



ANEXO DE CASOS

CURSO

**“PROBLEMAS DE LEGITIMACION DEL
DERECHO PENAL Y ESTADO DE LA CUESTION
EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE SUPREMA”**

UNIDAD I: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

STC. Exp. N° 008-2012-PI/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
00008-2012-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 12 de diciembre de 2012

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el Congreso de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N.° 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad.

Magistrados firmantes:

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

SUMARIO

I. ASUNTO

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

III. ANTECEDENTES

- §1. Argumentos de la demanda
- §2. Argumentos de la contestación de la demanda
- §3. Argumentos del *amicus curiae* Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNPFA) y Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)
- §4. Informe de la Defensoría del Pueblo (Informe de Adjuntía N.º 020-2012-ANA/DP)
- §5. Escrito presentado por Women's Link Worldwide

IV. FUNDAMENTOS

- §1. Delimitación del petitorio
- §2. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal en cuanto protege la *indemnidad sexual* de los menores de 14 años y menos de 18 y hace irrelevante su consentimiento
 - Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental
 - Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental
 - Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada
 - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?
 - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?
 - El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?
- §3. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal que cambia el contenido normativo establecido por el legislador penal y límites de la jurisdicción en la interpretación de la ley penal
 - 3.1. Discrecionalidad judicial limitada por la Constitución y en especial por el principio de legalidad penal
 - 3.2. Opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de edad entre 14 años a menos de 18. ¿Decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva?



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

3.3. La opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18 ¿Es conforme con la Constitución?

§4. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto de los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad

- Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental
- Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental

§5. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto del derecho a la igualdad

§6. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

V. FALLO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de diciembre de 2012, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Vergara Gotelli y Calle Hayen, que se agregan

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1º de la Ley N.º 28704 que modifica el artículo 173º, inciso 3º, del Código Penal, publicado con fecha 5 de abril de 2006 en el diario oficial *El Peruano*.

II. DISPOSICIÓN CUESTIONADA

El artículo 1º de la Ley N.º 28704 establece lo siguiente:

Modifícase los artículos (...) 173 (...) del Código Penal, cuyo texto en lo sucesivo será el siguiente:

(...)

Artículo 173.- Violación sexual de menor de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

(...)

3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.

(...)

III. ANTECEDENTES

§1. Argumentos de la demanda

Con fecha 3 de abril de 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la ley 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, de acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como la interdicción de la arbitrariedad en materia penal (*última ratio* en la aplicación del derecho penal) y la protección preferente del interés superior de los niños y los adolescentes.

En general, solicitan que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de la citada disposición y que por consiguiente, deje sin efecto la penalización de todo acto sexual consentido ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18 años, pues dicha penalización atenta contra:

i) El derecho al *libre desarrollo de la personalidad* y, dentro de su amplio contenido, específicamente el despliegue, la exploración y el ejercicio de la propia sexualidad (derechos sexuales), que integra su contenido protegido, pues dicha regulación no supera el test de proporcionalidad al derogar los derechos sexuales de los adolescentes estableciendo penas irrazonables.

ii) El derecho de *no ser privado de información* que permita el ejercicio responsable y saludable de la sexualidad y reproducción de los adolescentes (maternidad y paternidad responsable).

iii) El *derecho a la salud* (sexual y reproductiva), así como los derechos de *intimidad y vida privada* de los adolescentes, pues al penalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a establecimientos de salud para solicitar información sobre enfermedades de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como la atención oportuna en caso de gestación temprana y de infecciones por contagio sexual, lo que, según refieren, no sólo genera la inconstitucionalidad en abstracto, sino sobre la "norma inconstitucional viva" (sic), y además, la inconstitucionalidad normativa se ve confirmada con el análisis objetivo de su aplicación, lo que podría implicar incluso que se establezca un "estado de cosas inconstitucional".

iv) El *derecho de igualdad y a no ser discriminado*, pues la norma cuestionada establece una regulación carente de razonabilidad cuando diferencia entre adolescentes, adolescentes mayores de dieciocho años y adultos en general que deciden ejercer su sexualidad con libertad, no superando así el test de igualdad, pues existen medidas que sin penalizar la sexualidad ejercida libremente promueven su exploración saludable, así como su ejercicio responsable e informado.

v) El *principio de interés superior del niño y el adolescente* que genera diversos mandatos para el Estado y que éste viene incumpliendo sistemáticamente.

vi) Finalmente, alegan que se contraviene el principio de lesividad, de proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del derecho penal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

§2. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 12 de junio de 2012 don Jorge Campana Ríos, debidamente apersonado como apoderado del Congreso de la República, contesta la demanda solicitando que se la declare INFUNDADA sosteniendo que no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, tampoco directa o indirectamente.

