una norma que se dice contraria a la Constitución; de allí es que emerge la facultad de los jueces de inaplicar una norma que se dice ser contraria a la norma constitucional.

El Tribunal Constitucional peruano ha venido reafirmando que el ejercicio del control constitucional difuso corresponde a todos los jueces de la república como un poder-deber, por lo que resulta imperativo y obligatorio que el Juez, en cada caso concreto, analice la constitucionalidad de la ley que va aplicar, conforme se advierte de la sentencia recaída en el expediente N.º 1679-2005-PA/TC: "... El control difuso de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de derecho. Conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable".

En esa misma línea, en la sentencia recaída en el expediente N.º 1680-2005-PA/TC-LIMA, el Tribunal Constitucional, conceptualiza el control constitucional difuso, en el siguiente sentido: "...El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la Constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución, o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales".

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

En ese sentido, el contexto normativo del control constitucional en nuestro sistema jurídico permite concluir que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es competencia de cualquier órgano jurisdiccional, sin importar la especialidad ni grado, confiándole a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia la tarea de evaluar si este ejercicio jurisdiccional resulta constitucionalmente válido o no. De este modo, será la máxima instancia judicial en materia constitucional la que apruebe o desaprobe el ejercicio del control difuso; con la importante labor de, en primer lugar, analizar lo resuelto por un juez, no necesariamente especialista en materia constitucional; y en segundo término, uniformar y fijar criterios respecto de las demás instancias en los asuntos de su competencia.

b) Marco jurídico del control constitucional difuso

En nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio del control difuso se encuentra regulado normativamente en el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución Política del Estado, en los términos siguientes:

“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Asimismo, el artículo 14º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, establece un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de los procesos sometidos a su conocimiento, habiendo señalado en su primer y segundo párrafo lo siguiente:

“De conformidad con el Art. 236º de la Constitución⁷, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad,

⁷ La referencia a la Constitución de 1979 debe ser entendida como hecha al artículo 138º de la Constitución Política vigente.

CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA

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”.

De igual forma, el Código Procesal Constitucional ha regulado el control constitucional en el siguiente sentido:

“Artículo VI. - Control Difuso e Interpretación Constitucional

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...”.

c) Algunas reglas sobre el ejercicio del control constitucional difuso

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 1680-2005-PA/TC-LIMA, afirma que el ejercicio del control constitucional difuso es un deber del juez y por tanto, la necesidad de interpretar la ley con arreglo a la Constitución no solo se presenta como una exigencia lógica y consustancial al carácter normativo de la Ley Fundamental, que de esta manera exige que el derecho infra-ordenado se aplique siempre en armonía con ella; sino también, como un límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, que demanda que los jueces de toda sede y grado procuren hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Constitución.

Desde que se legisló el control constitucional difuso, ya sea legal (Código Civil de 1936) o constitucional (Constitución de 1979), el órgano jurisdiccional, a través de su jurisprudencia, no ha logrado establecer reglas

CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA

claras para el ejercicio del control constitucional difuso; ha sido el Tribunal Constitucional, que en el año dos mil cinco, a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 1680-2005-PA/TC-LIMA, de fecha once de mayo de dos mil cinco, ha señalado algunas reglas sobre el particular, estableciendo sus límites en el siguiente sentido:

*“A) Por un lado, el control de constitucionalidad **se realiza en el seno de un caso judicial**, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.*

6. B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.

El juicio de relevancia que subyace al ejercicio válido del control de constitucionalidad no solo tiene el propósito de recordar el carácter jurídico del control de constitucionalidad de las leyes, sino también de erigirse como un límite a su ejercicio mismo, puesto que, como antes se ha recordado, en los procesos de la libertad está vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes (nemo iudex sine actor).

C) En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su

CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA

aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio (...).

