



ESCUELA DE POSGRADO

TESIS

**“VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD
POR LA APLICACIÓN O INAPLICACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA, IQUITOS 2019 -
2021”**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGISTER EN DERECHO, CON MENCIÓN EN
DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS
HUMANOS**

**AUTORES: Priscilla Tatiana Perea García
José Francisco Malaverri Pinchi**

ASESOR: Dr. Fernando Martín Robles Sotomayor

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: Derecho Constitucional y
Derechos Humanos**

**Iquitos – Perú
2022**

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedicamos en primer lugar a Dios todopoderoso, por su fortaleza e infinita bondad y amor.

A mi familia, soporte indesmayable para poder seguir este posgrado de especialización y alcanzar un nuevo paso en mi desarrollo profesional.

AGRADECIMIENTO

Expresar nuestra gratitud y agradecimiento a nuestra casa de formación profesional, la Escuela de Posgrado de la Universidad Científica del Perú por la oportunidad de habernos permitido ampliar y profundizar nuestras convicciones y alcanzar esta anhelada especialización en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

ESCUELA DE
POSGRADO

ACTA DE SUSTENTACIÓN

Con RESOLUCIÓN N° 025-2019-UCP-EPG del 07 de marzo del 2019, se designó al Jurado evaluador: con RESOLUCIÓN N° 218-2021-UCP-EPG del 28 de octubre del 2021, se modifica el jurado evaluador, quedando conformado por: Mgr. Thamer López Macedo, presidente; Dr. Vladymir Villarreal Balbín, miembro; y, Mgr. Luis Enrique Panduro Reyes, miembro y Dr. Fernando Martín Robles Sotomayor, asesor de Tesis; y, con RESOLUCIÓN N° 098-2022-EPG-UCP, del 09 de mayo del 2022, se autorizó la sustentación del informe final de Tesis para el 21 de mayo del 2022.

Siendo las 11:00 am del día sábado 21 de mayo de 2022, se constituyó de modo presencial el Jurado evaluador para escuchar la presentación y defensa del Informe Final de Tesis **"VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR LA APLICACIÓN O INAPLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA, IQUITOS 2019-2021"** Presentado por.

**PEREA GARCÍA, PRISCILLA TATIANA
MALAVERRY PINCHI, JOSÉ FRANCISCO.**

Para optar el grado de MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS.

Luego de escuchar la sustentación y formuladas las preguntas, el Jurado pasó a la deliberación en privado, llegando a la siguiente conclusión:

La Sustentación es:

Aprobado por Unanimidad

A las 12:20 pm culminó el acto público

En fe de lo cual los miembros del Jurado firman el Acta

Dr. Vladymir Villarreal Balbín.
Miembro

Mgr. Thamer López Macedo
Presidente

Mgr. Luis Enrique Panduro Reyes
Miembro

Contáctanos:

Iquitos - Perú
065 - 26 1088 / 065 - 26 2240
Av. Abelardo Quiñones Km. 2.5

Sede Tarapoto - Perú
42 - 58 5638 / 42 - 58 5640
Leoncio Prado 1070 / Martines de Compagnon 933

Universidad Científica del Perú
www.ucp.edu.pe

CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD CIENTÍFICA DEL PERÚ - UCP

El presidente del Comité de Ética de la Universidad Científica del Perú - UCP

Hace constar que:

La Tesis titulada:

**"VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR LA APLICACIÓN O
INAPLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA, IQUITOS 2019 -
2021"**

De los alumnos: **PRISCILLA TATIANA PEREA GARCÍA Y JOSÉ FRANCISCO
MALAVERRY PINCHI**, de la Escuela de Posgrado, pasó satisfactoriamente la
revisión por el Software Antiplagio, con un porcentaje de **3% de plagio**.

Se expide la presente, a solicitud de la parte interesada para los fines que
estime conveniente.

San Juan, 09 de Abril del 2022.



Dr. César J. Ramal Asayag
Presidente del Comité de Ética - UCP

CJRA/ri-a
156-2022



ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pág.
PORTADA	
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
ACTA DE SUSTENTACIÓN	iv
CONSTANCIA DE ORIGINALIDAD	v
ÍNDICE DE CONTENIDO	vi
ÍNDICE DE CUADROS	viii
RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	ix
ABSTRACT AND KEY WORDS	x
CAPITULO I. MARCO TEÓRICO	
1.1 ANTECEDENTES DEL ESTUDIO	01
1.2 BASES TEÓRICAS	10
1.2.1 La Pena	19
1.2.2 La Responsabilidad Restringida por la Edad	15
1.2.3 Regulación Legal sobre la Responsabilidad Restringida	21
1.2.4 Jurisprudencia Peruana sobre la Responsabilidad Restringida	29
1.2.5 El Principio de Igualdad ante la Ley434	34
1.3 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS	35
CAPITULO II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
2.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	23
2.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	34
2.2.1 Problema General	34
2.2.2 Problemas Específicos	34
2.3 OBJETIVOS	34
2.3.1 Objetivo General	34
2.3.2 Objetivos Específicos	34
2.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	45

2.5	HIPÓTESIS	46
2.5.1	Hipótesis General	46
2.5.2	Hipótesis Específicas	46
2.6	VARIABLES, INDICADORES E ÍNDICES	47
 CAPITULO III. METODOLOGÍA		
3.1	TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	48
3.2	MÉTODO DE INVESTIGACIÓN	49
3.3	POBLACIÓN Y MUESTRA	90
3.4	TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	90
3.5	PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	01
3.6	PROCESAMIENTO DE DATOS	01
 CAPÍTULO IV. RESULTADOS		
4.1.	TABLAS DE ANÁLISIS CON RESULTADOS	52
 CAPÍTULO V. DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES		
5.1.	DISCUSIÓN	60
5.2.	CONCLUSIONES	65
5.3.	RECOMENDACIONES	67
 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		68
 ANEXOS		72

ÍNDICE DE CUADROS

	Pág.
Cuadro N° 01: Resolución Suprema.	53
Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, seis de setiembre de dos mil dieciocho.	
Cuadro N° 02: Resolución Suprema.	54
Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, cinco de febrero de dos mil diecinueve.	
Cuadro N° 03: Resolución Suprema.	54
Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, cinco de febrero de dos mil diecinueve.	
Cuadro N° 04: Resolución Suprema.	55
Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, nueve de junio de dos mil veintiuno.	
Cuadro N° 05: Sentencia de Casación.	55
Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, cinco de noviembre de dos mil veinte.	
Cuadro N° 06: Sentencia de Casación.	56
Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, veintiuno de marzo del dos mil diecinueve.	
Cuadro N° 07: Sentencia de Casación.	56
Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, veinte de octubre del dos mil veintiuno.	
Cuadro N° 08: Sentencia de Casación.	57
Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, dieciséis de noviembre de dos mil veinte.	
Cuadro N° 09: Sentencia de Casación.	58
Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, veintinueve de setiembre de dos mil veintiuno.	

RESUMEN

VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR LA APLICACIÓN O INAPLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA, IQUITOS 2019 - 2021

La presente investigación tuvo como objetivo general determinar si la aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida por la edad, afecta el principio constitucional de igualdad ante la ley; enfocándose en el análisis documental de sentencias casatorias o de recursos de nulidad que han ido estableciendo parámetros a favor de que la normativa del segundo párrafo del Art. 22 del Código Penal trasgrede el principio constitucional de Igualdad ante la Ley, para lo cual se ha desarrollado una investigación de tipo Básica, con un enfoque cualitativo, el Diseño fue no experimental y transversal, método dogmático, habiéndose concluido que la aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida por la edad, prevista en el Artículo 22 del Código Penal, si afecta el principio constitucional de igualdad ante la ley, confirmándose de esa manera la hipótesis general planteada y las hipótesis específicas.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad restringida, principio de igualdad, proceso penal, jurisprudencia vinculante, código penal.

ABSTRACT

VIOLATION OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY DUE TO THE APPLICATION OR NON-APPLICATION OF RESTRICTED LIABILITY, IQUITOS 2019 – 2021

The present investigation had as general objective to determine if the application and non-application of the responsibility restricted by age, affects the constitutional principle of equality before the law; focusing on the documentary analysis of cassation sentences or nullity appeals that have been establishing parameters in favor of the regulations of the second paragraph of Art. 22 of the Penal Code transgressing the constitutional principle of Equality before the Law, for which it has been developed a Basic type investigation, with a qualitative approach, the Design was non-experimental and transversal, dogmatic method, having concluded that the application and non-application of the responsibility restricted by age, provided for in Article 22 of the Penal Code, if it affects the principle equality before the law, thus confirming the general hypothesis raised and the specific hypotheses.

KEY WORDS: Restricted liability, principle of equality, criminal process, binding jurisprudence, penal code.

CAPITULO I. MARCO TEÓRICO

1.1 ANTECEDENTES DEL ESTUDIO

Los antecedentes de investigaciones nacionales y extranjeras que vamos a presentar, están ordenados cronológicamente del más reciente al más antiguo, no habiendo encontrado ningún trabajo de investigación a nivel regional luego de una exhaustiva búsqueda de los repositorios de tesis de las universidades de Loreto, como detallamos a continuación:

ANTECEDENTES A NIVEL NACIONAL

- Da Silva Torres, Carlos Andrés y Díaz Guerra, Leslie Maribel (2019) en su Tesis para optar el grado de Maestro en Derecho con mención en Ciencias Penales, titulada “Supresión del segundo párrafo del Artículo 22 del Código Penal, referido a la responsabilidad restringida, por colisionar con la Constitución Política del Estado”, presentada en la Universidad Nacional de la Amazonía Peruana (Iquitos – Perú); analizando dentro de sus bases teóricas detalla con claridad que la Inconstitucionalidad de la responsabilidad restringida que el Estado por razones de política criminal pretende justificar la existencia del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, sin observar que al hacer ello se transgrede derechos fundamentales que gozan de tutela reforzada como es el de la Igualdad ante la Ley, el cual tiene reconocimiento en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así también lo ha reconocido el Propio Tribunal Constitucional en la STCN°751- 2010-PHC/TC de fecha 15 de junio del año 2010 quien indico que: “...ha preservado la facultad de juez para reducir, prudencialmente la pena alcanza

la inaplicación de segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal. Teniendo en cuenta ello, resulta válido recurrir en este caso concreto a la responsabilidad restringida para la determinación de la pena (...). De lo que se puede deducir que no se puede hacer excepciones a la norma, cuando la mismísima Constitución Política del Perú, no hace distinción, muchos menos los dispositivos legales de protección supranacional, consiguientemente el numeral 2 del artículo 22 del Código Penal resulta siendo inconstitucional de pleno derecho. Y si bien recientemente la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Consulta Exp. Nro. 1618-2016 publicada el día 07 de diciembre del año 2017 ha Desaprobado una sentencia consultada, con relación a la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por el delito contra al patrimonio en la modalidad de robo agravado en grado de tentativa, se debe tener en cuenta que dicha jurisprudencia, constituye Doctrina Jurisprudencial Vinculante, tan solo con relación al segundo párrafo del considerando de la sentencia antes mencionado. Lo cual tiene que ver con relación al control difuso y cuáles son las reglas para su aplicación. No siendo de ninguna manera regla específica que prohíba seguir aplicando control difuso en los delitos contenidos en el numeral 2 del artículo 22 del Código Penal, ello contravendría la autonomía e independencia del magistrado frente al caso en concreto.

Asimismo, señala que el Principio de la Administración de Justicia prescribe: "...que en principio supone un mandato para que en todos los poderes públicos, los particulares e, incluso, al interior del propio órgano, se garantice el respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública, esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a)

como garantía de la administración de justicia; b) como atributo del propio juez. Es en ese último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una real independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el juez se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución que a cualquier fuerza o influencia política. (Gutiérrez, 2016) Pues bien, mientras la garantía de la independencia, en términos generales, alerta al juez de influencias externas, la garantía de la imparcialidad se vincula a exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y el objeto del proceso mismo. De este modo, ambas deben ser entendidas como una totalidad, por lo que no puede alegarse el respeto al principio de independencia mientras existan situaciones que generen dudas razonables sobre la parcialidad de los jueces.