Asimismo, solicita que se tenga en consideración que la parte demandante admite que existe al menos una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme con la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio* e *indubio pro legislatore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional.

Señala además que la solicitud de expulsión del ordenamiento de la disposición penal impugnada no es congruente con lo señalado en uno de los extremos de la demanda. En efecto la parte demandante señala, expresamente, que “*es constitucionalmente legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, más aún si se tratan de adolescentes*” (p.9), lo cual significa que existe una especial preocupación para que se sancione con más severidad las violaciones sexuales contra adolescentes, y que si se expulsa la disposición penal impugnada del ordenamiento, lo que va a ocurrir es que para tales casos se tendrá que aplicar los tipos penales establecidos para la violación sexual de mayores, los cuales contemplan sanciones menos severas.

§3. Argumentos de los *amicus curiae* Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas (UNPFA) y Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)

En su escrito de fecha 4 de julio de 2012, dichas instituciones apoyan la inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N.º 28704, en el extremo que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal pues estiman que vulnera los derechos a la libertad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, igualdad y los derechos sexuales y reproductivos de los y las adolescentes (sic).

Refieren además que la norma cuestionada tipifica como delito de violación las relaciones sexuales libres y voluntarias (sin coacción o engaño) en las que participe una persona mayor de 14 y menor de 18 años. De este modo –sostienen– se estableció el límite de la indemnidad sexual en los 18 años, es decir, “la norma considera a los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

adolescentes entre los 14 y 18 años como incapaces de comprender el acto sexual y disponer de su realización, por lo que su consentimiento carece de valor.”

Asimismo, mencionan que una de las consecuencias de la norma impugnada es que, “por ejemplo, cuando una menor de edad sale embarazada acude a una posta médica, hospital o clínica para atenderse de cualquier problema, el médico debe denunciar el hecho a las autoridades, motivando que la pareja de la menor – independientemente de su edad o su relación afectiva con ella– sea denunciado y detenido. De esta manera, la norma cuestionada tiene como efecto inhibir a los y las adolescentes de acudir a los establecimientos de salud para solicitar información, prevención y tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual, métodos anticonceptivos y planificación familiar”.

§4. Argumentos de la Defensoría del Pueblo (Informe de Adjuntía N.º 020-2012-ANA/DP)

En el informe presentado con fecha 11 de julio de 2012, la Defensoría del Pueblo opina que el inciso 3) del artículo 173º del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, es inconstitucional por las siguientes razones: *a)* desconoce a los y las adolescentes como sujetos de derecho, contraviniendo la Constitución y la Convención sobre los derechos del niño; *b)* vulnera el derecho a la salud sexual y reproductiva, porque constituye una barrera para que los y las adolescentes puedan acceder a tratamientos destinados a evitar el embarazo adolescente y prevenir infecciones de transmisión sexual (ITS); *c)* vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues impide que los y las adolescentes puedan ejercer su sexualidad ignorando que ésta es un componente integral de la salud de todo ser humano; y, *d)* vulnera el derecho a la intimidad de los y las adolescentes porque implica una intromisión en el ámbito de su privacidad.

§5. Escrito presentado por Women's Link Worldwide

Con fecha 9 de agosto de 2012, la organización no gubernamental sin ánimo de lucro Women's Link Worldwide presenta un escrito en el que apoya la demanda de inconstitucionalidad de autos y expone argumentos que, según refiere, desde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado, coadyuvarán en el análisis del caso.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare inconstitucional el artículo 1º de la Ley N.º 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, en la medida



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

en que modifica los delitos de violación sexual de menor, estableciendo lo siguiente *“Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años”*.