*D) Finalmente, el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes **tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal** en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Tal límite tiene el propósito de poner en evidencia que, si bien este Tribunal no tiene el monopolio del control de constitucionalidad, pues su ‘cuidado’ es una tarea que compete a la sociedad abierta de los intérpretes jurisdiccionales de la Constitución, en este Tribunal en el que la Constitución ha confiado su custodia ‘especializada’ (...).*

Asimismo, ha fijado excepciones a la regla antes señalada en el siguiente sentido:

“... expuestos los alcances de este último límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal tiene que advertir que, como toda regla, esta tiene sus excepciones; a saber:

- (i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal, no rige en todos aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos, por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos, por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos, al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.*
- (ii) Ese es el caso, por ejemplo, de las Leyes de Amnistía N°26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia Caso Barrios Altos, del 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).*
- (iii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que,*

CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA

tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en abstracto la validez constitucional de una ley, sin embargo, advirtiese que su aplicación en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las STC Nos. 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde si bien no se invalidó en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el balancing, precisando que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

- (iv) *Por último, cuando pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, el Congreso posteriormente modifica la Constitución –respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional–, dando lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC N.º 0014-2003-AI/TC y STC N.º 0050-2004-AI/TC)”. (Negrita y subrayado nuestro).*

Como se aprecia de las líneas precedentes, ha sido el Tribunal Constitucional quien ha desarrollado algunos lineamientos que debe seguir el órgano jurisdiccional cuando en el ejercicio de su función, en un caso concreto, ejerce el control constitucional difuso.

d) La interpretación en el ejercicio del control constitucional difuso

Dado que el ejercicio del control constitucional difuso se realiza en un caso concreto y tiene efectos jurídicos solo entre las partes intervinientes, la evaluación deberá realizarse a partir de los hechos probados (fijación de la cuestión fáctica) para subsumirla a la norma legal correspondiente, y luego contrastarla con la norma constitucional a fin de verificar la existencia de una colisión con esta; de allí la relevancia e importancia de determinar la cuestión fáctica, ya que la norma subsumida a dichos hechos será la que se enfrente al texto constitucional, y de ningún modo el juzgador puede contrastar la

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

norma legal con la Constitución si no tiene presente los hechos probados, admitir ello implicaría ir contra el texto constitucional.

En relación con la norma constitucional, en general, según Manuel Aragón⁸ toda Constitución contiene normas jurídicas que pueden adoptar la forma de valores, principios y reglas. Los valores enumeran cláusulas generales o finalidades. Las reglas contienen disposiciones específicas. Valor y regla están positivados, es decir, constan de forma explícita y concreta y pueden claramente apreciarse a través de una simple interpretación lingüística. Los principios se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa.

Dicho ello, debe tenerse presente que la técnica de interpretación llamada *“(...) ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas, no de aquellas que pudieran resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad. Es obvio que los dos primeros no son aplicables a los conflictos constitucionales que se producen en el seno de un mismo documento normativo”*.⁹

Al respecto, Daniel Vázquez¹⁰ explica el uso adecuado de la técnica de la ponderación en la interpretación constitucional, señalando como la doctrina en general lo precisa: “... cuando dos principios entran en colisión, las herramientas mencionadas para la regla no operan, es aquí que se actualiza la ponderación, es precisamente este aspecto el que lleva a Alexy (1993 y 1994) a afirmar que la ponderación es inherente a la aplicación de los principios. En términos de Alexy “Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, más que por las reglas,

⁸ Aragón, Manuel. Constitución, Democracia y Control; información en línea en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=288>; Pág. 47.

⁹ Prieto Sanchís, Luis. Derechos Fundamentales. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Palestra Editores – 2002; Pág. 212.

¹⁰ Daniel Vázquez. Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para armar. Universidad Nacional de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2016. Pág. 20

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren de ponderación. La Ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”.

En esa línea, reafirmando lo anteriormente señalado, el profesor José Carlos Remotti¹¹ precisa que: “La técnica de la ponderación o balancing resulta, pues, una herramienta clave para la resolución de conflictos entre valores constitucionales, o en su caso, entre principios constitucionales o en, su caso, entre derechos constitucionales, es decir, entre instituciones de la misma naturaleza, estructura y función constitucional”.

En relación al método de interpretación que debe utilizarse en el ejercicio del control difuso, el profesor José Carlos Remotti¹² señala que: “Por el contrario, la ponderación no sería la técnica adecuada frente al conflicto que los derechos o demás reglas, valores y principios e instituciones constitucionales pudieran tener con bienes, aspiraciones o intereses sociales extraconstitucionales, puesto que el juez es garante de la Constitución y debe hacerla prevalecer por más clamor social o sintonía que pueda tener con aquellas aspiraciones o intereses sociales que pudieran estar en contradicción con lo establecido por la norma constitucional. Para estos casos es bueno recordar que la ponderación es una herramienta válida para resolver conflictos entre instituciones constitucionales (de la misma naturaleza). Si lo que se pretende es el reconocimiento de una pretensión individual o colectiva que esté fuera o en contradicción de los valores, principios o derechos constitucionales, lo que procede es iniciar el proceso de reforma constitucional. Además, la ponderación tampoco procedería en los casos de conflictos que pudieran producirse entre reglas, derechos, contenidos materiales, instituciones valores, principios constitucionales y lo establecido en una norma o disposición con valor de ley. **Lo establecido en**

¹¹ Remotti, José Carlos. “Prologo” en Cartolin Pastor, Pedro. El mecanismo Procesal de la Consulta en el Control Constitucional Difuso; San Marcos; Lima, 2017, Pág. 16.