- Llamacuri Lermo, Misael (2018) en su Tesis para optar el grado de Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal, titulada “Determinación de la pena conforme la Ley N° 30076, que incorporó el artículo 45-A en el Código Penal. Corte Superior de Lima – 2017”; presentada en la Universidad César Vallejo (Lima – Perú), analiza dentro de su marco teórico, aspectos relevantes sobre la determinación de la pena, estableciendo que existen las teorías absolutas, teorías relativas o de la Prevención y teorías de la unión, en las cuales se busca tanto compensar la culpabilidad del delincuente, como el servir para evitar futuros delitos a través de la prevención general y especial.

Asimismo trata el tema de los fines de la pena, respecto al cual señala que el Juez debe tomar en cuenta las circunstancias fácticas del ilícito y las condiciones personales de su autor. Para tales efectos la doctrina reconoce cuatro teorías: “a) Combinación o de la unión.- En ella la pena aplicable se halla en triángulo

mágico: culpabilidad-prevención general-prevención especial; de este modo se debe retribuir el ilícito según la culpabilidad; de este modo sirve para reeducarlos y para proteger a la sociedad de una eventual reincidencia. b) Ámbito del juego o del margen de libertad. - La pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta, no puede ser establecida en un punto preciso. Con dicha teoría se postula que existe un espacio cuyos límites están fijados, hacia abajo y hacia arriba, por la pena adecuada a la culpabilidad (mínimo y máximo de pena previsto). Así la pena se fija teniendo en cuenta fines preventivos especiales. C) Pena puntual o exacta. - Conforme a esta teoría la culpabilidad debe establecerse en forma precisa, solo existe una pena que se acomode a la culpabilidad del infractor y el juez no puede guiarse por fines preventivos. d) Valor relativo. - En ella primero el juez debe graduar la culpabilidad, teniendo como parámetro la gravedad del hecho; fijada la magnitud de la pena en un punto exacto, el juez debe seguir los criterios sentados por la prevención especial y decidir qué clase de pena aplicar y de qué modo deberá cumplirse. Esta teoría le asigna a la culpabilidad la función de coadyuvar en la determinación de la pena en sentido estricto y a la prevención el rol de orientar en la decisión sobre si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida.” (2018, p.21)

- Aranibar Corrales, Shirley (2017) en su Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, titulada “Exclusión del beneficio de responsabilidad restringida para procesados de 18 a 21 años de edad que han sido sentenciados en su adolescencia por infracción a la ley penal; distrito de Callería - Coronel Portillo, 2015-2016” presentada en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán (Pucallpa – Perú), analiza la responsabilidad restringida desde la óptica de los jóvenes que tienen antecedentes infractores durante su adolescencia, señalando que el artículo 22° del Código Penal,

señala que es facultativa la disminución prudencial de la pena y por lo tanto, los Magistrados a efecto de resolver los casos tienen entera discrecionalidad, ya que la sola condición de la edad no lo hace obligatorio, pues se debe tener en cuenta al momento de determinar su aplicación las concretas circunstancias del caso y el real grado de madurez del imputado.

También refiere que, “La responsabilidad restringida que se establece en el artículo 22° del Código Penal Peruano, que es sólo por la edad, debe ser entendida como una imputabilidad disminuida, es decir una disminución de la culpabilidad que trae como consecuencia la atenuación de la pena (Jurisprudencia Penal 2008); por lo que siempre vamos a estar ante un sujeto capaz de comprender el hecho cometido y actuar conforme a esa comprensión, encontrándose disminuida su capacidad de autodeterminación”. (2017, p. 77)

Asimismo alude que han existido proyectos que incluso han propuesto la derogación del artículo 22° del Código Penal (Proyecto de Ley 2153CR, 29 de abril 2013); sin embargo con la modificación que trajo consigo la Ley 30076, se ha incluido más delitos a efecto de excluir al agente del beneficio de la responsabilidad restringida por la edad, lo que obedece sin duda alguna a la crisis en torno a la seguridad ciudadana, que se manifiesta, a través del reclamo popular contra la inseguridad que, en muchos casos se ubica a un mismo nivel o incluso por encima de las principales demandas sociales vinculadas con el empleo, la educación y la seguridad social.

- Valdez Humbser, Rocío María (2013) en su Tesis para optar el grado de Magister en Derecho, titulada “El derecho a la igualdad y la no discriminación de género en la selección de personal en el ámbito laboral del Perú” presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima– Perú), analiza el principio de igualdad, respecto al cual nos dice que, “El derecho a la igualdad tiene su origen en la postura liberal, por cuanto ésta propugnaba entre sus

principios la igualdad entre las personas, entendida en lo que se refiere a diversos campos jurídico y político” (2013, p. 54); asimismo citando a Francisco Eguiguren Praeli, señala que “Al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación” (2013, p. 56). En tal sentido, la autora distingue a la igualdad como principio y como derecho, haciendo referencia a que los principios generales del derecho son fórmulas normativas con valor general que constituyen la base del ordenamiento jurídico. Alude al Tribunal Constitucional, que precisa los alcances del principio de igualdad, indicando en primer término, que el principio de igualdad ha de considerarse: Como un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos.

Respecto a la igualdad como derecho, refiere que: “La igualdad como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consisten en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situación o acontecimientos coincidentes” (2013, p. 60), añadiendo que impone una obligación a todos los órganos públicos de no aplicarla ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares, lo cual vincula, especialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales. Sobre el derecho a la no discriminación dice que: “La discriminación ha asumido hoy un contenido autónomo que trasciende la mera violación del principio de igualdad, para convertirse más bien en la base de regulaciones que construyendo sobre aquel buscan prohibir todo tipo de

discriminaciones, en cualquiera de sus formas, y eliminar las diferencias o acciones dirigidas contra personas o grupos sociales específicos” (2013, p. 61).

A NIVEL INTERNACIONAL

- Rodríguez Canotilho, Mariana (2015) en su Tesis para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, titulada “El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo” presentada en la Universidad de Granada (España), analiza el principio de igualdad y su vinculación con la realidad social y económica, haciendo un importante análisis de la vinculación que tiene el principio de igualdad con los derechos fundamentales, así como precisa que este principio prohíbe el trato distinto para situaciones semejantes, siendo papel del derecho constitucional, impedir las normas públicas que violen el principio de igualdad. Asimismo, agrega que, este principio impone trato diferente para lo diferente, en la justa medida de la diferencia, para lo cual hay que tener en cuenta los sectores de población denominados “sujetos débiles” que requieren una especial protección por sus características particulares, en donde la mención específica a la edad, es un aporte importante del derecho comunitario, aunque la especial protección a los niños y jóvenes ya esté prevista en muchos ordenamientos constitucionales nacionales.

Entre las conclusiones a las que ha arribado, señala que: “... una de las principales conclusiones del análisis del principio de igualdad, tanto en el ámbito jurídico –constitucional nacional, como en el ámbito del Derecho Constitucional de la Unión Europea es que este es un principio construido –y garantizado–, en gran parte, por vía jurisprudencial”. (2015, p. 461)

Sobre el particular agrega que la igualdad requiere un análisis pormenorizado en situaciones concretas; por lo que, la jurisprudencia y los tribunales adquieren un importante papel en

el desarrollo de ese principio, asumiendo un rol fundamental en el control de la arbitrariedad de las clasificaciones y diferencias impuestas por los legisladores, lo cual constituye la expresión práctica del principio de la igualdad formal, ante la ley y en la ley, elemento esencial de las democracias liberales.

- Arias Duque, Liliana Del Socorro (2012), Trabajo de Profundización en Maestría en Derecho Penal, titulado: “Deterioro del Principio de Igualdad en el Derecho Penal Colombiano Actual (análisis de la supresión de beneficios penales y carcelarios en la reciente legislación penal colombiano)”, presentado en la Universidad EAFIT/Escuela de Derecho; dentro de sus bases teóricas señala que el panorama que presenta el Derecho penal reciente, pareciera también estar vinculado estrechamente con una tendencia populista en la política criminal. De esta forma la creación de la ley penal pasa a contener rasgos de populismo punitivo, producto de las ideas de los gobernantes, mas no precisamente de un cambio impulsado desde la sociedad misma. Se le presentan al electorado propuestas penales que se refieren a aspectos sensibles en consideración a hechos particulares, que de alguna manera perturban al conglomerado social, animadas por las expresiones o manifestaciones espontáneas de furor punitivo, regularmente utilizadas por las propias víctimas o quienes más cerca están de ellas.

Refiere, además, que la política criminal contemporánea, defendida por la mayoría de los legisladores, clama pues por medidas rigurosas, agravación de las penas, disminución de subrogados y beneficios, limitación de garantías sustantivas y procesales, en fin, endurecimiento en contra del delincuente. Este modelo punitivo que busca afrontar los problemas sociales con el recurso prioritario al sistema penal “gobernar a través del delito” (*governing through crime*), ha encontrado eco en un gran sector

de la población, convencida de que es el único remedio contra la inseguridad. Así, Muñoz Conde recuerda que según Jakobs, en *el derecho penal del enemigo*, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico.

Asimismo, señala, que la igualdad como principio fundamental es asiento insustituible en la ideología liberal del moderno concepto de Estado Social y Democrático de derecho. La idea de igualdad está siempre relacionada con la justicia. Se reconoce al otro como igual, es decir, merecedor del mismo trato que cada individuo considera merecer. Toda persona es igualmente digna que las otras y por lo tanto debe tener los mismos derechos frente al Estado. Aquí aparece una noción de justicia que corre en paralelo con el principio de igualdad.

Es en tanto que al principio de igualdad le precisa que “El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado Constitucional”. La igualdad empieza a reconocerse a partir de la idea de que todos los hombres y mujeres somos dignos y merecemos un mismo trato. Ese reconocimiento busca superar el concepto de derecho-privilegio de los antiguos regímenes, sin embargo, es importante resaltar que el simple hecho de haberse suprimido el sistema de subordinación personal, no es suficiente para proclamar que se ha eliminado todo criterio discriminatorio frente a la autoridad, frente al control, y predicar que ciertamente todos los hombres y mujeres son iguales ante la ley.

1.2 BASES TEÓRICAS

Vamos a estudiar en esta sección, en primer lugar un acercamiento conceptual a la pena, y a las teorías que existen sobre la determinación de la pena, en la cual se consideran atenuantes, agravantes y otros factores como la responsabilidad restringida.

En segundo lugar, estudiaremos la institución jurídica penal denominada responsabilidad restringida por la edad, para tercero continuar con el estudio de la legislación sobre la materia y cuarto revisar la jurisprudencia nacional relevante en el Perú. Finalmente, estudiaremos el principio constitucional de igualdad ante la ley.

1.2.1 La Pena

La Pena a imponerse a una persona ante la cual se ha roto la presunción de inocencia y se ha comprobado su responsabilidad penal, para muchos es el objeto inmediato del derecho penal. En este sentido, las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia; por lo tanto, no se encuentran informadas por criterios de utilidad social.

La importancia de la pena, radica en el hecho de constituir un instrumento de control social, que comporta injerencias de suma gravedad que va más allá de lo que inicialmente podría indicar su naturaleza jurídica (v.gr. la restricción de los derechos de la persona que acarrea la pena privativa de libertad no se limita a una mera privación de la libertad de desplazamiento, si no se extiende a otros sectores de la vida del sentenciado: debilita sus relaciones familiares, significa una privación de su fuente de trabajo habitual, acarrea una restricción de su derecho a la libertad sexual, etc.) de la misma manera que lo dice el hecho de haberse constatado que sus efectos negativos reales pueden no terminar con la ejecución de la sanción, sino que se puede prolongar como una sombra hacia la nueva vida

del condenado; como ocurre, por ejemplo, cuando se le priva de oportunidades de trabajo por “ haber estado en la cárcel” (AVALOS, 2015).

Esto nos lleva a una comprensión del Derecho penal como fenómeno social, que necesariamente apunta hacia las teorías relativas de la pena, es decir, a aquellas teorías que entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social, lo cual está directamente vinculado a lo que se considera el fin mediano del derecho penal, mantener la paz social con justicia.

En efecto, la pena es un mal necesario al que debe recurrir el sistema de justicia penal, y de las concepciones que se han formulado sobre su finalidad, han predominado el preventivo general, preventivo especial así la teoría de la unión o teoría mixta, sin dejar de considerar la culpabilidad del agente. Nuestro Tribunal Constitucional también ha emitido pronunciamiento sobre esta:

Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. (...) Las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales (STC).