2. Los demandantes alegan que dicha disposición penal vulnera los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a no ser privado de información, a la salud (sexual y reproductiva), a la igualdad y a no ser discriminado, y el principio de interés superior del niño y el adolescente, en la medida en que se sanciona a los adolescentes de 14 a 18 años que tienen relaciones sexuales pese al consentimiento de estos. Finalmente, alegan que la aludida disposición también contraviene el principio de lesividad, proporcionalidad y finalidad de las penas, así como el carácter subsidiario del derecho penal.
3. Atendiendo a la materia controvertida en el presente caso, es necesario precisar que en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha establecido que en todo precepto legal se puede distinguir entre *disposición* y *norma*. La *disposición* es “el texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal”, mientras que la *norma* es “el contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella” [Cfr. Expediente N.º 00010-2002-AI/TC FJ 34].
4. Tomando en consideración los argumentos expresados por las partes, se desprende que son dos los sentidos interpretativos que se le puede atribuir a una misma disposición como es el citado artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704: el primero, que refleja la voluntad del legislador penal y al que se refieren los demandantes, que denominaremos *sentido interpretativo 1* (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), considera que dicha disposición penal es incompatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la *indemnidad sexual* de los menores de edad entre 14 años a menos de 18, asume que no están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que por ello su consentimiento es irrelevante.

El segundo sentido interpretativo, propuesto por el demandado, recogiendo acuerdos plenarios de la jurisdicción penal, que denominaremos *sentido interpretativo 2* (*si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*), considera que dicha disposición es compatible con la Constitución, toda vez que al buscar proteger la *libertad sexual* de los menores de 14 a 18 años de edad, asume que están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, el consentimiento de dichos menores es relevante, siendo de aplicación el artículo 20º, inciso 10), del Código Penal, que exime de responsabilidad penal a quien actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

5. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que su labor de control en el presente caso debe realizarse mediante el siguiente *iter*: i) verificar si el sentido interpretativo 1 de la disposición penal impugnada es compatible o no con la Norma Fundamental. De considerarse compatible, la demanda deberá ser desestimada; ii) si se considera incompatible el sentido interpretativo 1, antes de declarar la inconstitucionalidad de dicha disposición y expulsarla del ordenamiento jurídico, deberá analizarse el sentido interpretativo 2 de la misma disposición penal, tal como lo exige la Segunda Disposición Final de la Ley N.º 28301, Orgánica del Tribunal Constitucional, a efectos de verificar si éste resulta conforme con la Constitución y la salva de su declaratoria de inconstitucional; y, iii) si el mencionado sentido interpretativo 2 no resulta conforme con la Norma Fundamental, entonces deberá declararse la inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

§2. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal en cuanto protege la *indemnidad sexual* de los menores de 14 años y menos de 18, y hace irrelevante su consentimiento

6. Corresponde examinar el *sentido interpretativo 1*, el que, como se ha mencionado, refleja la intención del legislador penal. Conforme a dicha interpretación (*si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*), el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, es inconstitucional por vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que al buscar proteger la *indemnidad sexual* de los menores de 14 a 18 años de edad, asume que estos, en ningún caso, están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que, por ello, su consentimiento es irrelevante.

El análisis de la disposición penal cuestionada en el sentido interpretativo antes expuesto se hará conforme al examen escalonado de control de restricciones a los derechos fundamentales.

Argumentos de los demandantes

7. Alegan que cuando el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, establece, en el caso de los delitos de violación sexual de menores, que si la víctima tiene entre 14 y 18 años de edad, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años, está vulnerando el derecho de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad.
8. Asimismo, refieren que los derechos sexuales, en tanto manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, implican el derecho de las personas a decidir de manera libre sobre su sexualidad independientemente de la edad (sic), condición



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

social, raza y religión, y además, que “la regulación penal como está configurada ahora sólo refleja el desfase del legislador, que no entiende al adolescente como sujeto de derechos, obviando que ellos se relacionan también en el ámbito sexual, lo cual no tiene un solo aspecto físico, sino también psicológico cuando se trata de relaciones amorosas”.

9. Finalmente, manifiestan que la cuestionada disposición penal no supera el principio de proporcionalidad, lo que termina por acreditar la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto a la idoneidad, refieren que “la finalidad de penalizar las relaciones sexuales con adolescentes es salvaguardar su indemnidad sexual, es decir, garantizar que su libertad sexual no sea violentada y padezcan agresiones sexuales, lo cual puede ser especialmente grave y sensible con respecto a niños y adolescentes”. Así, “si bien se trata de proteger un bien de relevancia constitucional, la sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello”.

En cuanto a la necesidad, pese a afirmar que no sería necesario continuar con este examen, refieren que una forma correcta de proteger la indemnidad sexual sería penalizar las relaciones no consentidas, incluso con penas gravísimas, pero que en ningún caso debe incidirse innecesariamente en el ejercicio libre de la sexualidad.

