

**ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO PENAL.
RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA.**

La aplicación del segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal, tiene como resultado un tratamiento que no resulta razonable por cuanto se justifica en las circunstancias relacionadas a la gravedad del hecho, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado (antijuricidad), cuando la reducción de la pena que ha previsto la norma se vincula con factores individuales concretos del agente, como el grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón de su edad (culpabilidad). Esta eximente imperfecta no fue observada por el Tribunal Superior, apartándose de la línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, por lo que se configuran las causales establecidas en los numerales 3 y 5, del artículo 429, del Código Procesal Penal, referido a la falta de aplicación de la ley penal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cinco de noviembre de dos mil veinte

VISTO: en audiencia pública el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado Jerry Daniel Palomino Medina (folio 114) contra la sentencia de vista del trece de junio de dos mil dieciséis (folio 104), que confirmó la sentencia del veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis (folio 46) que condenó al recurrente como coautor del delito de robo con agravantes en grado de tentativa –previsto en el artículo 188 del Código Penal, en concordancia con los numerales 2 y 4 del artículo 189 y el artículo 16 del mismo cuerpo legal–, en perjuicio de Luis Eleodoro Cortez Franco, le impuso siete años y nueve meses de pena privativa de libertad efectiva y fijó en mil quinientos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá abonar a favor de la parte agraviada.

Intervino como ponente la jueza suprema **AQUIZE DÍAZ.**

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA

1.1. De acuerdo al requerimiento acusatorio contra Jerry Daniel Palomino Medina (folio 15), presentado luego de declararse fundada la incoación del proceso inmediato (folio 14), se tiene como hechos materia de imputación:

Circunstancias precedentes: el cinco de febrero de dos mil dieciséis a las 19:45 horas, aproximadamente, personal PNP de la Comisaría de San Juan Bautista, en circunstancias que realizaba patrullaje integrado conjuntamente con el personal de serenazgo del distrito de San Juan Bautista, se percató de la presencia de un automóvil marca Chevrolet-Spark Lite de color azul placa ABH-540 que se encontraba estacionado por inmediaciones de la plaza principal del caserío San Martín de Porres.

Circunstancias concomitantes: el agraviado Luis Eleodoro Cortez Franco narró que en circunstancias que se encontraba realizando el servicio de taxi por inmediaciones del semáforo del Hospital Santa María del Socorro, se le acercaron los sujetos hoy reconocidos como Jerry Daniel Palomino Medina y el menor identificado con las iniciales P. J. C. H., quienes le solicitaron el servicio de taxi para la plaza San Martín del caserío de San Martín de Porres, abordando ambos pasajeros el asiento de la parte posterior del vehículo; realizado el servicio, uno de los pasajeros le dijo que bajaría en la esquina de la plaza antes citada, al detenerse el vehículo, el menor de iniciales P. J. C. H. lo agarró del cuello y lo cogoteó, comenzando a forcejear, y el sujeto Jerry Daniel Palomino Medina procedió a quitar la llave del vehículo; el agraviado de forma inmediata se percató de la presencia de un tercer sujeto reconocido con el apelativo de "Gordo Martín", quien poseía un arma de fuego en su mano derecha, con la cual le propinó un golpe en la cabeza al chofer y con la otra mano le tapaba la boca con un trapo. Bajo esas circunstancias, los sujetos que perpetraron el ilícito al percatarse de la presencia policial bajaron rápidamente emprendiendo veloz carrera con dirección al norte, motivo por el cual los efectivos inmediatamente salieron en su persecución, logrando intervenir a la persona de Jerry Daniel Palomino Medina en el frontis de un inmueble construido de material rústico, ubicado en la intersección de las calles Simón Bolívar y Ramón Castilla, y respecto al menor de iniciales P. J. C. H., luego de solicitar la autorización a la propietaria identificada como Ruth Fernández Sayritupac con la finalidad de registrar su inmueble, se encontró a este sujeto escondido en la parte posterior, mientras que el tercer sujeto, apodado como "Gordo Martín" logró darse a la fuga con dirección desconocida.

Circunstancias posteriores: luego, ambos sujetos fueron conducidos al local policial para las diligencias pertinentes y a las 20:05 horas del mismo día, el agraviado se apersonó a la comisaría interponiendo la denuncia respectiva y entregó al PNP Germán Teves Gerónimo una réplica de un arma de fuego, indicando que esta le arrebató a un

tercer sujeto alias "Gordo Martín", quien apareció repentinamente y al escuchar la sirena la dejó abandonada en el interior del vehículo, procediéndose a su recepción mediante el acta respectiva.