A. Determinación de la Pena

La Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013 reformó radicalmente el proceso de determinación judicial de la pena en nuestro país a partir de la modificatoria de los artículos 45, 45-A y 46 del Código Penal. (AVALOS, 2015)

Considerando que es el Juez el llamado a precisar la pena sin

apartarse de lo que la ley dice al respecto, el legislador ha establecido ciertas reglas que deberán tomarse en consideración al momento de fundamentar e imponer la pena. (VILLA STEIN, 1998)

Estas reglas están contenidas en el artículo 45º del Código Penal, que nos dice lo siguiente:

“Artículo 45. Presupuestos para fundamentar y determinar la pena.

El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta:

- a. Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o la función que ocupe en la sociedad su cultura y sus costumbres.
- b. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependan, así como la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.”.

Los criterios mencionados se complementan necesariamente con las consideraciones precisadas por el Art. 45-A del Código Penal para la individualización de la pena.

“Artículo 45-A. Individualización de la pena.

Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por ley, el

juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

El juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.
2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:
 - a) Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.
 - b) Cuando concurren circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.
 - c) Cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, la pena concreta se determina dentro del tercio superior.
3. Cuando concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:
 - a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;
 - b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y

- c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.

En el sistema de determinación de la pena, los factores intervinientes en la cuantificación de la culpabilidad, se encuentran precisados en las disposiciones legales, lo que no acontecía hace algunos años; de igual forma, el aporte de la doctrina, y jurisprudencia en la individualización de la pena, se ha iniciado recién en las últimas décadas a diferencia de lo acontecido respecto a la teoría del delito, que ha sido abordada extensamente por la doctrina penal.

B. Circunstancias Atenuantes privilegiadas o Causales de disminución de la punibilidad

Como hemos señalado, la determinación judicial de la pena no ha sido objeto de estudios exhaustivos y recién hace unas décadas se han efectuado trabajos en la doctrina y jurisprudencia sobre la misma, asimismo, no existe consenso sobre los conceptos que se deben tener en consideración para determinar judicialmente la pena, tal es el caso de la naturaleza de las previsiones contenidas en los artículos 13,14, 15, 16, 21, 22, 25 del CP, es decir, la disminución de la pena prevista por el legislador, en delitos de comisión por omisión, error de prohibición, error de comprensión culturalmente condicionado, tentativa, eximentes imperfectas, responsabilidad restringida por la edad y complicidad secundaria, esto es, si los mismos son causales de disminución de la punibilidad o son circunstancias atenuantes privilegiadas.

Prado (2015), variando su posición inicial, precisa:

“Que dichos presupuestos no constituyen circunstancias, ya que las circunstancias son externas al delito y estos son intrínsecas a él, acotando, que esos supuestos son causales de disminución de punibilidad, variando su posición inicial, puesto que, antes consideraba que constituían circunstancias atenuantes privilegiadas. Señala que son incorrectas las referencias a una eficacia atenuante para los citados casos, y que es dogmáticamente errada la referencia que realiza el Código Procesal Penal al referirse a estos supuestos”.

Al respecto Mirg Puig señala:

Las circunstancias modificativas son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino sólo su gravedad o cantidad. Aunque las eximentes incompletas afectan al injusto o su imputación personal, sólo determinan una disminución del quantum de gravedad de estos elementos, sin dar lugar a un cambio de delito. (2014, p. 614).

Siendo así, la disminución de la punibilidad por razón del rango etario, constituye una circunstancia de atenuación, conforme se ha citado precedentemente.

En el mismo sentido se pronuncia Oyarce: “Que las circunstancias modificativas sean concebidas como elementos accidentales del delito, no significa que no puedan afectar a alguno de los componentes esenciales del mismo, especialmente las denominadas eximentes incompletas” (2019).

1.2.2 La Responsabilidad Restringida por la Edad

Dentro de esta sección, vamos a estudiar desde el punto de vista doctrinario, a la responsabilidad restringida por la edad, que viene a

constituir nuestra variable independiente del presente trabajo de investigación:

A. Concepto y Características

La responsabilidad restringida es una condición que configura una circunstancia atenuante de carácter privilegiada. El primer párrafo del artículo 22 del Código Penal regula la figura de la responsabilidad restringida o disminuida (exigibilidad parcial), la cual establece que la capacidad de autocontrolarse de ciertos agentes delictivos, como son el joven cuya edad oscila entre los 18 a 20 años de edad y el anciano mayor de 65 años, se encuentra disminuida, “es decir, al sujeto le puede costar más o menos esfuerzo al comportarse de acuerdo a la norma, debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal, lo que lleva a la disminución de la capacidad de culpabilidad, debido a que deba compensarse su menor capacidad de control” (Villavicencio, s.f.).

Ahora bien la modificatoria propuesta por la Comisión de Justicia del Parlamento, exceptúa dicha reducción al momento de la individualización de la pena si se incurrió en forma reiterada en los delitos de Homicidio Culposos (Art. 111, 3er párrafo del CP) y Lesiones Culposas (Art. 124, 4º párrafo del CP), que tenía como supuestos si “el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y cuando sean varias las víctimas del mismo hecho” , ello antes de la modificatoria, no obstante dichas normas también han sido modificadas, cambiando el supuesto en el caso del delito de homicidio culposos, cuyo texto sería el siguiente, en el caso de homicidio culposos el nuevo tercer párrafo establece: “si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre

en proporción mayor de 0.5 gramos–litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos litro en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito”, y en el caso de lesiones culposas el anterior supuesto se mantendría. Como podemos apreciar en dicho párrafo se ha introducido la figura de la reiteración, que alude implícitamente a la institución de la reincidencia, la misma que se fundamenta en que el reincidente (que ha de obrar dolosamente en el afán de volver a delinquir) revela que no ha ejercido efecto sobre él la misión reeducadora que constituye el fin de la pena. En nuestro código penal, tenemos que dicha institución se encuentra regulada por el artículo 46-B: que establece que quien “después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Igual condición tiene quien haya sido condenado por la comisión de faltas dolosas. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si al agente se le indultó o conmutó la pena e incurre en la comisión de nuevo delito doloso, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados.”. De la lectura de la norma se puede inferir que la reincidencia se encuentra explícitamente regulada sólo para delitos y faltas de comisión dolosa. Asimismo, cabe señalar que la figura de la habitualidad, es decir aquella costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, se encuentra regulada por el artículo 46-C del código acotado que refiere “si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate por lo menos de tres hechos

punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. En esta circunstancia, no se computarán los antecedentes penales cancelados”; cómo podemos apreciar, tenemos que nuevamente se regula sólo por la comisión de nuevo delito doloso dentro de 5 años 3 hechos punibles, y en calidad de agravante en la individualización de la pena a imponerse.

B. Fundamentos Doctrinarios que inaplican la Responsabilidad Restringida

La responsabilidad restringida por la edad, se erige en una eximente imperfecta radicada en la categoría culpabilidad, ya que el juicio sobre el particular, debe contemplar dos aspectos, primero que el sujeto debe alcanzar una edad determinada: dieciocho años, y segundo, que el sujeto no debe padecer graves anomalías psíquicas, que eliminen el grado mínimo de capacidad de autodeterminación exigido por nuestro ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, al momento de realizar la infracción, el sujeto debe ser capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme con esa comprensión, por lo que, cuando se cumple 18 años de edad, no se alcanza una madurez inmediata, pues ésta aún se encuentra en proceso, de acuerdo a los factores biológicos –psicológicos propios de su edad, motivo por el cual corresponde la reducción prudencial de la pena; asimismo, luego de los 65 años de edad, existe una disminución de las actividades vitales, que desemboca en una etapa de degeneración de las mismas, motivo suficiente para considerar que la capacidad de culpabilidad debe ser limitada.

Las restricciones o excepciones a la responsabilidad restringida por la edad, que se iniciaron en 1998 y prosiguieron con la última

reforma legislativa del año 2015, están referidas a la comisión de veintiún modalidades delictivas, que pueden calificarse de muy graves. Las mismas se encuentran en el injusto penal: antijuricidad, no en la categoría culpabilidad; lo que afectaría el principio constitucional de igualdad ante la ley.

La doctrina constitucionalista tiene expuesto que se está ante una desigualdad ante la ley cuando ésta, ante dos supuestos de hecho idénticos, trata, de forma distinta, sin ninguna justificación, a diferentes sujetos. Ello se constata a partir de un tratamiento diferenciado que se traduzca en un perjuicio para personas o grupos, que esa diferenciación no está justificada ni atiende a fines legítimos, y que no supera el test de la racionalidad.

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

C. Fundamentos Doctrinarios en contra de la Responsabilidad Restringida

Las excepciones a la responsabilidad restringida contemplada en el artículo 22 del Código Penal, no genera una afectación al derecho a la igualdad, en tanto la exigencia es el trato igual entre iguales admitiendo un trato diferente entre desiguales, por lo que el análisis se debe circunscribir únicamente a determinar si existe una diferencia injustificada de trato en la reducción de la pena, entre agentes de delitos con imputabilidad restringida, por razón del delito cometido. El inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado, garantiza el trato igual entre iguales, y desigual entre desiguales, siendo posible realizar distinciones en base a criterios objetivos y razonables considerando desigualdades de hecho, como instrumento para proteger a quienes deban ser protegidos por circunstancias de mayor o menor fragilidad o desamparo en que se encuentren. En ese sentido, la norma prevista en el artículo 22 del Código Penal cumple dichas exigencias al establecer primero, un tratamiento desigual por razón de la edad del agente, confiriéndole imputabilidad restringida; en segundo lugar otorga la posibilidad del beneficio de la reducción de la pena sólo para aquellos con imputabilidad restringida, con exclusión de la generalidad de agentes, brindando un tratamiento legal diferente y especial, debido a que la pena requerida puede ser en algunos casos menor al mínimo legal; y, en tercer lugar de aquellos que tienen imputabilidad restringida que sean reincidentes, integrantes de organización criminal, y los que hubieren cometido delitos graves y pluriofensivos, los mantiene en el régimen común, constituyendo un trato igualitario con relación a la generalidad de imputados, y uno diferente con relación a otros agentes con imputabilidad restringida que tienen la posibilidad de acceder a la reducción de pena.

1.2.3 Regulación Legal sobre la Responsabilidad Restringida

En esta sección, revisaremos la historia de la responsabilidad restringida en el Código Penal vigente, abordando los diversos cambios legislativos que ha sufrido el artículo 22 del Código acotado, así como dando alcances de legislación comparada sobre la materia.

A. Antecedentes Legislativos en el Perú.

Para un mejor análisis del tema que es materia de investigación, es preciso tener en cuenta el marco legislativo que resulta aplicable en torno a la responsabilidad restringida de personas comprendidas entre los dieciocho y veintiún años de edad. En ese sentido, el Código Penal de 1924, estableció en el artículo 148° disposiciones que atenuaban la pena, respecto a los agentes de más de 18 y menos de 21 años de edad; y, mediante Ley N° 15590 del 20 de agosto de 1965, que reprimió el delito de traición a la patria, se prohíbe la aplicación de dicha atenuación, por consiguiente, este es el primer antecedente de un trato diferenciado en nuestra legislación en el caso que nos ocupa. También es necesario precisar que, como antecedente histórico, el artículo 10° del Decreto Ley 25475, de fecha 5 de mayo de 1992, en el cual se restringe los alcances del artículo 22° del Código Penal para los agentes por delito de terrorismo, norma que conjuntamente con los Decretos Leyes N° 25659, 25708, 25880, fueron objeto de Acción de Inconstitucionalidad, habiendo el Tribunal Constitucional declarado inconstitucional varios artículos, pero no emitió pronunciamiento respecto a dicho dispositivo legal. (Oyarce, 2019, p. 10)

En cuanto al artículo 22° del Código Penal promulgado por Decreto Legislativo N° 635, de acuerdo con su texto original prevenía que cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de

realizarse la infracción, se podría reducir prudencialmente la penaseñalada en la ley, para el cometido; sin embargo, éste artículo fue modificado primero por el artículo único de la Ley N° 27024 y luego reproducido en su parte por la ley N° 29439, publicada el 19 de noviembre del 2009, estableciéndose que queda excluido de la responsabilidad restringida el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición a la patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua.