En cuanto a la proporcionalidad en estricto, la disposición impugnada es una medida excesiva si se tiene en cuenta que la afectación del derecho a la libertad sexual es gravísima y que la optimización de la indemnidad sexual es nula dado que se trata de relaciones sexuales consentidas.

Argumentos del demandado

10. Afirma que un sujeto sólo podría ser sancionado por la comisión del delito previsto en el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal si se superan tres exámenes: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Respecto de la tipicidad objetiva en la que se verifica los requisitos como sujetos, conducta y objeto material, refiere que en la disposición impugnada el sujeto activo debe ser una persona mayor de edad, lo que excluye a los menores entre 14 y 18 años de edad.
11. Sostiene además que “la disposición penal impugnada no resulta aplicable a los adolescentes, por lo que no se puede sostener que se atenta contra su *facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones*”. Por tanto, no es posible sostener que la disposición penal impugnada vulnera el derecho al libre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

desarrollo de la personalidad de los menores de edad que tienen entre 14 y 18 años de edad, en lo que se refiere al ámbito de las relaciones sexuales.

12. En cuanto a la afectación del principio de proporcionalidad, manifiesta específicamente en cuanto a la idoneidad de la medida, que la parte demandante parece confundir la indemnidad o intangibilidad sexual con la libertad sexual como fin constitucionalmente legítimo. Asimismo, refiere que “si el fin constitucionalmente legítimo es proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, no se puede afirmar, tal como lo hace la parte demandante, que la “sanción establecida, que penaliza cualquier tipo de relación sexual sostenida con adolescentes, con prescindencia de su consentimiento, no ayuda a ello”. Así pues, menciona: “la medida cuestionada es idónea para proteger tal fin al establecer como tipo penal el tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad que tiene entre 14 años y menos de 18”, por lo que la medida analizada supera el subprincipio de idoneidad.
13. Respecto del examen de necesidad de la disposición penal cuestionada, menciona que en la demanda no se plantea una medida alternativa que, a la vez, sea: 1) idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y, 2) más benigna con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad. Por tanto, la medida cuestionada supera el subprincipio de necesidad.
14. Respecto del principio de proporcionalidad en estricto, refiere que si se compara el grado de realización de la protección de la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y el grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad en el ámbito de su sexualidad, se puede concluir que la medida impugnada resulta proporcional en sentido estricto y que, por ende, supera el test de proporcionalidad.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

15. El Tribunal debe juzgar si la disposición penal cuestionada constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Tal control de constitucionalidad presupone un análisis del caso a partir de un examen escalonado compuesto de tres fases [Exp. N.º 00665-2007-PA/TC FJ 5]. Estas fases son las siguientes: i) determinar el ámbito normativo del derecho fundamental; ii) identificar la restricción en el ámbito *prima facie* garantizado por el respectivo derecho fundamental; y iii) verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

➤ *Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental*

16. Se trata, en esta primera fase, de que el Tribunal indague sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el derecho. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho, quién es el sujeto activo o titular del derecho; y quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados.
17. En el presente caso, en cuanto a las *posiciones iusfundamentales* protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe mencionar que tal como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional [Exp. N.º 02868-2004-AA/TC FJ 14], dicho derecho, reconocido en el artículo 2º, inciso 1), de la Constitución, “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad (...) es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres”.
18. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.
19. Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.
20. Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual. En efecto, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional “las relaciones amorosas y sexuales (...) se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (...) se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a la estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona, propia de su autonomía y dignidad [Exp. N.º 03901-2007-PA/TC, FJ 13 y Exp. N.º 01575-2007-PHC/TC FJ 13].
21. En general, la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad. Tiene como contenido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

constitucional, una *dimensión negativa* vinculada con la exigencia dirigida hacia al Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, así como una *dimensión positiva* conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, de decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar acto sexual.