1.2. El Ministerio Público tipificó estos hechos como delito de robo con agravantes en grado de tentativa, previsto en el artículo 188 del Código Penal, en concordancia con los numerales 2 y 4 del artículo 189 y el artículo 16 del mismo cuerpo legal, solicitando que se imponga a Jerry Daniel Palomino Medina diez años de pena privativa de libertad y se fije en dos mil soles la reparación civil.

SEGUNDO. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. La sentencia del veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis emitida por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial de Ica condenó a Jerry Daniel Palomino Medina como coautor del delito de robo con agravantes en grado de tentativa –previsto en el artículo 188 del Código Penal, en concordancia con los numerales 2 y 4 del artículo 189 y el artículo 16 del mismo cuerpo legal–, en perjuicio de Luis Eleodoro Cortez Franco, le impuso siete años y nueve meses de pena privativa de libertad efectiva y fijó en mil quinientos soles el monto por concepto de reparación civil.

2.2. En lo referente a la determinación judicial de la pena, el juzgado consideró que la pena concreta debía establecerse en doce años, reduciéndole tres años al presentarse la tentativa y un séptimo por cuanto el procesado se acogió a la conclusión anticipada, con lo cual, se estableció en siete años y nueve meses la pena privativa de libertad que se impuso al sentenciado.

2.3. Para el juzgado penal resultó aplicable la prohibición prevista en el segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal, al tratarse de un delito de robo con agravantes; justificó su decisión al señalar que a la fecha existía un pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que desaprobó una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó la referida norma; además, declaró que no se contraponía a la Constitución.

TERCERO. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

3.1. Contra la decisión de primera instancia, la defensa del sentenciado Jerry Daniel Palomino Medina interpuso recurso de apelación (folio 64), el cual fue resuelto por la Primera Sala Penal de Apelaciones y de Flagrancia de la Corte Superior de Justicia de Ica mediante sentencia de vista del trece de junio de dos mil dieciséis (folio 104), al confirmar la sentencia del Juzgado Penal Colegiado.

3.2. Entre los agravios postulados en el recurso impugnatorio, el recurrente alegó la aplicación del control difuso respecto al segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal; ante ello, la Sala Superior consideró que no cabía una interpretación inconstitucional de dicha norma, por encontrar esta sustento en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el fin retributivo de la pena y su carácter preventivo especial, por lo que no se presentaba vulneración al derecho a la igualdad, atendiendo también a la naturaleza del ilícito y la gravedad de los hechos.

3.3. La defensa del sentenciado Jerry Daniel Palomino Medina interpuso recurso de casación.

CUARTO. ARGUMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

En su recurso impugnatorio la defensa argumentó, en síntesis, lo siguiente:

4.1. Invocó la causal prevista en el numeral 1, del artículo 429, del Código Procesal Penal –Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías–, señalando:

- a.** El segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal constituye una discriminación que resulta inconstitucional al señalar que la reducción de la pena no se aplica para ciertos delitos. Se vulnera el derecho a la igualdad previsto en el numeral 2, del artículo 2, de la Constitución Política del Estado.

- b.** El Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.º 1277-2003-HC/TC ha señalado que para determinar que una medida implica un trato desigual, la medida diferenciadora no solo debe sustentarse en una base objetiva, sino, además, encontrarse conforme al test de razonabilidad.
- c.** En el Recurso de Nulidad N.º 0701-2014-Huancavelica, la Corte Suprema consideró que la limitación prevista en el segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal, es inconstitucional porque vulnera el principio de igualdad, además, porque la prohibición no recae en la valoración de la antijuridicidad de un hecho, sino en el tipo de delito cometido.
- d.** La sanción que merece Jerry Daniel Palomino Medina debe ser fijada por debajo de lo establecido por los tribunales de mérito, por cuanto al momento de los hechos el sentenciado contaba con diecinueve años; asimismo, existe escasa nocividad en la conducta desplegada por no haber sido quien infirió las agresiones físicas, no se puso en riesgo la integridad de la víctima; y se presenta la tentativa.
- e.** También debe considerarse que el sentenciado no solo se sometió al proceso especial de conclusión anticipada, sino que ha brindado datos completos del tercer integrante que participó en el evento delictivo, como sus características físicas y el lugar donde puede ser aprehendido.

4.2. Invocó la causal prevista en el numeral 4, del artículo 429, del Código Procesal Penal –Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor–, señalando:

- a.** La sentencia de vista ha omitido realizar un control difuso sobre la norma prevista en el segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal, tomando en cuenta lo señalado por la Corte Suprema en

sus pronunciamientos respecto a inaplicar la restricción al beneficio por rebaja de la responsabilidad restringida, prefiriendo la norma constitucional sobre la norma sustantiva.