¹² Remotti, José Carlos. Ob. Cit. Pág. 17.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

una ley no se puede ponderar con lo establecido en la Constitución, sino que se tiene que adecuar a ella. En ese caso, lo que procedería por parte del juez al ejercer el control difuso es la aplicación del imperativo constitucional, aplicando principios como el de adecuación o conformidad, pero *en ningún caso la ponderación*. Lo que sí correspondería al juez...es analizar si el legislador, al aprobar la ley en cuestión, ha ponderado adecuadamente los intereses en juego respetando las previsiones constitucionales” (Negrita y subrayado nuestro).

En ese sentido, corresponde, en el ejercicio del control constitucional difuso adecuar la norma a la Constitución, por lo que se requiere utilizar los métodos clásicos de interpretación –Literal, Ratio Legis, Sistemática, Histórica, entre otros–, dejando de lado el método de interpretación de ponderación, puesto que, en el control constitucional difuso está en conflicto una norma de rango legal frente a una de rango constitucional; empero, de existir contradicción entre dos principios o normas constitucionales corresponderá recurrir a la técnica de interpretación de ponderación; en todo caso, respecto de la norma en conflicto, corresponderá evaluar si el legislador, al aprobar la ley cuestionada, ha ponderado adecuadamente los intereses en juego respetando las previsiones constitucionales, como bien lo ha señalado el profesor José Carlos Remotti.

OCTAVO: Análisis de la sentencia consultada

En el orden de las ideas expuestas, habiéndose determinado el marco normativo y fáctico en el que se circunscribe la actuación del proceso judicial, corresponde analizar la validez del control difuso efectuado en la sentencia materia de consulta.

a) Descripción de lo que es materia de consulta.

En el caso de autos, se determinó que Anthony Joel Moya Sandoval (18) era autor del delito contra la libertad sexual en la modalidad de violación sexual de

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

menor de edad en agravio de la menor de edad de iniciales C.D.P.V. (12) y, por tanto, el Colegiado del Juzgado Penal de Huaral le impuso, por unanimidad, veinticinco años de pena privativa de libertad; no obstante, en mérito al recurso de apelación interpuesto por el sentenciado, en segunda instancia el Colegiado de la Sala Penal de Apelaciones confirmó la sentencia condenatoria y revocó la misma en el extremo del *quantum* de la pena y reformándola le impuso nueve años de pena privativa de libertad, al inaplicar el segundo párrafo del artículo 22º del Código Penal por considerar que la misma colisiona con el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

b) Cuestiones previas relevantes:

Etapas del desarrollo humano

Para poder entender mejor el comportamiento y la actuación de las personas, en especial tratándose de adolescentes y jóvenes, es importante conocer aspectos de su desarrollo.

Dentro de las etapas del desarrollo humano, la juventud es la quinta etapa de vida del ser humano; siendo posterior a la pubertad y adolescencia y precediendo a la adultez. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra Juventud proviene del latín *iuventus*: “Edad que se sitúa entre la infancia y la edad adulta.”¹³

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud postula que la juventud alcanza, en general, el rango de edad entre los 19 y los 25 años, aun cuando reconoce —por ejemplo— que puede haber «discrepancias entre la edad cronológica, la biológica y las etapas psicosociales del desarrollo», o también «grandes variaciones debidas a factores personales y ambientales». Abarca

¹³. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Tomo 6, España 2001; página 903.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

la pubertad o adolescencia inicial (de 10 a 14 años), la adolescencia media o tardía (de 15 a 19 años) y la juventud plena (de 20 a 24 años).