22. En cuanto a la *titularidad del derecho* a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, queda claro que son titulares todos los mayores de 18 años de edad. En lo que al caso importa, el Tribunal Constitucional estima que, conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, *prima facie*, los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares de dicho derecho. Las razones que justifican tal consideración son las siguientes:

- i) La Convención sobre los Derechos del niño, aprobada mediante Resolución Legislativa N.º 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, establece lo siguiente: “artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”, y artículo 6º: “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, y “2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El artículo 5º de dicha convención prevé que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” [resaltado agregado], lo que, en términos de la Defensoría del Pueblo, en el informe adjuntado en autos, se encuentra vinculado fundamentalmente al *principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, el mismo que “ocupa un lugar central en la búsqueda del equilibrio entre el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como protagonistas activos de su propia vida, y la necesidad de recibir protección en correspondencia con su situación de vulnerabilidad, en la medida que las personas menores de edad, especialmente los y las adolescentes, siguen siendo vulnerables frente a diversas situaciones perjudiciales, entre ellos el abuso sexual”.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos" [Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafo 199].

- ii) Los artículos I y II del Título Preliminar del Código de los niños y adolescentes prevén, respectivamente, que "se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad" y "el niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica (...)".
- iii) La capacidad de los adolescentes entre 14 años y menos de 18 para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra acreditada, en general, por determinadas disposiciones legales en materia civil y penal, tal como lo resalta de manera acertada la jurisdicción penal en el Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116:

7. (...) corresponde establecer, desde la Constitución y las normas legales vigentes, desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual.

El Código Civil, aparentemente, determina ese punto al establecer en sus artículos 44º [Son relativamente incapaces: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad]; 46º [La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Reconocer a sus hijos. 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos]; y 241º [No pueden contraer matrimonio: 1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse]; que la persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad es incapaz relativa, y que está en condiciones de contraer matrimonio. Ese plexo normativo, de un lado, implicaría que quien tiene esa edad tiene la capacidad necesaria para autodeterminarse y dirigir sus decisiones de acuerdo a sentido respecto a su vida sexual; y, de otro lado, zanjaría la cuestión desde la perspectiva jurídico penal (...).

8. Sin embargo, es de señalar que existen otras normas, igualmente vigentes, que se refieren al tema e integran figuras jurídico penales clásicas de nuestro Derecho punitivo, (...). Así, el artículo 175º del Código Penal, que contempla el tipo legal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

sexuales con una persona que se encuentra en una edad cronológica comprendida entre catorce años y dieciocho años, viciando su voluntad por medio del engaño. Esta norma trae como inevitable conclusión que la víctima tiene, en principio, libertad para disponer de su sexualidad, libertad que sin embargo ha sido afectada por un consentimiento obtenido mediante un medio ilícito (engaño).

De igual manera, el artículo 176°-A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, castiga a quien realiza sobre un menor de catorce años o le obliga a efectuar sobre sí mismo o tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor (...).

El análisis sistemático de estas dos últimas normas [175° y 176-A del Código Penal] permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos (...).

- iv) En el “Estudio Diagnóstico en Adolescentes en el Perú”, elaborado por la Universidad Peruana Cayetano Heredia (2005), con una población de 2181 adolescentes de 15 a 19 años, de Lima Metropolitana, Huancayo e Iquitos, ciudades que, según se refiere, son “representativas de los tres ámbitos socio cultural y ecológico de nuestro país”, se sostuvo lo siguiente: “La edad de inicio de relaciones sexuales reportada en el grupo de 15 a 19 años varía por ciudades, encontrándose las edades más tempranas en Iquitos. En este grupo etario alrededor del 20% de las mujeres y 40% de los varones reportan ya haber tenido relaciones sexuales” (p.30) [resaltado agregado].
- v) En la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) 2011, elaborada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), se estableció, en cuanto a las *características de la población*, y específicamente a las “*Mujeres en edad fértil*”, que “Las mujeres en edad fértil, de 15 a 49 años de edad, representaron el 25,3 por ciento de la población total del país y el 49,7 por ciento de la población femenina del país” [resaltado agregado].
- vi) En el “Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021”, elaborado por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-2012-MIMP, se establece en el punto 2.4, denominado “la adolescencia de 12 a 17 años de edad”, que “de acuerdo a los resultados de la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar –ENDES 2010, el 13,5% de las adolescentes de 15 a 19 años de edad tenían al menos una hija o hijo o estaban embarazadas de su primera hija o primer hijo” [resaltado agregado].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