Luego se ve que la necesidad de generar iniciativas efectivas para afrontar la inseguridad ciudadana ha privilegiado “soluciones penales que son inmediatas, fáciles de implementar y pueden alegarse que ‘funcionan’ con respecto al fin punitivo”. De ahí que uno de los principales cuestionamientos acerca de las políticas públicas que han abordado la criminalidad en la región es el impacto de la punitividad en el control del delito, en donde el incremento de las personas privadas de libertad no ha implicado necesariamente la reducción en las cifras delictivas. Constituye función del Estado elaborar y promulgar normas jurídicas con la finalidad de coadyuvar a una convivencia pacífica en la cual se respete los derechos y libertades de los ciudadanos, por ello se incriminan determinadas acciones que vulneran bienes jurídicos, conminándolas con una determinada consecuencia jurídica.

La Política Criminal tiene una estructura interdisciplinaria, siendo una ciencia jurídica, política y sociológica, por ello, al fijar una pena a una determinada conducta, no se debe obviar tener presente los fines y fundamento de la pena, observando los principios limitadores del derecho penal, así como, los estudios dogmáticos sobre la teoría del delito. De igual forma, debe tener presente el conocimiento científico sobre el surgimiento de la

criminalidad y la lucha contra ella, proporcionados por la criminología, lamentablemente ello no acontece en nuestro país, hace ya varias décadas, el Parlamento viene legislando para contentar los reclamos de la población, la misma que llevada por una sensación de inseguridad reclama sanciones “ejemplarizadoras”, muestra de ello las encontramos en las últimas modificaciones efectuadas al Código Penal, 3 ejemplos:

- a. Artículo 108 B se ha incorporado como circunstancia agravante “9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas”.

Por el contrario, los efectos del alcohol, drogas o sustancias estupefacientes, ya sean estimulantes, depresoras o alucinógenas actúan sobre el sistema nervioso central del cerebro, inhibiendo las vías reguladoras, responsable de la planificación de acciones, autocontrol e inhibición de impulsividad, por ello, esta circunstancia, en la mayoría de los casos es considerada para disminuir la punibilidad del agente, y si el agente dolosamente se coloca en esta situación, consumiendo alcohol o drogas para cometer el delito, sería acreedor a la disminución de la punibilidad por dicha ingesta, en atención al *actio libera in causa*.

Las circunstancias agravantes son accidentales al delito, inciden en el ilícito penal, modificando la responsabilidad del sujeto activo del delito, elevando la sanción a imponer, porque hay un mayor desvalor de la acción o del resultado. Siendo así, no existe sustento para considerar la ingesta de alcohol como una circunstancia agravante, lo que evidencia un desconocimiento de los estudios científicos y dogmáticos penales, demostrando una política criminal deficiente.

- b. Artículo 173 “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua”.

Se legisla con la errónea idea que, incrementando las penas, la incidencia de la comisión de delitos disminuirá, cuando las estadísticas nos demuestran que ello no es cierto. Al imponer una pena tasada se impide que el Juzgador pueda individualizar adecuadamente la pena, teniendo en consideración las circunstancias que han rodeado el evento, así como las condiciones personales del agente. Pondré a consideración 2 supuestos: A con 21 años de edad, mantiene una relación sentimental con su enamorada de 13 años y voluntariamente mantienen relaciones sexuales. B con 21 años de edad intercepta a una menor de 9 años, con engaños la lleva a un lugar apartado y la violenta sexualmente.

Ambos casos se encuentran sancionados con cadena perpetua, a pesar que el desvalor de la acción y del resultado son muy distintos, el juzgador no podría individualizar la pena conforme corresponde, al respecto, es pertinente mencionar lo señalado por Zaffaroni, citado por Mendoza Ayma (2015):

Toda teoría del derecho penal, debe establecer la vinculación del delito con la pena, (...) es la base de la individualización de la pena. Este elemento vinculante es una necesidad y toma el nombre de conexión punitiva, es imprescindible, pues no es ético ni razonable pretender, que el contenido antijurídico de un injusto indique la cantidad de

la pena exacta a imponerse, pues supondría asumir una sociedad robótica con seres ópticamente idénticos e inmutables. (p. 137).

Si bien es cierto, los delitos de feminicidio y violación de menores tienen una alta incidencia en nuestro país y requieren de acciones coordinadas por parte de las instituciones del Estado, resulta sumamente cuestionable que se pretenda “luchar” contra estas conductas delictivas, elevando indiscriminadamente las penas o introduciendo inexistentes circunstancias agravantes, ello es muestra de una inadecuada e inadmisibles política criminal y del ejercicio de un derecho penal simbólico.

c. Restricciones al Artículo 22 del Código Penal.

El citado numeral faculta disminuir la pena a los jóvenes que se encuentran entre 18 y 21 años de edad y a los adultos que superan los 65 años, tiene su fundamento para los primeros, en su falta de experiencia de vida y en que serían más impulsivos, irreflexivos e influenciables y en el caso de los segundos porque sus facultades se encontrarían disminuidas por la senilidad.

Si el legislador considera que existe un menor reproche o menor exigencia para estos agentes, por tener menor capacidad para adecuar su conducta conforme a derecho, entonces no debería efectuar ninguna restricción por la comisión de determinados delitos que revisten mayor gravedad, ya que un supuesto corresponde a la culpabilidad y el otro a la antijuricidad como elementos del delito. Por consiguiente, se advierte que en este caso se ha legislado contrariando los estudios dogmáticos de la teoría del delito, puesto que no debería efectuarse esta restricción teniendo en

consideración la gravedad de los delitos.

La mayoría de la legislación comparada no prevé esta disminución, si el legislador peruano ha considerado incorporarla, no debería efectuar restricción por razón del delito.

Resulta necesario que el Estado desarrolle una política criminal teniendo en consideración estudios de nuestra realidad social, del origen e incidencia de las actividades delictivas, contando con datos estadísticos a fin de poder llevar a cabo estrategias a mediano y largo plazo, con el concurso de instituciones como el Ministerio de Salud, Educación, Mujer y Poblaciones Vulnerables, etc., estructurando una política criminal que nuestro país necesita. En efecto, estas soluciones penales, que seguro fueron pensadas para intimidar a las personas, no han solucionado el foco central de la criminalidad en el país. En una encuesta publicada por IpsosApoyo, se refleja que el 91% de los peruanos considera que las leyes no se respetan en el país, mientras que solo el 7% sí cree que se acatan. Frente a esta situación, el poder ejecutivo y legislativo en vez de hacer un estudio pormenorizado del contexto real de nuestro país, viene publicando diversas leyes que han modificado el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes, leyes que han creado registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana y la criminalidad organizada, encontrándose entre las más recientes las Leyes 30076 y 30077.

Asimismo, esta nueva modificación del tipo de responsabilidad restringida por la edad, obedece sin duda alguna a la crisis en torno a la seguridad pública. Esta crisis, se encuentra relacionada con la seguridad ciudadana, que se

manifiesta, a través del reclamo popular contra la inseguridad que, “en muchos casos se ubica a un mismo nivel o incluso por encima de las principales demandas sociales vinculadas con el empleo, la educación y la seguridad social”.

En otras palabras, con la modificación de este tipo penal, se propone centrar el debate en torno a la definición de un concepto de seguridad en términos coherentes con un derecho penal que tenga por finalidad la disminución de derechos fundamentales, como la libertad, para impulsar el progreso del Estado.

Sin embargo, no es ubicable una ilustración lógica para que se prive a ancianos y jóvenes de la posibilidad de un tratamiento benévolo en la imposición de las penas, tratándose de ciertos delitos. Si tal procedimiento puede aplicarse respecto de otros delitos, no se percibe alguna razón para que no lo sea con relación a los delitos que se consigna (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) con cuanta mayor razón si se advierte que el primer párrafo del artículo trae apenas una autorización al juez y no un mandato.

Así tenemos que raíz de la modificación introducida por el D. Leg. N° 1181 (p. 27-07-15) se incluyó un segundo párrafo a dicho art. 22° del Código Penal, estableciendo que la mencionada RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA no puede ser aplicada al 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,

extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, 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.

En ese sentido, consideramos que el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, que excluye la aplicación de la RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA para determinados delitos, **ameritaría la modificación o derogatoria de dicha norma legal**; toda vez que hemos encontrado que tanto el Juez Penal como la Sala Penal (Casación N°335-2015) han entrado en contradicción en cuanto se refiere a la interpretación jurídica de la mencionada norma. Efectivamente, la Sala Penal de Huaura ha dejado sentado el criterio que siendo una disposición general (art.22° C.P.), debe aplicarse a todos los imputados y no sólo para algunos; de no hacerlo, se afecta el principio-derecho de igualdad garantizado por el artículo 2°, inciso 2, de nuestra Constitución. Por lo tanto, el problema planteado es que existe evidente contradicción normativa (interpretativa) de la norma cuestionada frente al principio derecho de igualdad constitucional; de igual forma existe contradicción con lo previsto en el artículo 46° letra h) del Código Penal referido a las circunstancias atenuantes que debe tener en cuenta el Juzgador al sentenciar, la cual señala lo siguiente: “La edad del imputado en tanto que ella hubiera influido en la conducta punible”. Más aún, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de la República en la Resolución Casatoria N° 335-2015-Santa, aplicando el control difuso, se ha manifestado confirmando la resolución de la mencionada Sala Penal en el sentido que el referido párrafo segundo de la norma acotada resulta inconstitucional. Consecuentemente, no

compartimos el criterio expuesto por el Juez Penal en el sentido de que el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, referido a la exclusión de la responsabilidad penal restringida para imputados que han cometido determinados delitos, debe ser aplicado a raja tabla sin tomar en cuenta el marco de los derechos fundamentales genera peligro en la seguridad jurídica del país.

1.2.4 Jurisprudencia Peruana sobre la Responsabilidad Restringida.

En esta sección, vamos a estudiar los antecedentes jurisprudenciales contradictorios que existen en nuestro país sobre la responsabilidad restringida por la edad.

A. Jurisprudencia que inaplican el segundo párrafo del artículo 22 del Código penal respecto a la Responsabilidad Restringida por la Edad.

- **Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República – Recurso de Nulidad N 124-2020. Lima, de fecha 19 de noviembre del año 2020**, señala que al apreciarse la colisión de una norma penal y una constitucional, es pertinente preferir la norma constitucional e inaplicar la prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal. Por tanto, corresponde la atenuación del *quantum* de la pena impuesta al encausado, al estar dentro de los alcances de la responsabilidad restringida, debido a que los fines resocializadores, preventivos y protectores de la pena deben considerar en mayor medida y relevancia, la minoría relativa de edad del imputado, en salvaguarda de sus derechos fundamentales.
- **La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, ha**

emitido con fecha 3 de abril de 2019, la sentencia de **Revisión N°188- 2018**, en la cual declara fundada la demanda de revisión contra la Ejecutoria Suprema que condenó al autor del delito de terrorismo a 20 años de pena privativa de la libertad, por no haberse efectuado la disminución de la pena por responsabilidad restringida por la edad, imponiéndose una nueva pena, sentando un precedente a fin que puedan revisarse todas las sentencias en las cuales no se ha efectuado dicha atenuación.

- **La Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Permanente**, resolvió el **Recurso de Casación N 1672-2017/Puno, en fecha 18 de octubre de 2018**, seguido en el proceso penal por delito de violación contra la libertad sexual en agravio de menor de edad, en el que, con fecha 30 de julio de 2014 se dictó sentencia condenatoria imponiendo 4 años de pena privativa de la libertad, declarándose inaplicable la restricción contenida en el artículo 22° de Código Penal, la misma que fuera confirmada por la Sala Superior con fecha 27 de noviembre de 2014. Pero al elevarse la sentencia en consulta, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, desaprobó la sentencia que aplicó el control difuso, devueltos los autos, la Sala Penal, con fecha 23 de octubre de 2017, revocó la sentencia de primera instancia e impuso al sentenciado 6 años de pena privativa de la libertad; mediante Recurso de Casación la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundada el recurso casatorio, por vulneración de precepto material y apartamiento de doctrina jurisprudencial, en consecuencia confirmaron la sentencia de primera instancia, en cuanto impuso al encausado 04 años de pena privativa de libertad convertida en doscientos cinco días de prestación de servicios comunitarios, y tratamiento terapéutico, así como el pago de dos mil soles por concepto de

reaparición de civil.