Asimismo, la neurociencia ha demostrado en las últimas décadas que el desarrollo cognitivo de los jóvenes continúa más allá de los 18 años en esta etapa posterior y que su madurez emocional, imagen personal y el propio juicio se verán afectados hasta que la corteza prefrontal del cerebro se desarrolle completamente. Siguiendo esta posición, las nuevas indicaciones que vienen recibiendo los psicólogos en el Reino Unido, refieren que la adolescencia ahora dura hasta los 25 años de edad. "La idea de que de repente a los 18 años eres un adulto simplemente no acaba de cuadrar", refiere la psicóloga infantil Laverne Antrobus, que trabaja en la Clínica Tavistock de Londres, quien además señala que "junto con el desarrollo del cerebro, la actividad hormonal también continúa hasta bien entrados los 20 años"¹⁴.

De la imputabilidad restringida

Teniendo en cuenta el proceso de desarrollo y maduración por el que atraviesan las personas, en especial quienes se encuentran en la etapa de la juventud, se ha normado en la legislación determinadas consideraciones en atención a esta realidad. En este sentido las leyes penales "parten de la constatación según la cual la imputabilidad no se adquiere de repente, sino que es el resultado de un largo y lento proceso. Si las disposiciones penales no tuviesen en cuenta este hecho, ignorarían entonces la realidad humana y social."¹⁵ Asimismo, y como lo refiere Jean Piaget, citado por Hurtado Pozo "es, pues, necesario que consideren las diferentes etapas por las que pasa la persona; la cual crece y se desarrolla conforme a sus cualidades innatas y al medio ambiente ("milieu") en que se desenvuelve";¹⁶ de esta manera se puede

¹⁴. Información publicada por BBC Mundo online en setiembre de 2013.

¹⁵. Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. Tercera edición. Lima 2005; página 611.

¹⁶. Piaget, Jean. Psychologie normale y pathologique; pagina 31. Paris 1968.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

comprender las diferentes etapas del desarrollo humano y los procesos por los que atraviesan las personas en su desarrollo biológico y psicosocial.

No es por ello casual, sino por el contrario una condición debidamente fundamentada y sustentada en los estudios sociales, psicológicos y jurídicos, la implementación de medidas que deban considerarse para el caso de las personas entre 18 y 21 años de edad que hayan cometido actos contrarios a las normas. En este sentido, cabe señalar como lo sostiene Hurtado Pozo¹⁷ al citar a Bouzat & Pinatel (Bouzat, Pierre/ Pinatel, Jean. Tratado de Derecho Penal y Criminología. Paris 1975. 3ra edición. Tomo III; página 158) que, “la madurez no comienza al final de la adolescencia”, sino que “hay un período intermedio que va de los 18 a los 25 años, donde el crecimiento aún no ha terminado, donde la osificación evoluciona, el sistema nervioso termina su desarrollo” y, por último, que “la madurez propiamente dicha comienza a los 25 años.”

c) Consideraciones conceptuales respecto de la norma inaplicada contrastadas con los hechos:

Responsabilidad restringida del agente

Desde el enfoque jurídico “el individuo no alcanza la madurez de repente. Se trata de un proceso paulatino, que varía de un individuo a otro. Debido a esta situación, las legislaciones contienen normas que regulan un período intermedio comprendido entre el límite que separa el derecho penal de menores del derecho penal común y el límite cronológico a partir del cual se considera plenamente adulta (madura) a una persona”¹⁸.

De acuerdo al primer párrafo del artículo 22º del Código Penal, la imputabilidad restringida por razón de la edad, comprende a las personas entre 18 y 21 años de edad, siendo que “a estos individuos ya se les aplican las normas y

¹⁷. Hurtado Pozo, José. Ob. Cit.; página 647.

¹⁸. Hurtado Pozo, José. Ob. Cit. página 647.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

sanciones del derecho penal común. Pero, por su situación personal, son considerados como incapaces relativos o imputables restringidos. Es decir, no se les considera titulares de una capacidad plena para actuar culpablemente”¹⁹.

Esta es la razón del por qué se establece en el origen del primer párrafo del artículo 22º del Código Penal, la imputabilidad restringida por razón de la edad; por lo que, cualquier condición beneficiosa que se determine aplicar a las personas bajo esta consideración con relación a su edad, deberá ser aplicada y considerada para todas ellas sin distinción alguna, de lo contrario se estaría vulnerando y afectando el principio de igualdad ante la ley, convirtiéndose, dicho accionar, en un trato discriminatorio.