De lo expuesto, si bien se puede concluir que *prima facie*, los menores de edad entre 14 años y menos de 18, en tanto titulares del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (en el ámbito de la libertad sexual) pueden ejercerlo, también se debe concluir a su vez dos asuntos de la mayor importancia: i) que conforme al *principio de evolución de facultades del niño y del adolescente*, debe reconocerse que tales adolescentes irán desarrollando, *progresivamente*, el nivel psicofísico óptimo de ejercicio del mencionado derecho fundamental, para lo cual es indispensable la educación que sobre el particular puedan brindar los padres, el Estado y la sociedad en general; y, ii) que poseer dicha libertad sexual implica también conocer las consecuencias que puede originar su ejercicio, tal como se destaca en el mencionado “Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021”, según el cual “existe consenso en que el embarazo en edad temprana es un evento que afecta la salud física, mental y social de la futura madre, así como del recién nacido. Para las adolescentes madres o embarazadas pobres, la maternidad viene acompañada de una serie de situaciones adversas que empeoran su condición. Estas madres a menudo sufren carencias y tensiones; además, su ambiente familiar se caracteriza frecuentemente por graves problemas económicos y sociales, pobreza, desempleo, subempleo, informalidad, alcoholismo, prostitución, bajos niveles de escolaridad o carencia de ella, violencia, entre otros”.

23. En cuanto a quiénes son los sujetos pasivos u obligados por el derecho a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, uno de los principales obligados es definitivamente el Estado, que tiene el deber de no intervenir desproporcionadamente en este derecho.

➤ *Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental*

24. Consiste en verificar si los actos que se representan como lesivos suponen una intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental. De una intervención en el ámbito normativo de un derecho fundamental se habla cuando el acto reclamado supone una injerencia en las potestades *prima facie* garantizadas por el derecho. La relevancia de esta fase del análisis radica en lo siguiente: (i) si el Tribunal constata que el acto (o los actos) cuestionado(s) no constituye(n) una injerencia en el ámbito del derecho *prima facie* protegido, el análisis concluye que no se trata de una controversia que atañe al contenido constitucionalmente protegido del derecho en cuestión; y, (ii) si el Tribunal constata que se ha producido una intervención en el ámbito normativo *prima facie* garantizado por el derecho, se pasa a la tercera fase.

25. En el presente caso, el cuestionado artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, sanciona a todo aquel que tenga relaciones sexuales con menores de 14 años de edad a menos de 18, independientemente de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

que se manifieste consentimiento en dichas relaciones. Teniendo en cuenta el mencionado contenido prohibitivo, respecto de dichos menores de edad, es evidente que constituye una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por su libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues al hacer irrelevante el consentimiento de los menores que tengan entre 14 años y menos de 18, interviene y limita la libertad de autodeterminación de estos en el ámbito de su sexualidad. Si esta intervención, restricción o limitación es legítima o justificada es un asunto que se verificará en la siguiente fase.

➤ *Tercera fase: verificar si la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada*

26. Consiste en determinar si la intervención en el ámbito normativo del derecho fundamental se encuentra justificada, tanto desde una perspectiva formal como material. Dado que los derechos fundamentales, por regla general, no tienen la condición de derechos absolutos, una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho no puede considerarse como sinónimo de violación del mismo.

Tal situación jurídico-constitucional sólo se producirá si, en relación con el específico derecho fundamental de que se trate, el Tribunal observa que no se han respetado las diversas exigencias que la Constitución establece como criterios de justificación para su intervención (v.g. principio de legalidad o reserva de ley; reserva de jurisdicción; irretroactividad de la ley; principio de proporcionalidad, etc.).

En cuanto a dichos criterios de justificación en el ámbito penal, Palazzo sostiene que “en cierto sentido, la política criminal se ve afectada por un proceso de constitucionalización, especialmente evidente cuando se va más allá de la definición de los principios constitucionales en materia penal y la aclaración minuciosa de los posibles contenidos en ellos implícitos (legalidad, determinación de la ley penal, culpabilidad, reeducación), hasta arribar a la formulación de verdaderos y propios criterios constitucionales de ejercicio de la discrecionalidad legislativa (criterio de proporcionalidad y ponderación de los intereses penalmente en juego, criterio de *última ratio* de la tutela penal, etc.)” [PALAZZO, Francesco, “Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)”. En: *Rivista de Diritto Costituzionale*, 1999, Giappichelli Editore, pp. 167-181].

