



CONSULTA
EXP. N° 11384-2015
HUANCAVELICA

Lima, once de marzo
de dos mil dieciséis.-

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

PRIMERO: Es materia de consulta la sentencia emitida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, mediante resolución número veintiocho, de fecha quince de junio de dos mil quince, obrante a fojas quinientos, que aplicando el control constitucional difuso previsto en el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *inaplica* al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, por incompatibilidad con el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

SEGUNDO: Sobre el control constitucional que es el marco general del tema materia de consulta es menester tener presente que en la doctrina y en la legislación comparada existen dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas. Uno de ellos originario del sistema *Common law* norteamericano, conocido como *Judicial Review*, y que en nuestro medio se le identifica como *control difuso*; este modelo se remonta en sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall en el Caso *Marbury vs Madison*¹ en Estados Unidos de Norteamérica en el año mil ochocientos tres; en este caso se señala que todos los jueces y todos los tribunales deben decidir en los casos concretos que le sean sometidos de conformidad con la Constitución, inaplicando la ley que contraviene a ella. El otro, de origen europeo continental, conocido como el sistema de *Control Concentrado*; doctrina autorizada atribuye su creación a las ideas vinculadas a la famosa pirámide jurídica, promovidas desde el año mil novecientos veinte por Hans Kelsen, con la Constitución de Austria, perfeccionada con la Constitución de mil novecientos veintinueve; la característica relevante de este sistema es que deja el control de la constitucionalidad de las leyes en manos de un solo órgano o tribunal ad hoc, con facultad de expulsar del ordenamiento jurídico a éstas cuando contravienen la Constitución, por el fondo o la forma; en este modelo dicho órgano constitucional actúa como legislador negativo.

¹ ALEJANDRO AMAYA, Jorge; "Marbury Vs Madison" – Sobre el Origen del Control Judicial de Constitucionalidad, 1° Edición, Rosario Ediciones AVI SRL, 2013, pág. 113
(...) "De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los EE.UU., confirma y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución es nula, y que los tribunales, si como los demás poderes, están obligados por ese instrumento"



CONSULTA
EXP. N° 11384-2015
HUANCAVELICA

TERCERO: La Constitución peruana -vigente desde mil novecientos noventa y cuatro- ha adoptado el **sistema mixto de control constitucional**; ello significa que existe instalado en nuestra estructura jurídica constitucional no solo el control en abstracto de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, el que se ejerce a través de un órgano constitucional autónomo –Tribunal Constitucional²;- con el poder de decidir cuándo una ley o norma con rango de ley es incompatible en todo o en parte con la Constitución, sea por la forma o por el fondo; sino que además se ha autorizado a los jueces ordinarios –del Poder Judicial- a efecto que ejerzan el control sobre la constitucionalidad de las normas legales en las causas que de manera específica se ventilan ante sus despachos. Bajo este contexto, debemos entender que el *Control Difuso* de la constitucionalidad de las leyes, es competencia de cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial, sin importar la especialidad; siendo que la ley no dejará de estar vigente, y solo se inaplicará al caso litigioso. Pudiéndose entender que este modelo, solo se aplicará en una controversia específica, real y concreta, es decir, se aplica a un proceso instaurado, y cuya decisión judicial de inconstitucionalidad, no puede ni va más allá de los límites del proceso mismo; es por ello que se puede asegurar que los efectos de la aplicación de este control solo afectará y/o traerá consecuencias jurídicas a las partes vinculadas al proceso, por ende no es *erga omnes*.

CUARTO: En tal sentido, tratándose de una consulta por incompatibilidad de una disposición constitucional y otra norma de inferior jerarquía, el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial³ ha establecido que cuando los Jueces de cualquier especialidad, al momento de resolver, 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; previéndose que respecto de las resoluciones en las que se haya efectuado el control constitucional las

² Artículo 201° de la actual Constitución Política del Estado, establece que : "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente...".

³ **Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.**

Artículo 14°.- De conformidad con el Art. 138 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.



CONSULTA
EXP. N° 11384-2015
HUANCAVELICA

mismas deben ser elevadas en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República si no fueran impugnadas.