Principio de igualdad ante la Ley

Desde una perspectiva constitucional, la igualdad puede reconocerse como un principio o revelarse como un derecho fundamental. Respecto al principio de la igualdad, el Tribunal Constitucional ha expresado que ha de considerarse “a) Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos; b) Como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder; c) Como un impedimento para el establecimiento de situaciones basadas en criterios prohibidos (discriminación atentatoria a la dignidad de la persona); y d) Como una expresión de demanda al Estado para que proceda a remover los obstáculos políticos, sociales, económicos o culturales que restringen de hecho la igualdad de oportunidades entre los hombres.”²⁰

La igualdad ante la ley, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es un “Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad

¹⁹. Hurtado Pozo, José. Ob. Cit.; página 647.

²⁰. Expediente N° 0018-2003-AI/TC, Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2004, fojas 2.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

para los mismos derechos.”²¹ Lo que presume, a decir de Carbonell “predicar una relación comparativa entre por lo menos dos elementos. Tal relación, sin embargo, no establece cualquier tipo de comparación entre los elementos a los que se refiere, sino sólo, precisamente, la de igualdad (A vale tanto como B), y no la de mera semejanza (A es casi como B) y todavía menos la de superioridad ni la de inferioridad, que niegan frontalmente la idea de la igualdad, y de ahí la ironía de la feliz y justamente famosa frase de *Rebelión en la granja* [Todos los animales son iguales, pero unos son más iguales que otros]”²².

La igualdad es, a decir de Juan María Bilbao Ubillos y Fernando Rey Martínez, “... un juicio comparativo para medir la legitimidad o ilegitimidad de una desigualdad jurídica de trato entre un conjunto de individuos dado que se hallan en una situación análoga, semejante o comparable, respecto de un criterio previamente determinado. La igualdad mide, en realidad, el “quantum” de desigualdad de trato jurídicamente admisible”²³.

Por lo que, a fin de resolver la presente consulta, inicialmente debe confrontarse el principio de igualdad reconocido constitucionalmente con la segunda parte del artículo 22º del Código Penal; para seguidamente contrastarla con el principio de proporcionalidad de la pena igualmente reconocido en nuestro texto constitucional en la última parte de su artículo 200º.

Principio de proporcionalidad de la pena

Según lo ha expresado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI/TC, de fecha tres de enero de dos mil trece:

²¹. Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima segunda edición. Tomo 6, España 2001; página 845.

²². Carbonell, Miguel. El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción. México 2003. Comisión Nacional de los Derechos Humanos; página 44.

²³. Carbonell, Miguel. Ob. Cit.; página 107.

CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA

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

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

Este principio responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, teniendo en cuenta su aplicación a fin de determinar el grado de culpabilidad en atención al daño generado en la víctima.

En este sentido, el referido principio “exige a los poderes públicos (Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal reclama que toda pena criminal sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respeto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legitimidad, sino también a los jueces de la

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

República que por expreso mandato constitucional “sólo están sometidos a la Constitución y la ley” (art. 146.1 de la Const.)”²⁴.

Cabe señalar, sobre el particular, la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de fecha nueve de agosto de dos mil seis, respecto a que, “el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reproducible resulte el acto respecto a la persona responsable.”²⁵

En ese sentido, y en la misma línea argumentativa seguida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente²⁶ en el año dos mil diez, debemos señalar que: “III) las exigencias que determinan la aplicación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, sino que además se debe tener en cuenta la inexperiencia y juventud del que delinque en el momento de los hechos, que carece de antecedentes penales .../// por lo que resulta razonable rebajarle la pena impuesta en cumplimiento del principio de proporcionalidad, acorde a lo establecido en los artículos 22°, 45° y 46° del Código Penal, el principio de igualdad previsto en el artículo 2° inciso 2) de la Constitución Política del Estado, así como de los principios de reeducación, rehabilitación y

²⁴. Casación N° 335-2015 DEL SANTA. Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 01 de junio de 2016; páginas 11 y 12.

²⁵. Pleno Jurisdiccional 003-2005-PI/TC sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de 09 de agosto de 2006. Proceso de Inconstitucionalidad, párrafo 62.

²⁶. Consulta Expediente N° 2472-2010-JUNIN. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 14 de setiembre de 2010. Sexto Considerando, página 3.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

reincorporación del penado a la sociedad previsto en el artículo 139º inciso 22) de la Carta Magna”.