- b.** El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales debe estar presente al momento de la determinación judicial de la pena por parte del juez.
- c.** Mediante el Acuerdo Plenario N.º 1-2008/CJ-116 se señaló que se deja al juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar la pena aplicable al condenado, bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales. Ello ha sido ratificado a través de la Resolución Administrativa N.º 311-2011-P-PJ.
- d.** Al momento de emitir la sentencia condenatoria no se ha tenido en consideración los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad.

QUINTO. TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

5.1. Este Tribunal Supremo, mediante resolución de calificación del diecinueve de mayo de dos mil diecisiete, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de falta de aplicación de la ley penal (artículo 22 del Código Penal) –numeral 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal– y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema –numeral 5, del artículo 429, del Código Procesal Penal–. Se justificó este cambio de causales de la casación en atención al contenido de los agravios expresados en el recurso.

5.2. Instruidas las partes procesales sobre la admisión del recurso de casación, conforme a la constancia de la Secretaría de esta Sala Suprema (folio 38 del cuadernillo formado en esta instancia), mediante decreto del nueve de septiembre de dos mil veinte se señaló fecha para la audiencia de

casación el dos de octubre del presente año, la cual se realizó a través del sistema de videoconferencia mediante el aplicativo Google Meet.

5.3. Culminada la audiencia, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia.

SEXTO. MOTIVO CASACIONAL

De conformidad con el auto de calificación del recurso de casación del diecinueve de mayo de dos mil diecisiete, se declaró bien concedido el recurso de casación por las causales previstas en los numerales 3 y 5, del artículo 429, del Código Procesal Penal, al determinarse que los argumentos del recurrente cuestionan la falta de aplicación de la norma contenida en el artículo 22 del Código Penal, referido a los alcances de la responsabilidad restringida, y que el Tribunal Superior no consideró los diversos pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema sobre la materia.

Por lo tanto, el análisis girará en torno a determinar si se configuran las causales por las cuales fue admitida la casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SÉPTIMO. ARTÍCULO 22 DEL CÓDIGO PENAL

7.1. El artículo 22 del Código Penal establece 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, 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.

Esta redacción también se encontraba vigente al momento en que se cometieron los hechos materia de imputación.

7.2. Se trata de una causal de disminución de la punibilidad –eximente imperfecta– que incide en el ámbito de la culpabilidad como categoría del delito, encontrando su fundamento en la capacidad del sujeto de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, de manera que la ley ha dispuesto que cuando el agente tenga más de dieciocho años y menos de veintiún años de edad, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar los hechos delictuosos, corresponde la reducción prudencial de la pena.

7.3. En el segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal, encontramos restricciones relacionadas a modalidades delictivas que se encuentran vinculadas a la antijuricidad de la conducta, ello debido a que se toma en cuenta la gravedad y afectación a diversos bienes jurídicos; por lo tanto, dicha regulación no se condice con la naturaleza del primer párrafo de la norma y su aplicación puede llegar a afectar derechos constitucionales como el de igualdad ante la ley –numeral 2, del artículo 2, de la Constitución Política del Estado– al presentarse supuestos de discriminación entre personas mayores de dieciocho y menores de veintiún años o mayores de sesenta y cinco años que cometan un delito no excluido, y a las cuales se les aplicará la disminución de la pena; y personas que también se encuentren en ese rango de edad pero perpetren alguno de los delitos que señala la norma, y a los cuales no sería posible aplicar tal reducción.

7.4. El Pleno del Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.º 0048-2004-PI/TC ha señalado, con relación al derecho de igualdad ante la ley, que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; precisando que se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables; por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no

sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (fundamento 62).

7.5. Siendo así, es posible afirmar que la aplicación del segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal, tiene como resultado un tratamiento que no resulta razonable porque se justifica en circunstancias relacionadas a la gravedad del hecho, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado (antijuricidad), cuando la reducción de la pena que ha previsto la norma se vincula con factores individuales concretos del agente, como el grado de madurez o de disminución de las actividades vitales de una persona en razón de su edad (culpabilidad).

7.6. Al respecto, también la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, en las Consultas N.ºs 1260-2011-Junín y 210-2012-Cajamarca, determinó que la diferencia de trato impuesta por el segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal, no se encuentra justificada constitucionalmente.

7.7. En el mismo sentido, existe una línea jurisprudencial de la Corte Suprema que ha sido ampliamente acogida y está expresada en los Recursos de Nulidad N.ºs 701-2014-Huancavelica, 1708-2014-Lima y 2584-2014-Lima, entre otros pronunciamientos.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

OCTAVO. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL AL SENTENCIADO JERRY DANIEL PALOMINO MEDINA.