QUINTO: Sin embargo, este control constitucional debe ejercerse como *última ratio*, dado que no puede soslayarse la función legislativa que le asigna la Constitución al Congreso de la República, pues por tal hecho las leyes promulgadas se presumen constitucionales, y se entiende que deben guardar estrecha armonía entre sí, así como con la Carta Magna; tal presunción acompaña de igual modo a los demás procedimientos de creación legislativa reconocidos por la Carta Política.

SEXTO: Bajo este contexto, una de las manifestaciones del carácter eminentemente excepcional que distingue a la prerrogativa del control difuso se encuentra prevista en el primer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual declara: "*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*" (subrayado agregado).

Es por ello que, en virtud a lo dispuesto por este precepto constitucional, la decisión de optar por la inaplicación de una disposición legal solo puede ser adoptada por el órgano jurisdiccional –en la solución de una controversia– cuando no sea posible desprender de ella una interpretación que para el caso concreto guarde armonía con el texto constitucional o, como lo denomina la doctrina, a una *interpretación conforme a la Constitución*; puesto que, de ser posible para el órgano jurisdiccional desprender del texto legal objeto de análisis una interpretación de este tipo, deberá limitarse únicamente a optar por ella –descartando las interpretaciones que resulten contrarias a los valores constitucionales–, sin afectar para el caso concreto la eficacia de la ley.

SÉPTIMO: En el presente caso, se ha atribuido al procesado **Julio Aparco Belito** la comisión del delito contra la Libertad-Violación de la libertad Sexual-en la modalidad de Violación Sexual de Menor de Edad en grado de tentativa y Actos contra el Pudor en menores, en agravio de la menor de iniciales B.J.H.Q de nueve (9) años de edad a la fecha de ocurrido el ilícito penal, es decir, ocurrido los días once de mayo y ocho de julio del dos mil catorce; ahora bien, en la sentencia dictada el quince de junio del dos mil quince, la Sala Penal Liquidadora de



CONSULTA
EXP. N° 11384-2015
HUANCAVELICA

Huancavelica decide condenarlo como autor de la comisión del Delito contra la Libertad-Violación de la Libertad Sexual -en la modalidad de Violación Sexual de Menor de Edad en grado de tentativa y Actos contra el Pudor en menores. Es de verse también del texto de la citada sentencia materia de consulta, que la Sala Penal, atendiendo a que la edad del imputado al momento de cometido el hecho punible era de setenta y dos (72) años de edad, ha aplicado la graduación de la pena de conformidad con el beneficio referido a la responsabilidad penal restringida por la edad previsto en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal, imponiéndole así veinte (20) años de pena privativa de libertad, no obstante que conforme al segundo párrafo del mencionado artículo 22° está excluido de dicho beneficio el agente que incurre en delito de violación de la libertad sexual. Tal sentencia no ha sido objeto de impugnación por lo que es elevada en consulta a esta Sala Suprema.

OCTAVO: Al caso es menester tener presente que el artículo 22° del Código Penal bajo el acápite "Responsabilidad restringida por la edad" dispone lo siguiente:

"Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintinueve 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."** (agregado negrita y subrayado)*

Ahora bien, la sentencia objeto de consulta considera que el supuesto previsto en el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal debe ser inaplicado en tanto



CONSULTA
EXP. N° 11384-2015
HUANCAVELICA

surge un problema constitucional con el derecho previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú –derecho de igualdad ante ley-. Así, señala en su parte considerativa que el imputado supera ampliamente la edad de sesenta y cinco años de edad considerado en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal para reducir prudencialmente la pena por responsabilidad restringida y que el segundo párrafo del citado artículo que excluye de tal beneficio a los agentes que hayan incurrido en el delito de violación de la libertad sexual resulta incompatible con el derecho fundamental a la igualdad.

NOVENO: En principio, el artículo 22° de Código Penal promulgado por Decreto Legislativo N° 635° en su texto original estableció la Responsabilidad restringida por la edad, precisando que cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento del hecho punible cometido, se podía reducir prudencialmente la pena señalada en la ley. Sin embargo, este artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 27024, luego por el artículo 1° de la Ley N° 29439 y posteriormente por el artículo 1° de la Ley N° 30076 publicada el diecinueve de agosto del dos mil trece, estableciéndose que queda excluido de la responsabilidad restringida el agente que haya incurrido, entre otros, en delito de violación de la libertad sexual.