Debe precisarse que el Tribunal Constitucional hace referencia al principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena, que se reconoce en la última parte del artículo 200º de la Constitución Política, por lo que, no debe confundirse con la aplicación del método de interpretación del test de ponderación que en su tercer nivel contempla la proporcionalidad propiamente dicha; sino que se hace referencia al principio constitucional de proporcionalidad de la pena, el cual, al ser un principio constitucional, se aplica directamente contra una ley en caso de ser contraria a su texto.

d) Análisis del ejercicio del control constitucional difuso

Corresponde analizar si existe colisión constitucional entre el segundo párrafo del artículo 22º del Código Penal (norma inaplicada) y el Principio de Igualdad previsto en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, así como el Principio de Proporcionalidad de las penas previsto en el último párrafo del artículo 200º de la Carta Magna, el mismo que guarda relación con el Principio de Resocialización del penado, consagrado en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución Política del Estado, que exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Así, tenemos que la sentencia materia de elevación en consulta, ante esta Suprema Sala, ha confirmado la sentencia condenatoria dictada contra Anthony Joel Moya Sandoval por ser el autor del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de violencia sexual de menor de edad, en agravio de la menor de edad de iniciales C.D.P.V.; y, ha revocado la misma en el extremo que se le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad efectiva y reformándola le impuso nueve años de pena privativa de libertad.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

En relación con los hechos probados a nivel judicial, resulta importante tener en cuenta que de acuerdo al relato de la menor de edad agraviada, existía una relación sentimental entre ella y el acusado, tratándose de dos personas que se conocían y que mantenían una relación sentimental; por lo que, si bien el consentimiento en la relación sexual no es relevante para la determinación de la consumación del tipo penal, este sí constituye un factor trascendente para la determinación de la pena.

De igual manera, se advierte de la pericia psicológica N° 3399-2012, practicada a la menor de edad agraviada, que esta no habría presentado mayor trauma o estresor sexual, habiéndose incluso señalado textualmente en una de las conclusiones de la referida pericia lo siguiente: *“que la menor clínicamente no presenta indicadores psicológicos de trauma en el área sexual”*; situación que fue corroborada con las manifestaciones vertidas por la menor de edad agraviada, quien sostuvo que ambos habían tenido trato carnal en el pasado producto de la relación de enamorados que mantenían; siendo así, se aprecia, además, que en la comisión del delito tampoco medió violencia sobre esta.

De otro lado, se debe tener presente que Anthony Joel Moya Sandoval, autor del acto delictivo, contaba con 18 años y 10 meses de edad cuando se cometió el delito y, por ende, se encontraba dentro del rango de edad establecido en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal correspondiente a la imputabilidad restringida; empero, la segunda parte del citado artículo restringía su aplicación al señalar que: *“Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual,”*, impedimento que no permitía que se pueda aplicar la reducción de la pena por responsabilidad restringida a pesar de encontrarse dentro del rango de edad de imputabilidad relativa, ya que este establece que se le aplique la norma de manera diferente y discriminatoria por haber cometido el delito de violación sexual, sin tener en cuenta que se trata de un delito común, lo que evidencia una discriminación y consecuente violación al principio de igualdad y proporcionalidad de la pena,

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

tanto más si el origen de dicha norma era considerar una responsabilidad restringida a los que tenían la edad de 18 hasta 21 años.

Por lo tanto, considerándose que al ejercerse el control constitucional difuso, cada caso constituye una situación particular que debe evaluarse y analizarse de manera individual; además, que el derecho a la igualdad ante la ley está reconocido y garantizado por el artículo 2º numeral 2 de la Constitución; y, que en la determinación de la pena del agente correspondía que se le aplique el primer párrafo del artículo 22º del Código Penal (en cuanto a la imputabilidad relativa respecto a la edad, con relación a la disminución de la pena) por contar con 18 años al momento de la comisión del delito, ello en consonancia con el principio de proporcionalidad de la pena previsto en la última parte del artículo 200º del texto constitucional, se concluye –como se ha expuesto en las consideraciones anteriores– que existe incompatibilidad entre la norma analizada con el derecho constitucional de igualdad ante la ley y del principio de proporcionalidad en la pena, dado que el agente es un imputable restringido, aunado a que el mismo no cuenta con antecedentes penales, no se ejerció violencia contra el sujeto pasivo para el acceso carnal ni se registró afectación psicológica mínima de la menor agraviada.