8.1. Tomando en cuenta lo anterior, corresponde aplicar el artículo 22 del Código Penal cuando se constate que la edad del imputado, al tiempo de la comisión del hecho punible, es mayor a dieciocho y menor a veintiún años, al configurarse la responsabilidad restringida por edad. Esta eximente imperfecta no fue observada por el Tribunal Superior, por lo que se

configura la causal establecida en el numeral 3, del artículo 429, del Código Procesal Penal, referido a la falta de aplicación de la ley penal.

8.2. Siendo así, el delito de robo con agravantes que se le imputó al sentenciado Jerry Daniel Palomino Medina –previsto en el artículo 188 del Código Penal, en concordancia con los numerales 2 y 4, del artículo 189, del mismo cuerpo legal– establece como pena mínima doce años de pena privativa de libertad, la cual debe ser tomada en el presente caso, al no concurrir circunstancias agravantes genéricas y debido a que el procesado carece de antecedentes penales. Ahora bien, al presentarse la tentativa, la cual es una causal de disminución de la punibilidad, la pena fue reducida en tres años, ello no fue objeto de cuestionamiento por ninguna de las partes; y al concurrir un supuesto de responsabilidad restringida –el imputado al momento de la comisión de los hechos tenía diecinueve años– una rebaja prudencial y razonable debe establecerse en un año y tres meses, dando como resultado siete años y nueve meses.

8.3. Asimismo, el procesado se acogió al proceso especial de conclusión anticipada, por lo tanto, debe reducirse la pena en un séptimo (trece meses o su equivalente en un año y un mes), obteniéndose seis años y ocho meses de pena privativa de libertad.

8.4. Este Tribunal Supremo estima que no resulta posible disminuir la pena como efecto de una confesión sincera, al no cumplirse los presupuestos establecidos en el artículo 160 del Código Procesal Penal, dado que no se desprenden elementos de corroboración que se vinculen con los datos de identificación de una tercera persona que habría participado de los hechos delictuosos, circunstancia afirmada por el sentenciado en juicio oral, lo cual tampoco denota espontaneidad en esa declaración por haberse llevado a cabo en el marco de un proceso de conclusión anticipada.

8.5. En cuanto a la configuración de la causal establecida en el numeral 5, del artículo 429, del Código Procesal Penal –apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema–; como ha sido expuesto en el fundamento 7.7 de la presente ejecutoria, este Supremo Tribunal ha emitido

–con anterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos– diversas resoluciones referidas a la inaplicación del segundo párrafo, del artículo 22, del Código Penal, marcando una tendencia jurisprudencial que ha sido consolidada en el Acuerdo Plenario N.º 4-2016/CIJ-116, del doce de junio de dos mil diecisiete; por lo tanto, al haberse inobservado esta postura ampliamente acogida por la Corte Suprema, se configura la infracción a la doctrina jurisprudencial.

8.6. En consecuencia, debe declararse fundado el recurso de casación, casar el extremo de la sentencia de vista que confirmó la sentencia de primera instancia respecto a la sanción penal impuesta a Jerry Daniel Palomino Medina, y reformarla con la pena correspondiente en aplicación del artículo 22 del Código Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. DECLARARON FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del imputado Jerry Daniel Palomino Medina (folio 114) por las causales 3 y 5, del artículo 429, del Código Procesal Penal.

II. CASARON la sentencia de vista del trece de junio de dos mil dieciséis (folio 104), que confirmó la sentencia del veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis (folio 46) que condenó a Jerry Daniel Palomino Medina como coautor del delito de robo con agravantes en grado de tentativa– previsto en el artículo 188 del Código Penal, en concordancia con los numerales 2 y 4 del artículo 189 y el artículo 16 del mismo cuerpo legal–, en perjuicio de Luis Eleodoro Cortez Franco, le impuso siete años y nueve meses de pena privativa de libertad efectiva y fijó en mil quinientos soles el monto por concepto de reparación civil que deberá abonar a favor de la parte agraviada. En consecuencia, **NULA** la citada sentencia de vista únicamente en el extremo de la sanción penal y **actuando en sede de instancia (como Tribunal de Apelación), REVOCARON** la sentencia de primera instancia de fecha veinticuatro de febrero de dos mil dieciséis en el extremo que impuso al recurrente siete años y nueve meses

de pena privativa de libertad, y **REFORMÁNDOLA** le impusieron a Jerry Daniel Palomino Medina **seis años y ocho meses** de pena privativa de libertad, que computada desde el día de su detención (cinco de febrero de dos mil dieciséis) vencerá el cuatro de octubre de dos mil veintidós.

III. DISPUSIERON se publique la presente sentencia casatoria en la página web del Poder Judicial y en el diario oficial *El Peruano*, se notifique la ejecutoria a las partes apersonadas a esta instancia, se devuelvan los actuados a la Sala Superior de origen y se archive el cuadernillo.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

AQUIZE DÍAZ

CCAD/femv