- **Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Consulta Exp. Nro. 1618-2016** publicada el día 07 de diciembre del año 2017, ha Desaprobado una sentencia consultada, con relación a la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, por el delito contra al patrimonio en la modalidad de roboagravado en grado de tentativa, dicha jurisprudencia, constituye Doctrina Jurisprudencial Vinculante, tan solo con relación al segundo párrafo del considerando de la sentencia antes mencionado.
- **Consulta Exp. N 11384-2015 - Huancavelica, publicado el 11 de marzo del año 2016**, que aplicando el Control Constitucional Difuso previsto en el artículo 14 del Texto Único ordenado de la Ley Orgánico del Poder Judicial, inaplica el segundo párrafo del artículo 22 del Código penal por incompatibilidad con el Artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú.
- **La Sala Penal de la Corte Suprema de la República en la Resolución Casatoria N° 335-2015-Santa, aplicando el control difuso**, se ha manifestado confirmando la resolución dela mencionada Sala Penal en el sentido que el referido párrafo segundo de la norma acotada resulta inconstitucional.
- **El Tribunal Constitucional**, en la Sentencia dictada en el **Exp. N° 579-2008-PA/TC.LAMBAYEQUE. CESAR AUGUSTO BECERRALEIVA.**, ha señalado en el fundamento 25 lo siguiente:“ ...En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos

establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

- **Corte Suprema de Justicia Sala Penal Permanente Casación 403-2012 – Lambayeque**, cuyo análisis realizado por los integrantes, se hace referencia que las personas entre 18 y 21 años, que cometen delitos tienen el derecho que se les aplique la responsabilidad restringida por el principio de igualdad constitucional.
- **STC Exp. N°579-2008-PA/TC. Lambayeque**, en el que se tiene como fundamento 125 la aplicación del test de proporcionalidad que afecta un derecho constitucional y la ponderación entre principios constitucionales.

- **Acuerdo Plenario N°04-2008/CJ-116 de la Corte Suprema**
–sobre la inaplicación del 2do. párrafo del artículo 22 del Código Penal.

B. Jurisprudencia que Establece Excepciones a la Responsabilidad Restringida por la Edad, es decir que aplican el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal.

- Consulta N° 1618-2016 Lima Norte, de fecha 16 de agosto del 2016, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y publicada el 7 de diciembre de 2017.
- Acuerdo Plenario N 4-2016/CIJ-116, de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema, de fecha 12 de junio de 2017, publicado el 17 de octubre de 2017, se abordaron las restricciones legales en materia de confesión sincera y responsabilidad restringida por edad, de conformidad con el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que faculta a la Corte Suprema de Justicia, pronunciar resoluciones vinculantes, con la finalidad de concordar y definir criterios jurisprudenciales, al respecto señala que el artículo 22 del Código Penal constituye una causal de disminución de la punibilidad, que se construye desde la estructura del delito, se precisa: “es una eximente imperfecta radicada en la categoría de culpabilidad” (Fundamento 9).
- Consulta N° 700-2011 Junín, de fecha 07 de junio del 2011, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

1.2.5 El Principio de Igualdad ante la Ley

El artículo segundo, inciso segundo de la constitución política del Perú, establece como un derecho fundamental de la persona humana a la igualdad ante la ley, también denominada igualdad formal.

La noción de igualdad, designa a un concepto relacional, no una cualidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones.

El principio de igualdad no es una consecuencia derivada de un previo juicio de igualdad, sino que por el contrario y al menos en el sentido en el que hoy lo entendemos, excluye la posibilidad de tal juicio, en cuanto que afirma a priori la existencia de una igualdad que el Derecho ha de respetar.

El principio de igualdad, no impone, naturalmente, que todos los sujetos de derecho, todos los destinatarios de las normas, tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones, puesto que, las consecuencias jurídicas, obligaciones, facultades o competencias y sanciones penales, para unos determinados sujetos que son diferenciados respecto de quienes no se encuentran en la misma situación y por ello puede decirse, sin exageración alguna, que lo propio del Derecho es establecer diferencias.

Tradicionalmente se viene distinguiendo entre un principio de igualdad formal o igualdad ante la ley, y un principio de igualdad material o real. En la igualdad formal, la igualdad se identifica con generalidad ante la ley, lo que supone que todos se someten igualmente al ordenamiento y todos son titulares de los derechos reconocidos en ese ordenamiento.

A partir de esto surgen las teorías absolutas y relativas sobre la igualdad, que han dado lugar a una serie de subteorías en uno y otro

campo.

Si bien la igualdad ante la ley implica imparcialidad en su aplicación, una interpretación más amplia implica también la sumisión de todos los ciudadanos al mismo marco legal. En una interpretación contemporánea, la exigencia de generalidad implica una prohibición de la arbitrariedad, es decir, la prohibición de creación de distinciones sin una razón justificada o sin fundamento objetivo.

El principio y derecho a la igualdad se proyectan siempre en dos niveles diferentes: la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley, nuestro texto constitucional ha recogido la primera acepción, la cual entendemos dentro de una perspectiva jurídica que, en todos los aspectos relevantes, las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha emitido la Sentencia N° 144 (1988), en la cual se establece que: *“El principio de igualdad que garantiza la Constitución opera en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador o frente al poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”*.

1.3 DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

1.3.1 Responsabilidad Restringida

No puede ser aplicada al 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, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, 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, si bien cierto este tema solo tienen los alcances las personas de las edades antes mencionados, sin embargo con la nueva modificatoria extiende un abanico de delitos en la cual ya no se puede aplicar para algunos casos, perjudicando principios constituciones como la igualdad antes ley.

1.3.2 Principio a la igualdad ante la Ley.

El principio de igualdad ante la ley es el que establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley, sin que existan privilegios ni prerrogativas de sangre o títulos nobiliarios. Principio general del derecho que propugna la igualdad de trato de las personas de manera que ante situaciones iguales se otorgue el mismo trato y en situaciones desiguales se favorezca un trato distinto a las personas. La igualdad puede ser vista desde un punto de vista formal en la regulación de las diferentes cuestiones en las leyes (igualdad en la ley), así como desde un punto de vista material en la aplicación de las mismas (igualdad en la aplicación de la ley).

Al respecto, el inciso segundo del artículo 2° de la Constitución dice: “Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

1.3.3. Principio a la no discriminación.

Respecto al principio de la no discriminación, el Tribunal Constitucional en su calidad de máximo intérprete de la Constitución, ha señalado en el fundamento sexto del Expediente N° 1277-2003-HC/TC: “Finalmente, y con relación a la presunta afectación del derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, es indudable que la igualdad ante la ley no es sólo un principio constitucional, sino también un derecho subjetivo que garantiza el trato igual entre los iguales y el desigual entre los desiguales. En ese sentido, y con objeto de determinar cuándo se está frente a una medida que implica un trato desigual no válido a la luz de la cláusula de la igualdad, la medida diferenciadora no sólo debe sustentarse en una base objetiva, sino, además, encontrarse conforme con el test de razonabilidad. Mediante este test se controla, en primer lugar, si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación; en segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación y, finalmente, se determina si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad”.

1.3.4. La Pena

La pena, -según una de sus primeras concepciones- primero, es un mal que se inflige al delincuente por los perjuicios causados a la víctima; segundo, constituye una retribución; tercero implica una valoración negativa del injusto cometido por el delincuente; y, por último, tiene la finalidad de impedir la reincidencia (HURTADO, 2011) La pena es el recurso que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la "restricción de derechos del responsable". Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales de un sujeto hallado responsable de la comisión de una conducta

punible. La pena está contemplada en la ley y es impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso. El término pena deriva del término en latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo. El Derecho Penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal (lo cual excluye la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua). (GARRIDO, 2007)

1.3.5. Inconstitucionalidad.

Es la acción que se da ante la existencia de un asunto pendiente de resolver -sea ante los tribunales de justicia o en el procedimiento para agotar la vía administrativa- en dónde se considere que una norma al ser aplicada lesiona un derecho es ahí cuando la acción constituye un medio razonable para amparar el derecho considerado lesionado en el asunto principal, de forma que lo resuelto por el Tribunal Constitucional repercuta positiva o negativamente en dicho proceso pendiente de resolver, por cuanto se manifiesta sobre la constitucionalidad de las normas que deberán ser aplicadas en dicho asunto.

1.3.6. Atenuantes de la Pena

Son aquellas circunstancias que, en alguna medida, dan lugar a la reducción de la pena normalmente aplicable. Las leyes penales señalan algunas causas que disminuyen la responsabilidad criminal, pero no la anulan totalmente: la embriaguez no habitual, la de ser el culpable menor de dieciocho años, la de no haber tenido la delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, la de obrar por estímulos o motivos morales altruistas o patrióticos de notoria importancia, etc. Son también circunstancias atenuantes, la reparación en lo posible -a impulsos de arrepentimiento espontáneo- de los efectos o consecuencias del delito, dar satisfacción al ofendido o bien confesar a las autoridades la infracción.(DUTTI, 2012).

1.3.7 Dosificación de la Pena

Está a cargo del órgano jurisdiccional, ya que ésta desarrolla varios supuestos, dentro de los cuales se encuentran: la individualización

judicial de la pena, la dosificación de la pena, de la determinación judicial y de métrica penal, sobre los que se puede afirmar que detrás de todos estos, el sustento básicamente es el mismo. Desde luego, el órgano jurisdiccional tiene como responsabilidad determinar el modo cualitativo y cuantitativo, la sanción penal que se le impondrá al sujeto activo o partícipe de la comisión del ilícito penal.

Cabe destacar que la dosificación resulta ser el proceso por el cual el órgano jurisdiccional determina la sanción punitiva e individualiza a ésta misma, fijando el tiempo en consideración de las circunstancias atenuantes y agravantes, bajo un razonamiento lógico-jurídico.

Asimismo el Juez debe tener en cuenta aspectos relevantes para la dosificación de la pena, éstos aspectos versan acerca de la naturaleza y cantidad, pero aún más que estos aspectos presentes, no debe olvidar la determinación de la proporcionalidad, necesidad y racionalidad que le responde en una relación de causalidad el acto ilícito con la sanción que se le impone, por lo que no se calcula sobre una base matemática, sino, como anteriormente señalado sobre el razonamiento fundado en Derecho del juzgador.

1.3.8. Principio de Proporcionalidad

El autor Yenissey (2016) explica el siguiente significado: El principio de proporcionalidad opera tanto en el momento de creación del derecho por los legisladores, como en el de su aplicación por los jueces o tribunales, e incluso en el momento de ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria. La relevancia del principio de proporcionalidad es mayor en el ámbito de las medidas de seguridad, que en el de las penas. El principio de proporcionalidad implica que la prevención, la determinación, la imposición y la ejecución de la medida se lleven a cabo en función de la peligrosidad criminal del individuo. Además, este principio de proporcionalidad exige que un medio sea, en el caso concreto, idóneo y necesario para

conseguir el fin deseado. Consecuentemente a lo expuesto, el Principio de Proporcionalidad es un criterio básico, que utiliza tanto el legislador como el Juez, no sólo es importante al momento de crear una norma penal sino también en la aplicación de la misma.

Por otro lado, es necesario mencionar que el Principio de Proporcionalidad se encontrará indubitablemente vinculado con los derechos fundamentales, toda vez que este principio viene siendo un artículo Constitucional, por el cual permite que cada ciudadano, que se encuentre inmerso en un proceso penal, pueda cuestionar una actividad arbitraria, o la manifestación de vicios que existen en el proceso, vulnerando el derecho del debido proceso, siendo en el caso concreto, la aplicación de un test de proporcionalidad; ya que en su defecto se materializará una actividad defectuosa e injustificada, que efectúa el operador jurisdiccional, cuyo acto repercute al sujeto activo del ilícito penal, quien es objeto del proceso.(Barnes, 1997).

1.3.9. Inconstitucionalidad de la Responsabilidad Restringida.

Para nadie es un secreto que el Estado por razones de política criminal pretende justificar la existencia del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, sin observar que al hacer ello se transgrede derechos fundamentales que gozan de tutela reforzada como es el de la Igualdad ante la Ley, el cual tiene reconocimiento en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De lo que se puede deducir que no se puede hacer excepciones a la norma, cuando la mismísima Constitución Política del Perú, no hace distinción, muchos menos los dispositivos legales de protección supranacional, consiguientemente el numeral 2 del artículo 22 del Código Penal resulta siendo inconstitucional de pleno derecho.

1.3.10.Principio de la Supremacía Constitucional.