En ese sentido, existe incompatibilidad constitucional del segundo párrafo del artículo 22º del Código Penal con el numeral 2) del artículo 2º y la última parte del artículo 200º del texto constitucional, por cuanto se trata de la aplicación de una norma que colisiona con el principio constitucional de la igualdad ante la ley y el principio de proporcionalidad de las penas. Por las consideraciones anotadas corresponde aprobar la sentencia consultada en la que se ejerció el control difuso por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

III. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **MI VOTO** es porque se **apruebe** la sentencia de vista de fecha veintiuno de enero de dos mil quince, obrante a fojas doscientos setenta, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que resolvió confirmar la sentencia condenatoria contra el acusado Anthony Joel Moya Sandoval en el extremo que le consideró autor del delito contra la indemnidad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor edad, y revocar la misma en el extremo que le impuso veinticinco años de pena privativa de la libertad, reformándola le impuso nueve años de pena privativa de la libertad, inaplicando el segundo párrafo del artículo 22º del Código Penal; y se devuelva los actuados al juzgado de origen.

S.S.

CARTOLIN PASTOR

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS RUEDA FERNÁNDEZ, TOLEDO TORIBIO Y BUSTAMANTE ZEGARRA, ES COMO SIGUE:-----

VISTOS; con el acompañado y **CONSIDERANDO:**

I.- OBJETO DE LA CONSULTA:

PRIMERO.- Es materia de consulta la Sentencia de vista de fecha veintiuno de enero de dos mil quince, obrante a fojas doscientos setenta, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que resolvió **inaplicar** para el caso concreto **el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal**, por considerar que es **incompatible con la Constitución-** sin precisar la norma constitucional que considera afectada - aplicando al

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

imputado la reducción de la pena por **responsabilidad restringida contenida en el primer párrafo del artículo 22 del Código Penal.**

II.- ANTECEDENTES:

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos del caso, se tiene que mediante sentencia de fecha cuatro de setiembre de dos mil catorce, obrante a fojas doscientos veintidós, el Juzgado Penal Colegiado de Huaral condenó al procesado **Anthony Joel Moya Sandoval** a la pena privativa de libertad de veinticinco años, por el delito de violación sexual de menor de edad en agravio de la menor de iniciales C.D.P.V quien tenía doce años de edad al momento del hecho delictivo. Mediante sentencia de Vista, emitida el veintiuno de enero de dos mil quince, obrante a fojas doscientos setenta, la Sala Penal de Apelaciones de Huaura, confirma la sentencia condenatoria, pero modifica la pena a imponer al acusado, bajo el argumento que, al momento de la comisión de los hechos el procesado contaba con dieciocho años de edad; y si bien conforme al artículo 22 del Código Penal se encontraría excluido de la imputabilidad restringida; sin embargo, dicha restricción no resultaría aplicable al presente caso, al tratarse de un delito común, y que no se encuentra un fundamento adecuado, concreto o constitucional, del porqué de la distinción, agregando que, conforme al “principio de igualdad procesal” no existe fundamento válido para distinguir y dar un trato discriminatorio a los procesados por delitos de violación sexual, es por ello que se resuelve inaplicar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, y se revoca la sentencia apelada en el extremo que impone la pena privativa de libertad de veinticinco años, y reformándola impone la pena privativa de libertad de **nueve años.**

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

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

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.

CUARTO.- Asimismo, el artículo 138º, 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, 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 14º 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 difuso²⁷ 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 6 de agosto de 2002, 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

²⁷ Al respecto, ver: ABAD YUPANQUI, Samuel. Derecho Procesal Constitucional la edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2004

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

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 Constitucional²⁸. **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. El control de constitucionalidad se ejercita con el único propósito de resolver una controversia.

SEXTO.- 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**; considerando en el que 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

²⁸ Confrontar además las sentencias recaídas en los Expedientes N.ºs. 145-99-AA/TC, sentencia publicada el 16 de marzo de 2000, 1124-2001-AA/TC Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, 1383-2001-AA/TC Luis Rabines Quiñones; y 410-2002-AA/TC Julia Soledad Chávez Zúñiga. La referencia a la Segunda Disposición General corresponde a la anterior LOTC, Ley N° 26435, reproducida en la Segunda Disposición Final de la vigente LOTC, Ley N° 28301

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

control difuso para fines distintos a los permitidos, y, se ha fijado las siguientes **reglas para el ejercicio del control difuso judicial**: **2.5. (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; 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. Reglas que, en el presente caso, son valoradas por esta Sala Suprema al momento de analizar el ejercicio de control difuso realizado por la Sala de Apelaciones en la sentencia elevada en consulta.