27. En el presente caso, en cuanto a la verificación sobre si la restricción identificada cumple con la reserva de ley, cabe mencionar que dicho requisito es cumplido en la medida en que la restricción se encuentra contenida en la Ley N.º 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

28. Seguidamente corresponde examinar si la prohibición establecida por la disposición penal impugnada puede considerarse como una intervención válida o justificada constitucionalmente. Para tal efecto se utilizará el principio de proporcionalidad penal, el mismo que, siguiendo a Hassemer, se constituye en un principio central en un Derecho de la intervención como es el derecho penal, exigiendo que las intervenciones en este ámbito deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso [Hassemer, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, N° 1, 1997, p.39].
29. Si la intervención o limitación que contiene la disposición penal impugnada supera este examen dicha intervención será válida constitucionalmente o, en caso contrario, inválida.
- *El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de idoneidad?*
30. Este examen exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin.
31. En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación será uno de los ámbitos en los que se manifestará el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad. En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico justifican que este bien sea merecedor de protección por parte de Estado.

En este punto es importante distinguir entre el *objetivo* y la *finalidad* que persigue la disposición penal impugnada. El *objetivo* tiene que ver con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través de una disposición penal. La *finalidad* comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido alcanzar a través de una disposición penal.

Cabe destacar que en materia constitucional penal el *objetivo* y la *finalidad* de una disposición penal se relaciona directamente con los denominados fines de la pena (Expediente N.º 00012-2010-PI/TC FFJJ 17 a 19), en el siguiente sentido:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

- 1) La actuación del legislador tiene por finalidad, entre otras, la de optimizar el fin *preventivo general de las penas en su vertiente negativa*, es decir, optimizar el efecto desmotivador que la amenaza de la imposición y ejecución de una pena severa genera en la sociedad, protegiendo preventivamente el bien tutelado por el derecho penal.
- 2) Asimismo, la medida tiene por finalidad que la imposición de la pena cumpla de manera efectiva con el fin de *prevención general en su vertiente positiva*. Claus Roxin describe este fin como el “ejercicio de la confianza en el derecho” que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.” (cfr. “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en: Julio B. J. MAIER (compilador), *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28).
- 3) La medida tiene también por propósito asegurar otro fin de la pena, cual es la denominada *prevención especial de efecto inmediato*, es decir, permitir al delincuente dar un firme paso en la internalización del daño social ocasionado por su conducta. Tal como ha señalado este Tribunal, “la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato)” (STC 0019-2005-PI/TC, FJ 40).
32. De otro lado, la adecuación consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.
33. En el presente caso, en cuanto al examen de *idoneidad*, es indispensable revisar la actuación parlamentaria previa al dictado de la ley cuestionada a efectos de determinar el *objetivo* y *finalidad* de relevancia constitucional asumidos por el legislador.
34. En el Proyecto de Ley N.º 13390/2004-CR presentado el 18 de julio de 2005, que posteriormente fue aprobado y dio lugar a la cuestionada Ley N.º 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, se sostiene lo siguiente: “(...) bajo ciertas circunstancias especialmente graves, la violación sexual es un crimen de lesa humanidad, el cual deber ser castigado con todo el peso de la ley, y no con penas que al final terminan siendo un premio para el agresor en vez de una pena (...) esta nueva



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

tipificación se ha producido después de constatar que las principales víctimas de violencia sexual son las mujeres y los niños y niñas (...). Asimismo, en cuanto al análisis costo-beneficio de la futura norma legal, se sostiene que "(...) Los beneficios para la sociedad serán incommensurables debido a que la población adulta percibirá que las autoridades se preocupan por su seguridad así como la de sus hijos (...) y los niños percibirán que al elevar los niveles de drasticidad sus autoridades tienden un manto de protección penal muy duro a fin de que sirva como elemento disuasivo a quienes no ponen freno a sus instintos delincuenciales (...) La aprobación de la presente norma va en beneficio de la sociedad que se encuentra inerme frente a los embates de quienes no respetan la vida humana, mucho menos a la niñez (...)".

35. De la revisión de los motivos que justificaban el mencionado proyecto de ley se observa que más allá de la voluntad política general de endurecer las penas para los autores de violación sexual y de buscar mecanismos de protección a las mujeres y a los niños, en tanto víctimas de violación sexual, se desprende que, entre otros contenidos, el bien jurídico a proteger sería la *indemnidad sexual* de los "niños" en la medida en que se busca garantizar la preservación de la sexualidad de estos cuando *no se está en las condiciones de decidir sobre su actividad sexual*, de modo que resulta irrelevante que dichos menores otorguen o no otorguen su consentimiento.