La Constitución de 1993 en el segundo párrafo del artículo 138 considera en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. Se deduce que existe este principio de la supremacía de la Constitución sobre la Ley y, por tanto, sobre todo el ordenamiento jurídico. Es nulo toda norma en su conjunto o en algunos de sus preceptos cuando no está de acuerdo la norma constitucional. Asimismo, todos los poderes públicos particularmente los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial están sujetos a la Constitución. En el país en la administración de justicia, si surge incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de menor rango, el juez está en la obligación de aplicar la norma constitucional, igualmente cuando surge incompatibilidad entre una Ley prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. La supremacía de la Constitución, principio generador de la legalidad y la estabilidad jurídica, encarna la democracia organizada, y entienden que esta idea de la Constitución, ley suprema del país, es propia de la democracia.

1.3.11.La Interpretación Constitucional

La mayoría de los países democráticos tienen una Constitución escrita, es decir, un documento (o un número limitado de documentos), promulgados de una forma especial, donde se contiene la fórmula canónica de la Constitución de ese país. Otras democracias, aunque hasta ahora son pocas, no tiene documento canónico, y su Constitución es básicamente consuetudinaria. Así, por Constitución, entendemos la estructura básica del sistema jurídico y su derecho básico para la creación y aplicación de las normas,

entonces, todo el sistema jurídico tiene una Constitución.

Necesariamente, todos los sistemas jurídicos deben tener por necesidad determinadas reglas o convenciones que determinen las formas en la cuales se hace el Derecho en ese sistema jurídico estable, encontraríamos incluso reglas y convenciones que determinan la estructura de la soberanía, los diferentes órganos del gobierno y las clases de autoridad que tienen.

CAPITULO II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

A raíz de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1181 (p. 27-07-15), se incluyó un segundo párrafo al artículo 22° del Código Penal, estableciendo que la RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA POR LA EDAD, no puede ser aplicada al 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, extorsión, secuestro, robo agravado, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, 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, originando que la responsabilidad restringida se aplique o inaplique solamente para determinados delitos y no para todos en general, lo cual consideramos vulnera varios principios constitucionales, pero en especial el principio de igualdad ante la Ley, situación que está ocasionando que no se pueda consolidar y uniformizar los criterios asumidos en el máximo órgano jurisdiccional y de esta manera coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico de nuestro país.

En ese sentido, buscamos derogar el segundo párrafo del Artículo 22 del Código Penal, puesto que no se logra la armonía en la norma que integra el cuerpo normativo del Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N 635 con el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, situación que está ocasionando que no se pueda consolidar y uniformizar los criterios en los distintos órganos jurisdiccionales, generando inseguridad en el sistema jurídico peruano.

2.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

2.2.1 PROBLEMA GENERAL

¿En qué medida la aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida por la edad, afecta el principio constitucional de igualdad ante la ley?

2.2.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Problema Específico 1:

¿En qué medida la responsabilidad restringida por la edad debe ser aplicada a todos los delitos sin distinción alguna, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano?

Problema Específico 2:

¿Cómo puede ser la edad un factor determinante para aplicar e inaplicar la responsabilidad restringida, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano?.

2.3 OBJETIVOS

2.3.1 Objetivo general

Determinar si la aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida por la edad, afecta el principio constitucional de igualdad ante la ley.

2.3.2 Objetivos específicos

Objetivo Específico 1

Establecer si la responsabilidad restringida por la edad debe ser aplicada a todos los delitos sin distinción alguna, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano.

Objetivo Específico 2

Establecer si la edad es un factor determinante para aplicar o inaplicarla responsabilidad restringida, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano.

2.4 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La justificación de una tesis de posgrado, tiene tres dimensiones o tipos, la justificación teórica, la justificación práctica y la justificación metodológica, dependiendo de la particularidad de cada investigación, la justificación puede ser de los tres tipos, o tan sólo dos o uno de los señalados (Bernal, 2010); en tal sentido, el presente trabajo, se puede justificar desde las tres dimensiones mencionadas, como lo detallamos a continuación.

Desde el punto de vista teórico, el presente trabajo se justifica en la medida que estamos frente a la colisión de dos principios, 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. Son dos valores antagónicos, pues, de un lado, se procura el respeto estricto del principio de legalidad (proscripción de aminoración punitiva), y de otro lado, se vela por el respeto a la dignidad y libertad del imputado.

Desde el punto de vista práctico, este trabajo se justifica por la importancia que tiene el definir el ámbito de influencia de la intervención punitiva del Estado y del derecho a la igualdad de toda persona, que goza de reconocimiento constitucional, por su condición de ser humano; en tal sentido, se apunta a efectuar una propuesta de modificación legal, que esté acorde a la realidad jurídica la misma que se uniformen criterios en el sistema jurídico, prevaleciendo el al marco establecido por la Constitución Política del Perú.

Desde el punto de vista metodológico, el presente trabajo relaciona

causalmente la **Responsabilidad Restringida** con el **Derecho a la Igualdad**, justificándose en la medida que es un punto de partida para estudiar esas dos instituciones jurídicas, ya que como señala Bernal (2010), la justificación metodológica del estudio se da cuando el proyecto que se va a realizar propone un nuevo método o una nueva estrategia para generar conocimiento válido y confiable y brinde un mayor estabilidad en el sistema jurídico peruano.

2.5 HIPÓTESIS

2.5.1 Hipótesis general.

La aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida por la edad, sí afecta el principio constitucional de igualdad ante la Ley.

2.5.2 Hipótesis específicas.

Hipótesis Específica 1:

La responsabilidad restringida por la edad debe ser aplicada a todos los delitos sin distinción alguna, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano.

Hipótesis Específica 2:

La edad es un factor determinante para aplicar e inaplicar la responsabilidad restringida, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano.

2.6 VARIABLES, INDICADORES E ÍNDICES

VARIABLES	INDICADORES	ÍNDICES
INDEPENDIENTE: Responsabilidad restringida por la edad	Aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida por la edad de 18 a 21 años y más de 65 años de edad.	Si/No A veces.
	Aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida en delitos contra la libertad sexual.	Si/No A veces.
	Aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida en delitos de Tráfico Ilícito de Drogas	Si/No A veces.
DEPENDIENTE: Derecho a la Igualdad	La responsabilidad restringida diferenciada en delitos contra la libertad sexual	Si/No A veces.
	La responsabilidad restringida diferenciada en delitos de Tráfico Ilícito de Drogas	Si/No A veces

CAPITULO III. METODOLOGÍA

3.1 TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de estudio de la presente investigación es básico - cualitativo.

Las investigaciones pueden ser básicas o aplicadas, una investigación es de tipo básica, porque está orientada a lograr un nuevo conocimiento de manera sistemática metódica, con el objetivo de ampliar el conocimiento de una nueva realidad, mientras que la investigación es aplicada cuando está orientada a lograr un nuevo conocimiento, destinado a procurar soluciones de problemas prácticos (Alzamora De Los Godos, 2009, p. 13); en tal sentido, por la finalidad de la presente investigación, consideramos que es básica, también denominada, teórica o dogmática, porque busca ampliar el conocimiento sobre la responsabilidad restringida por la edad y la relación causal que tiene con el Principio a la Igualdad ante la Ley.

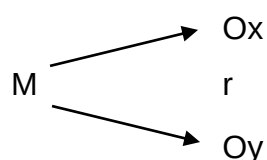
“La investigación cualitativa es una actividad sistemática orientada a la comprensión en profundidad de fenómenos educativos y sociales, a la transformación de prácticas y escenarios socioeducativos, a la toma de decisiones y también hacia el descubrimiento y desarrollo de un cuerpo organizado de conocimientos” (Sandín Esteban, 2003, p. 123).

El diseño del presente trabajo de investigación, es no experimental – transversal - cualitativo.

Al respecto, el diseño es el plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea con el fin de responder al planteamiento del problema. El diseño de investigación es de dos tipos, experimental y no experimental, el cual puede ser a su vez longitudinal o transversal (Hernández, 2014, p. 127-128). De conformidad con lo señalado por el prestigioso investigador mexicano, el diseño de la presente investigación es no experimental – transversal con un enfoque cualitativo - interpretativo. En la interpretación se va a relacionar la variable independiente con la dependiente, es decir se va a analizar

la aplicación diferencia de la responsabilidad restringida y como se relaciona con el principio de igualdad ante la ley. Como ya señalamos es transversal debido a que se estudian las variables en un tiempo determinado y único (Gavagnin, 2009, p. 117). Es no experimental debido a que no se genera ninguna situación, sino que se observan situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente en la investigación por quién la realiza (Hernández, 2014, p. 152).

Esquema.



Donde.

M = Muestra.

Ox = Observación a la Variable

Independiente. Oy = Observación a la
Variable Dependiente.

r = Relación entre las Variables

3.2 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

El Método de Investigación será el Dogmático Jurídico, considerando la clasificación que efectúa el Dr. Carlos Ramos Núñez de los métodos de investigación jurídica, quién nos dice: "Una investigación jurídica - dogmática concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real

que se relacione con la institución o especie legislativa”. Nos agrega, que una tesis inspirada en el método dogmático, visualizará el problema jurídico a la luz de las fuentes formales, que incluye el estudio de las normas legales, la doctrina, el derecho comparado y ocasionalmente la jurisprudencia. (2007, p. 112).

3.3 POBLACIÓN Y MUESTRA

La Población sobre la que se aplicará el estudio, está integrada por un total de dieciocho jurisprudencias (Sentencias) del Poder Judicial del Perú y se ha tomado una muestra de nueve de ellas.

La muestra equivale al 50% de la población, habiendo utilizado un muestreo no paramétrico por conveniencia entre los años 2019 a 2021.

3.4 TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

3.4.1 Técnicas de recolección de datos

La Técnica a utilizar será el análisis documental de Sentencias.

3.4.2 Instrumentos de recolección de datos

El Instrumento elaborado para la presente investigación es la Ficha o Guía de Revisión Documental, que es la que corresponde a la técnica de análisis documental, la cual nos permitirá obtener información pertinente, confiable y segura de las jurisprudencias a analizar; así como la Guía de entrevista que permitirá obtener información de la forma en que aplican los jueces penales dicha institución jurídica, sirviéndonos ambos instrumentos de investigación, para la demostración de las hipótesis y cumplimiento de los objetivos del presente trabajo.

3.5 PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para recolectar los datos, se seguirá el procedimiento siguiente:

- a. Se determinará la muestra a utilizar, es decir las sentencias que se analizarán.
- b. Se organizarán las Sentencias, para descargar su información a través de la Matriz correspondientes.
- c. Revisando cada una de las Sentencias, se descargará en la Fichade Recolección de Datos que aparece como anexo.
- d. Se analizarán los datos utilizando la técnica de la triangulación.
- e. Se sacarán los resultados de los datos analizados, presentándolos en tablas.

3.6 PROCESAMIENTO DE DATOS

El análisis e interpretación de los datos se realizarán empleando la técnica de la triangulación, la cual como nos señalan Charres, Villalaz & Martínez es una técnica y herramienta potente que facilita el uso de múltiples métodos para la articulación y validación de datos a través del cruce de dos o más fuentes. (2018)

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1. TABLAS DE ANÁLISIS CON RESULTADOS

Cuadro N° 01: Resolución Suprema.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N° 1819-2017
SUMILLA
A) En el presente caso, se ha formado convicción acerca de la culpabilidad del procesado, para lo cual ponderaron los medios de prueba recabados en el presente proceso, en consonancia con los agravios expuestos en recurso de nulidad planteado. B) En cuanto a la pena impuesta, se aprecia la colisión de una norma penal con una norma constitucional, por lo que la vía control difuso, es pertinente preferir la norma constitucional e inaplicar la prohibición contenida en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; por tanto, corresponde la atenuación del quantum de la pena impuesta al recurrente. .

***Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República.
Lima, seis de setiembre de dos mil dieciocho.***

Cuadro N° 02: Resolución Suprema.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N° 944-2018
SUMILLA
Responsabilidad restringida por la edad. Corresponde rebajar prudencialmente la pena impuesta si el imputado es menor de veintiún años, pues, aunque comprende la delictuosidad del hecho y es capaz de obrar conforme a esa comprensión, su grado de madurez no le permite ser titular de una capacidad plena para actuar culpablemente.

***Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República.
Lima, cinco de febrero de dos mil diecinueve.***

Cuadro N° 03: Resolución Suprema.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE
RECURSO DE NULIDAD N° 114-2019
SUMILLA
No haber nulidad en la sentencia y haber nulidad en la pena. De autos se corroboró que el impugnante fue quien disparó sobre uno de los agraviados, motivo por el que sus argumentos exculpatorios se desestiman. Por otro lado, respecto a la pena a imponerse, debe revocarse la de la Sala y, reformándola, disminuirla a once años y seis meses, en virtud de la responsabilidad restringida -el impugnante tenía diecinueve años a la fecha de la comisión del hecho- y del mandato de resocialización – inciso 22 del artículo 139 de la Constitución.

***Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República.
Lima, cinco de febrero de dos mil diecinueve.***

Cuadro N° 04: Resolución Suprema.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N° 636-2019
SUMILLA
Posesión de drogas tóxicas para su tráfico ilícito. En este caso se condenó a uno de los recurrentes por el delito de posesión de drogas tóxicas para su tráfico ilícito, decisión que debe ratificarse, pues la prueba actuada y valorada correctamente por la Sala Penal Superior permitió desvirtuar la presunción de inocencia que, como derecho fundamental, le asistía. Sin embargo, en la determinación judicial de la pena, no advirtió que a la fecha de los hechos tenía responsabilidad penal restringida; en consecuencia, le corresponde una reducción de la pena impuesta.

Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, nueve de junio de dos mil veintiuno.

Cuadro N° 05: Sentencia de Casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N° 668-2016
SUMILLA
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 jurisprudencia establecida por la Corte Suprema, por lo que se configuran las causales establecidas en los numerales 3 y 5 del artículo 429 del Código Penal, referido a la falta de aplicación de la Ley penal.

Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República. Lima, cinco de noviembre de dos mil veinte.

Cuadro N° 06: Sentencia de Casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 1662-2017
SUMILLA
Responsabilidad restringida. Para aplicar el efecto atenuante de la responsabilidad restringida, no corresponde demostrar el grado de inmadurez del encausado, basta con acreditar su edad cronológica y que al momento de los hechos, tenía entre 18 y menos de 21 años de edad, como prevé el artículo 22 del Código Penal.

***Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República.
Lima, veintiuno de marzo del dos mil diecinueve.***

Cuadro N° 07: Sentencia de Casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N° 1518-2018
SUMILLA
Responsabilidad restringida por la edad. El primer párrafo, artículo 22, del Código Penal regula la responsabilidad restringida por la edad que es una causal de

disminución de punibilidad, cuya naturaleza intrínseca al delito, produce la disminución de la pena necesariamente por debajo del mínimo legal. Esto siempre en un ámbito discrecional, en el cual el juez debe observar el principio de proporcionalidad y justificar las razones por las que disminuye cierta cantidad de pena.

Por su parte, el segundo párrafo del citado artículo regula un listado de delitos a los que se excluye de la disminución de pena anotada. Sin embargo, en el Acuerdo Plenario N° 4-2016/CJ-116 se estableció como doctrina legal vinculante que las exclusiones contenidas en dicho dispositivo resultan inconstitucionales, por lo que los jueces penales no deben aplicarlas. Por tanto, conforme con el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si los jueces penales deciden apartarse al citado acuerdo plenario, deben motivar adecuadamente su decisión.

***Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República.
Lima, veinte de octubre del dos mil veintiuno.***

Cuadro N° 08: Sentencia de Casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE	
CASACIÓN N° 291-2019	
SUMILLA	
Alcances normativos de la responsabilidad restringida por la edad del autor o partícipe.	
a.	En el artículo 22 se establece una circunstancia atenuante cualificada que incide en el ámbito de la culpabilidad. Se aplica en los casos en que el agente, al momento de cometer el hecho punible, cuenta con una edad mayor de dieciocho y menor de veintiún años o mayor de sesenta y cinco años.
b.	El efecto de atenuación por razón de la edad es aplicable a cualquier persona ubicada en este grupo etario, considerando que

el aún incompleto desarrollo o la disminución de la capacidad de culpabilidad, se verifica en función de las condiciones personales del sujeto, y no de acuerdo a la gravedad general del injustocometido. Por ende, una diferencia legal de trato por razón del delito, atendiendo a consideraciones de prevención general, deviene en discriminatoria.

c. En este supuesto normativo, la reducción de la pena debe realizarse por debajo del mínimo legal de la pena abstracta fijada para el delito de que se trate. Dicha disminución debe ser prudencia. Para ello, se tiene que recurrir ineludiblemente a la aplicación del principio de proporcionalidad de la pena, conforme el artículo VIII del Título Preliminar del Código penal, lo que implica que la pena disminuida a imponer no sea irrazonable, considerando las circunstancias del caso.

***Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República.
Lima, dieciséis de noviembre de dos mil veinte.***

Cuadro N° 09: Sentencia de Casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 2118-2019
SUMILLA
Robo con subsiguiente muerte. Coautoría. Responsabilidad restringida. 1. Uno de los derechos instrumentales que integra la garantía de defensa procesal es el derecho a la prueba pertinente (artículo 139, apartado 14 de la Constitución, desarrollado legalmente por el artículo IX, numeral 1, del Título Preliminar del Código Procesal Penal). Este derecho importa que la parte procesal, en la forma y oportunidad estipulada en la ley, tiene la facultad de solicitar la actuación de medios de prueba pertinentes, conducentes y útiles

(concordancia de los artículos 155, numeral 2, y 352, numeral 5, literal 'b', del Código Procesal Penal). En esta perspectiva, además, en virtud del principio de adquisición procesal, una vez admitidos los medios de prueba éstos pertenecen al proceso, se independizan de quien los propuso.

2. Se cuestiona la subsunción de los hechos en la circunstancia agravante específica de muerte subsiguiente. Es de tener presente, primero, que la violencia física en cuanto medio comisivo, en este caso disparando un arma de fuego, puede ser realizada para anular o quebrantar la resistencia de la víctima o para evitar una resistencia que se esperaba (resistencia anterior o concomitante); segundo, que ésta puede recaer tanto contra el sujeto pasivo del delito (titular del patrimonio afectado) sino también contra un tercero que trate de impedir la sustracción o que pueda oponerse al apoderamiento – violencia que en todo caso hace posible, facilita o asegura el apoderamiento–; y, tercero, que lo fundamental es que la violencia se constituya en un medio para lograr el apoderamiento, ha de haber una conexión instrumental, y ésta puede aflorar cuando el o los delincuentes se encontraban en pleno proceso apoderativo, esto es, antes, durante o después de la aprehensión material de las cosas. No importa sobre quién recae la violencia; puede ser un tercero que trata de impedir la sustracción o, incluso, basta que se trate de una persona de la que el sujeto activo espere, fundadamente o no, que se puede oponer al desapoderamiento, pues lo decisivo es, únicamente, que esa violencia personal constituya un medio de realización del acto de apoderamiento de la cosa.

3. Este Tribunal Supremo ha dejado sentado la necesaria aplicación del artículo 22 del Código Penal, sin exclusiones, a todos los jóvenes que delinquen mayores de dieciocho y menores de veintiún años de edad. Se trata, como es de insistir, de la aplicación directa del principio-derecho de igualdad y de la regla de disminución de la

culpabilidad en atención al menor desarrollo biológico, intelectual y moral del joven delincuente –en cuya virtud los actos que realizan no pueden ser observados y valorados de la misma manera que los actos de una persona madura– sin que a ello afecte la entidad del injusto perpetrado.

Fuente: Corte Suprema de Justicia de la República.

Lima, veintinueve de setiembre de dos mil veintiuno.

CAPÍTULO V. DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 DISCUSIÓN

El segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal exceptúa de los beneficios de la responsabilidad restringida a los agentes que cometan los delitos 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 con pena privativa de libertad no menos de veinticinco años o cadena perpetua.

Esta prohibición, evidentemente excluyente, constituye un trato diferenciado entre aquellos que cometen ilícitos penales no previstos en dicho párrafo respecto de aquellos que cometen alguno de los delitos enlistados, lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, precepto constitucional que establece que nadie puede ser discriminado por motivo de su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Sin embargo, Jueces Penales vienen aun aplicando esta prohibición, mientras otros vienen inaplicando la misma vía control difuso, al ser competencia exclusiva suya de los jueces ordinarios; razón por la cual, persisten los pronunciamientos de la Corte Suprema vía Casación para los primeros y vía Consulta para los segundos.

He ahí el problema que abordamos con la presente investigación, pues, muy a pesar de que esta situación problemática se abordó por el pleno de las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, del 12 de junio del 2017, donde se estableció en su fundamento once, que los jueces penales están plenamente habilitados a pronunciarse respecto de la

inaplicación del segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, si estimasen que dicha norma constituyese una evidente y palmaria discriminación que impidiera un resultado jurídico legítimo; sin embargo, muchos de estos aun vienen aplicando dicha prohibición.

Es que, en efecto, la disminución de la pena por razón de la edad se fundamenta en la capacidad penal del agente, y no en las características y gravedad del injusto penal, como lo entendió el legislador. Es por ello que, lo que en el citado acuerdo plenario se estipuló como doctrina legal vinculante, por lo que no debía ser aplicada, para lo cual los jueces penales cuentan con la facultad de control difuso sobre las normas.

Teniendo conocimiento del contexto, partamos en principio de lo siguiente, el artículo 22 del Código Penal se erige en una eximente imperfecta, la que radica en la categoría de la culpabilidad. Así, se debe comprender que, el primer elemento sobre el que descansa el juicio de culpabilidad es la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, que no es otra cosa que la condición previa e indispensable de la culpabilidad, la misma que tiene dos ámbitos: a) El sujeto debe contar con una edad determinada: dieciocho años; y, b) El sujeto no debe padecer graves anomalías psíquicas, pues de lo contrario, esto eliminaría el grado mínimo de capacidad necesaria para la autodeterminación requerida por nuestro ordenamiento jurídico.

Entonces, se comprende que no todo transgresor de la ley penal, que cuente con más de dieciocho años, necesariamente cuenta con una capacidad plena para actuar culpablemente, porque es evidente que su proceso de madurez aún no ha terminado; por lo que, no tiene capacidad plena de culpabilidad.

De modo que, el quantum de la pena a disminuir debe enmarcarse al principio de proporcionalidad de la pena y a su función preventiva, protectora y resocializadora; puesto que, exponer a un recién adulto - mayor de dieciocho años - al proceso desocializador de la cárcel es en sobremanera contradictorio con los fines de la pena. En tal sentido, si

la pena individualizada para un agente primario que presenta un supuesto derresponsabilidad restringida es de por sí grave, prolongar su estadía en unacárcel en nada coadyuva a evitar su reincidencia. Consecuentemente, esta causal de disminución de la punibilidad –eximente imperfecta– incide en el ámbito de la culpabilidad como categoría del delito, encontrando su fundamento en la capacidad relativa del sujeto de comprender el injusto de su proceder, 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 cometer un ilícito penal, corresponde la reducción prudencial de la pena en favor de éste.

Contrario a lo precedente, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, regula restricciones relacionadas a modalidades delictivas que se encuentran vinculadas a la antijuricidad de la conducta, ello debido a que toma en cuenta la gravedad del hecho delictivo y la afectación que éste genere a los bienes jurídicos de especial relevancia; por lo tanto, dicha regulación no se condice con la naturaleza del primer párrafo del mismo articulado y su aplicación inevitablemente afecta 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 mayores de dieciocho y menores de veintiún años que cometan un delito no excluido, con respecto de aquellos en el mismo rango de edad que no se les aplicará tal disminución de la pena.

Al respecto, el Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC, ha señalado, con relación al derecho de igualdad ante la ley, que la diferenciación está constitucionalmente admitida o permitida, 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 prohibida constitucionalmente.

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 el incompleto desarrollo de las actividades vitales de una persona en razón de su edad -culpabilidad-.

Lo anterior implica, en salvaguarda del principio a la igualdad – previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política– que, como derecho público subjetivo, toda desigualdad debe tener su origen en un hecho y, consecuentemente, toda diferencia legal de tratamiento no justificado deviene en discriminatoria. Por tanto, las exclusiones establecidas en el artículo 22 del Código Penal implican una discriminación no autorizada constitucionalmente, pues la exclusión generada con base en la gravedad del hecho es un factor que incide o que se da con relación a la entidad, importancia, relevancia social y forma de ataque al bien jurídico vulnerado, mientras que la culpabilidad por el hecho recae en factores individuales concretos, como quién cometió el ilícito penal, al margen del hecho cometido.