DÉCIMO: Corresponde anotar que la norma penal que modificó el artículo 22° del Código Penal, no puede interpretarse, *per se*, como inconstitucional, pues como se tiene expuesto, dicho precepto no hace otra cosa que establecer genéricamente y en abstracto que la responsabilidad restringida por razón de edad, prevista para personas que tengan más de sesenta y cinco años, no es aplicable en determinados delitos -entre ellos el de violación de la libertad sexual-, debido a la extrema gravedad del ilícito penal, o la naturaleza del bien jurídico que protegen, por lo que no es de aplicación la atenuación de la responsabilidad penal. Al respecto, la modificación introducida por la Ley N° 30076 tiene sustento válido en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el fin retributivo de la pena y el carácter preventivo especial de la misma, contemplados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal y, por tanto, no puede colisionar con el derecho de igualdad ante la ley previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, puesto que, si bien por el principio de igualdad se asegura la plena igualdad de los ciudadanos ante la ley, de tal modo que nadie puede ser discriminado por



**CONSULTA
EXP. N° 11384-2015
HUANCAVELICA**

motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica u otra razón de cualquier índole, tal igualdad debe ser entendida entre los iguales.

UNDÉCIMO: En tal sentido, al establecer la ley un catálogo de delitos en los que no corresponde aplicar la responsabilidad restringida, no se afecta el principio de igualdad previsto en la Carta Fundamental, pues debido a la gravedad de los hechos y naturaleza del ilícito penal, la ley penal puede imponer un tratamiento diferenciado, es por esta razón que la ley penal prevé distintas clases de penas que son determinadas en atención a la gravedad de los hechos y la naturaleza del bien jurídico protegido; por esta misma razón resulta plenamente ajustado a derecho y conforme a la Constitución Política del Estado que la ley establezca ciertas prohibiciones para el otorgamiento de beneficios penales; por ende, no puede interpretarse como inconstitucional, pues como se tiene expuesto, dicho precepto no hace otra cosa que establecer límites a este tipo de beneficios penales o penitenciarios.

DUODÉCIMO: A lo expuesto cabe agregar que al someter a análisis el contenido de la sentencia elevada en consulta y analizar las circunstancias concretas que han motivado al Juez a considerar que en el presente caso, en estricto, la aplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal resulta inconstitucional, este Colegiado advierte que al caso concreto la aplicación de la restricción del beneficio de la pena no se puede considerar como una medida excesiva o desproporcionada con afectación a los derechos constitucionales del imputado, pues no puede soslayarse las circunstancias agravantes en que ejecutó la conducta punible, esto es, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima, aprovechando situaciones de tiempo, modo o lugar para dificultar la defensa de la ofendida, y en efecto conforme consta de autos, los hechos se perpetraron en la casa del procesado quien es una persona mayor en edad y fuerza, y actuó abusando de la confianza que tenía la menor agraviada –de nueve (9) años de edad-, por la amistad de vecinos que tenían ambos y la ingenuidad de la menor, atentando así contra la indemnidad sexual de la víctima con los daños psicológicos que ello le acarrea. Tal contexto fáctico soslaya cualquier interpretación constitucional que pudiera darse a favor del imputado tras la severa prohibición de los beneficios de la pena conminada prevista en la norma penal.



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

CONSULTA
EXP. N° 11384-2015
HUANCAVELICA

Por estas consideraciones: **DESAPROBARON** la sentencia emitida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, mediante resolución número veintiocho, de fecha quince de junio de dos mil quince, obrante a fojas quinientos, que **INAPLICA** al caso concreto el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, por incompatibilidad con el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú; en los seguidos por la menor de iniciales B.J.H.Q. contra Julio Aparco Belito, sobre Violación Sexual de Menor de Edad en grado de tentativa y otro; y los devolvieron. **Juez Supremo Ponente: Lama More.-**
S.S.

WALDE JÁUREGUI

LAMA MORE

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

Rpcq/Oaa

Dr. FEDRO FINANCIA JULY
SECRETARÍA
Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema
de Justicia de la República

30 SET. 2016