IV. VALORACIÓN:

SÉPTIMO.- En el presente proceso penal seguido contra el imputado **Anthony Joel Moya Sandoval** – de dieciocho años de edad al momento de la comisión de los hechos – se ha establecido en la sentencia de primera instancia, que el día cuatro de enero de dos mil doce, el acusado esperó a la menor de iniciales C.D.P.V (de doce años de edad) fuera de su casa, y que ella se fue en una mototaxi conducido por el acusado, con quien tuvo relaciones sexuales. Lo que se corroboró con el examen médico realizado el cinco de enero de dos mil doce a la menor, donde se observaron signos de desfloración y acto contranatura antiguo, con signos recientes de la eritomatosis. Conociendo el acusado la edad de la menor, pues ella le indicó que tenía doce años de edad, hechos ratificados por la Sala Penal de Apelaciones de Huaura al momento de emitir la sentencia de vista objeto de consulta; sin embargo, es de observar que la Sala Penal de Apelaciones al pronunciarse sobre la pena impuesta al acusado (veinticinco años de pena privativa de la libertad) la modifica,

CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA

imponiendo la sanción de **nueve años de pena privativa de la libertad**, que se encuentra por debajo del límite legal, lo que ha sido realizado considerando como **única** circunstancia para la disminución de la pena, al beneficio referido a la responsabilidad penal restringida por la edad previsto en el primer párrafo del artículo 22º 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 22º del Código Penal, al considerarse que la limitación que dicho artículo establece en razón del delito cometido no tendría “sustento constitucional”, y considerando que la distinción estaría afectando el “principio de igualdad procesal” y que dicha norma “contempla un trato discriminatorio”.

OCTAVO: Revisado el dispositivo legal inaplicado, se tiene que: El artículo 22º del Código Penal²⁹ 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 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 **violación de la libertad sexual** – restricción que encuentra justificación en la protección de bienes jurídicos especiales como la vida e

²⁹ Modificado por el Artículo Único de la Ley N° 27024, luego por el artículo 1º de la Ley N° 29439 y posteriormente por el artículo 1º de la Ley N° 30076, publicada el diecinueve de agosto del dos mil trece

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

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 Sala Penal de Apelaciones de Huaura ha realizado el control difuso para imponer una pena privativa de libertad de nueve años, pena que está muy por debajo del límite legal previsto para el delito de violación sexual de menor de edad, aduciendo que el delito cometido es un “delito común” y que por ello no se justificaría que se le restrinja las posibilidades de acceder a beneficios procesales aplicables a otros procesados (considerando 4.4). Sin embargo, no se ha identificado debidamente cuáles serían los derechos constitucionales que se encontrarían en conflicto en el caso concreto. Siendo insuficiente que se alegue la afectación de un derecho o principio como se hizo, sin desarrollar debidamente de qué manera se produce la vulneración y porque no se supera el test de proporcionalidad. 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 “violación sexual” de manera general, sin considerar que en el presente caso, el delito implicaba a una menor de doce años - siendo el bien jurídico protegido el de “indemnidad sexual” el mismo que por su naturaleza exige inclusive una mayor protección por parte del Estado - y que el imputado conocía la edad de la menor, negando en todo momento la existencia de una relación sentimental con la víctima, la que finalmente no ha sido establecido en el proceso. 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

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

acorde a la Constitución; correspondiendo desaprobar la resolución elevada en consulta a esta Suprema Sala.

DÉCIMO: Sin perjuicio de lo anterior cabe precisar que, la Sala de Apelaciones hace referencia al *derecho a la igualdad procesal y principio de no discriminación*, 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 22º 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 (violación sexual de menor de edad), 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 de Apelaciones 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 o no 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 ejercicio del control difuso en la sentencia consultada.

**CONSULTA N.º 16194 - 2016
HUAURA**

V.- DECISIÓN:

Por estas consideraciones, **NUESTRO VOTO** es porque se **DESAPRUEBE** la Sentencia emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huaura, obrante a fojas doscientos setenta, en el extremo que realiza el control difuso declarando **inaplicable** al caso, el segundo párrafo del artículo 22º del Código Penal; en el proceso penal seguido contra **Anthony Joel Moya Sandoval**, por el delito contra la libertad sexual en agravio de menor de edad de iniciales C.D.P.V; en consecuencia **NULA** la sentencia consultada, se **ORDENE** a la Sala Superior emitir nuevo pronunciamiento conforme a lo señalado en la presente resolución; y se devuelva. **Juez Supremo, Bustamante Zegarra.-**

S.S.

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Bsv/Cmp