Este criterio de aplicación de la responsabilidad restringida fue ratificado através de la doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de Justicia, pronunciamiento tale como: Sentencias de Casación N° 1057- 2017/Cusco, del veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho, N° 1672- 2017/Puno, del dieciocho de octubre de dos mil dieciocho y N° 214-2018/Del Santa, del ocho de noviembre de dos mil dieciocho. En estas decisiones está asentado el supuesto de que la sola constatación de la edad del imputado –entre 18 y menos de 21

años-, al momento de la comisión del hecho delictuoso, configura de todas formas como responsabilidad restringida por la edad, lo cual califica como un factor de atenuación privilegiada en la determinación de la pena.

Esta línea hermenéutica se ha seguido en las Sentencias de Casación N° 1057-2017/Cusco, del 27 de septiembre del 2018, N° 1672-2017/Puno, del 18 de octubre del 2018, N° 214/2018/Santa, del 08 de noviembre del 2018, N° 1662-2017/Lambayeque, del 21 de marzo del 2019, N° 352- 2018/Lambayeque, del 13 de junio de 2019 y N° 321-2018/Cusco, del 19 de junio del 2019.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, fue objeto de control difuso por los jueces especializados en lo penal, con base en el segundo apartado del artículo 138 de la Constitución Política, quienes en numerosos casos inaplicaron dicha exclusión discriminatoria. De tal forma que, aun cuando el agente activo cometió alguno o varios de los delitos enlistados, se le aplicó a éste la disminución de pena regulada en el primer párrafo del citado artículo; decisión tomada con base en el criterio de, hacerlo contrario supondría admitir una diferencia de trato no justificada constitucionalmente respecto de personas que se encuentran en una misma situación particular, quienes han sido procesados por ilícitos penales contando con la edad oscilante entre dieciocho y veintiún años.

Empero, diametralmente opuesto, muchos otros pronunciamientos fueron los que declararon que era aplicable el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, al sostener que no se apreciaba un trato discriminatorio, al considerar que los delitos a los cuales se hace referencia en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, debían ser diferenciados por la ley penal, a fin de imponer una pena mucho más grave, en razón a los hechos y la gravedad intrínseca a la propia naturaleza del ilícito penal cometido.

Entre estos pronunciamientos, encontramos las citadas en las Consultas N° 1197-2011/Junín, N° 7939-2015/Lambayeque y N°

1618-2016/LimaNorte, del 08 de septiembre de 2011, 11 de marzo del 2016 y del 16 de agosto del 2016, respectivamente.

Aquí desemboca el problema, persiste la aplicación de la exclusión del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal por parte de los Jueces Penales de los diferentes Distritos Judiciales del Poder Judicial, lo que conlleva a tener diversos pronunciamientos que deben ser recurridos ante instancias superiores, inclusive hasta la Corte Suprema de Justicia, vulnerando el derecho a la igualdad reconocido constitucionalmente.

5.2 CONCLUSIONES

Primero:

El segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal regula la exclusión del beneficio de disminución de pena 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 previsto en los artículos 1112, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo.

Segundo:

La exclusión que precisa el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal constituye una evidente discriminación que vulnera el derecho a la igualdad reconocido constitucionalmente.

Tercero:

Los adultos que tienen edad entre dieciocho y veintiún años no cuentan con el desarrollo psicofisiológico completo, para ser cualificados como sujetos con capacidad plena para responder culpablemente en todos los extremos por los hechos ilícitos cometidos.

Cuarto:

Mediante Acuerdo Plenario N° 04-2008/CJ-116, del 12 de junio del 2017, se estableció que, la exclusión prevista en el segundo párrafo del artículo

22 del Código Penal es discriminatoria, razón por la cual, los Jueces Penales deben proceder conforme su potestad de control difuso sobre las normas e inaplicar el referido párrafo cuando así lo considerasen.

Quinto:

A pesar de los reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de

Justicia, los Jueces Penales de los diversos Distritos Judiciales del Poder Judicial aun vienen aplicando el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, lo que conlleva a recurrir estos pronunciamientos ante las instancias superiores, incluyendo a la Corte Suprema de Justicia.

Sexto:

La aplicación de la exclusión discriminatoria inconstitucional que vulnera el derecho a la igualdad genera perjuicio en aquellos que deben ser tratados como iguales y ser beneficiados con penas más benignas en razón de su edad.

Sétimo:

De todo el estudio realizado, se ha establecido como conclusión general que, la aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida por la edad, prevista en el Artículo 22 del Código Penal, si afecta el principio constitucional de igualdad ante la ley.

5.3 RECOMENDACIONES

Primero:

Se derogue el párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, conforme al proyecto de ley que se adjunta como anexo 02.

Segundo:

La Escuela de Posgrado de la UCP fomente Cursos de Especialización y/o Diplomaturas, que promuevan la especialización en el Derecho Procesal Penal.

Tercero:

La oficina de la Academia de la Magistratura sede Iquitos, promueva conferencias y/o seminarios de difusión de jurisprudencia vinculante en materia penal y procesal penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALZAMORA DE LOS GODOS, L., CALDERÓN, J. y DEL AGUILA, E. (2009) *Guía de Elaboración de Proyectos de Tesis Doctoral*. Lima: Universidad Alas Peruanas – Vicerrectorado de Investigación y Postgrado.
- ARANÍBAR, S. (2017) *Exclusión del beneficio de responsabilidad restringida para procesados de 18 a 21 años de edad que han sido sentenciados en su adolescencia por infracción a la ley penal; distrito de Callería - Coronel Portillo, 2015-2016*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Pucallpa – Perú. Disponible en: <http://repositorio.unheval.edu.pe/handle/UNHEVAL/2942>.
- AVALOS, C. (2015). *Determinación Judicial de la Pena - Nuevos criterios*. Lima - Perú: El Búho, E.I.R.L.
- BERNAL, C. (2010). *Metodología de la Investigación*. Colombia: Editorial Pearson, tercera edición.
- DIARIO OFICIAL EL PERUANO (07-12-2017) *Consulta Exp. 1618-2016 Lima Norte*. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, con fecha 16-08-2016, absolvió la consulta planteada. Disponible en: <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/EXP1618-2016-LN.pdf>.
- DUTTI, A. (2012). *Clínica Jurídica II*. Calabozo: UNE Rómulo Gallegos.
- GARRIDO MONTT, M. (2007). *Derecho Penal*. Chile: Editorial Jurídica de Chile (4 tomos) (cuarta edición).
- GAVAGNIN TAFFAREL, Osvaldo. (2009). *La Creación del Conocimiento. Plan y Elaboración de una Tesis de Post Grado*. Lima: Editorial Unión.
- GUTIÉRREZ TICSE, Gustavo (2016) *La independencia en el ejercicio de*

la función jurisdiccional, en el libro *La Constitución Política del Perú*. Lima.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, R. (2014) *Metodología de la Investigación*. México: Editorial McGraw-Hill/Interamericana Editores. Sexta Edición.

HURTADO POZO, J. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima - Perú: Tomo I. Editorial IDEMSA. Cuarta Edición.

LLAMACURI, M. (2018) *Determinación de la pena conforme la Ley N° 30076, que incorporó el artículo 45-A en el Código Penal. Corte Superior de Lima – 2017*. Tesis para el grado de Maestro en Derecho Penal y Procesal Penal, en la Universidad César Vallejo. Lima – Perú. Disponible en: <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/20742>.

OYARCE DELGADO, Jeannette (2019) *Responsabilidad Restringida por la Edad en la Comisión de Delitos Graves y la Jurisprudencia de las Salas de la Corte Suprema*. Universidad de san Martín de Porres, Lima-Perú.

RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2007). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica, 4ta edición revisada y aumentada.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2016) *Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española*. Disponible en: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E152500>.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2017) *Diccionario de la Lengua Española*. Disponible en: <http://dle.rae.es/>.

RODRÍGUEZ, M. (2015) *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Tesis para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas, en la Universidad de Granada. España. Disponible en: <http://digibug.ugr.es/handle/10481/41149>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2003) *Sentencia Exp. N° 1277-2003-HC/TC – Lima*. Disponible en:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01277-2003-HC.html>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008) *Sentencia Exp. N° 579-2008-PA/TC – Lambayeque*. Disponible en:
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>.

VALDEZ, R. (2013) *El derecho a la igualdad y la no discriminación de género en la selección de personal en el ámbito laboral del Perú*. Tesis para optar el grado de Magister en Derecho de la Empresa, en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú. Disponible en:
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5248/VALDEZ_HUMBSER_ROCIO_DERECHO_IGUALDAD.pdf?sequence=1.

VILLA STEIN, Javier. (1998). *Derecho Penal - Parte General*. Lima-Perú: Editorial San Marcos.

VILLAVICENCIO, Felipe. (s.f.). *Derecho Penal - Parte General*. Lima-Perú: Editorial Grijley.

ANEXOS

Anexo N° 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: “VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR LA APLICACIÓN O INAPLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

RESTRINGIDA, IQUITOS 2019 - 2021”

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
Problema General ¿En qué medida la aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida por la edad, afecta el principio constitucional de igualdad ante la ley? Problemas Específicos • ¿En qué medida la responsabilidad restringida por la edad debe ser aplicada a todos los delitos sin distinción alguna, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano?	Objetivo General Determinar si la aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida por la edad, afecta el principio constitucional de igualdad ante la ley. Objetivos Específicos • Establecer si la responsabilidad Restringida por la edad debe ser aplicada a todos los delitos sin distinción alguna, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico	Hipótesis La aplicación e inaplicación de la responsabilidad restringida por la edad, afecta el principio constitucional de igualdad ante la ley. Hipótesis Específicas • La responsabilidad restringida por la edad debe ser aplicada a todos los delitos sin distinción alguna, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano.	Variable X Responsabilidad restringida por la edad Indicadores R.R. aplicada igual a todo delito. R.R. no se aplica en algunos delitos. Delitos en que no se aplica la R.R. Variable Y Principio de igualdad ante la ley Indicadores	• El tipo de estudio es básico - cualitativo • El diseño es no experimental –transversal. • El Método de Investigación es el Dogmático Jurídico. • La población la constituyen 18 sentencias sobre la responsabilidad restringida, siendo la muestra obtenida por conveniencia el 50% de la población. • La Técnica a utilizar será el análisis documental, mientras que el Instrumento

• ¿Cómo puede ser la edad un factor determinante para aplicar la responsabilidad restringida, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano?	peruano. • Establecer si la edad es un factor determinante para aplicar e inaplicar la responsabilidad restringida, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano.	• La edad es un factor determinante para aplicar e inaplicar la responsabilidad restringida, a fin de consolidar y uniformizar criterios y poder coadyuvar a la predictibilidad y seguridad del sistema jurídico peruano.	Fundamento de la igualdad en R.R.	de investigación será la Ficha o guía de revisión documental.
--	---	---	--	--

ANEXO 02

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 22 SEGUNDO PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL “VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD POR LA APLICACIÓN O INAPLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD RESTRINGIDA, IQUITOS 2019 -2021”

Artículo 1°. – Objeto de la Ley.

El objeto de la presente Ley es restablecer el derecho a la igualdad de todo procesado penalmente entre dieciocho y veintiún años, quienes no pueden ser discriminados por el tipo penal cometido o la grave consecuencia de su comisión frente a los bienes jurídicos protegidos; en virtud de que, el derecho a la igualdad reconocido constitucionalmente prima sobre todo trato discriminatorio que no se ampare en razones debidamente sustentadas que generen beneficios en favor de aquellos que sean discriminados.

Artículo 2°. – Derogación del segundo párrafo del artículo 22 del Decreto Legislativo N° 635 “Código Penal”.

Derógase el segundo párrafo del artículo 22 del Decreto Legislativo N° 635 “Código Penal”.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

ÚNICA. - Vigencia de la Ley.

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

ANEXO 03

FICHA DE REVISIÓN DOCUMENTAL

I. IDENTIFICACIÓN DE LA UNIDAD DE ESTUDIO:

II. IDENTIFICACIÓN DEL OBSERVADOR:

III. ÍTEMS DE OBSERVACIÓN:

3.1. Título:

3.2. Autor:

3.3. Fecha de publicación:

3.4. Editorial o fuente:

3.5. Páginas:

3.6. Contenido:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....