Con la *indemnidad sexual* "se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. A la hora de identificarse los perjuicios susceptibles de causarse, en relación a los menores se destacan las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incomprensión del comportamiento" [DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual", en: *Anuario de Derecho Penal*, N.º 1999-2000, p.14].

36. En este punto es importante destacar que la diferencia entre *indemnidad sexual* y *libertad sexual* consiste, conforme lo ha afirmado el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), *amicus curiae* en el presente proceso constitucional, en lo siguiente: "La libertad sexual está referida a la libertad de disponer de la sexualidad propia. Ésta comprende una faceta positiva, referida a la capacidad de disposición, sin más límite que la libertad ajena; y una faceta negativa, referida a la capacidad de rechazar proposiciones o actos no deseados. Por el contrario, la indemnidad sexual implica la ausencia de la libertad sexual. En efecto, la indemnidad sexual está referida a la incapacidad de disponer y ejercer la libertad sexual, por considerar que la persona no se encuentra en capacidad de comprender el acto sexual".

37. Asimismo, en cuanto al bien jurídico protegido por la disposición penal cuestionada, cabe mencionar que el apoderado del Congreso de la República ha sostenido en su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

escrito de contestación de la demanda que el fin constitucionalmente legítimo de dicha disposición penal es la protección de la *indemnidad o intangibilidad sexual*.

38. En suma, de la interpretación del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, se desprende que esta disposición tiene como **objetivos** los siguientes: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de 14 años de edad a menos de 18; b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que los derechos de los menores de 14 años de edad a menos de 18 son protegidos; y c) generar un primer efecto reeducador en el sujeto activo de la conducta reproachable. Tales objetivos tienen como **finalidad** o se justifican en el *deber de protección* del poder público, en este caso del Poder Legislativo con respecto al bien jurídico *indemnidad sexual* de los menores de 14 años de edad a menos de 18 en los casos de violación sexual. En síntesis, siendo el fin de la restricción la protección de este bien jurídico, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción y *merece* protección por parte del Estado.

39. En cuanto a la adecuación, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 173º, inciso 3, del Código Penal, en cuanto sanciona a quien cometa el delito de violación sexual de menores de edad entre 14 años y menos de 18) es adecuada para lograr los objetivos antes mencionados y, a su vez, estos resultan adecuados para conseguir el fin de relevancia constitucional que se pretende como es la protección del bien jurídico *indemnidad sexual* de dichos menores de edad.

- El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de necesidad?

40. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental" [Expediente N.º 00050-2004-AI/TC FJ 38].

41. En materia penal, el examen de necesidad, el cual exige que el legislador estime, ineludiblemente, aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida [Expediente N.º 00012-2006-PI/TC FJ 32].

42. En efecto, el derecho penal debe ser utilizado para reprimir las violaciones más graves. Como sostiene Hurtado Pozo,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

(...) el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sea alcanzable mediante otras previsiones (...) Para que el derecho penal no sufra una hipertrofia engendrando las situaciones que busca evitar, para que el remedio no sea peor que el mal combatido, la represión penal debe intervenir sólo en la medida en que sea necesaria y si es conforme al objetivo perseguido [Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General* I. 3ª Edición, Grijley, Lima, 2005, p. 47].

43. De este modo, en el Estado constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan preciado como la libertad individual, entre otros derechos, sólo debe ser utilizado cuando ya no funcionen otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, etc.). Antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

44. En el presente caso, se trata, entonces, de examinar si frente a la medida adoptada por la emplazada —sancionar penalmente— a las personas adultas que tienen relaciones sexuales con menores de 14 años de edad y menos de 18, independientemente del consentimiento de estos—, existían medidas alternativas que, de un lado, hubiesen sido aptas para alcanzar los *objetivos* propuestos por el legislador penal (desincentivar la comisión del delito de violación sexual de menores de edad entre 14 años a menos de 18, entre otros); y, de otro, hubiesen sido más benignas con el derecho intervenido (a la libertad sexual como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de dichos menores de edad).

La respuesta es **positiva**. Si se pretenden los objetivos propuestos, un medio alternativo hipotético igualmente idóneo pero definitivamente más benigno para la libertad sexual como componente del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, hubiese sido, entre otros, que el propio legislador penal sancione única y exclusivamente a aquellas personas adultas que tuviesen relaciones sexuales no consentidas con los aludidos menores de edad, pero no sancionando indistintamente todo tipo de relación sexual con dichos menores, sin que importe en absoluto el consentimiento que estos pudieran expresar en tanto titulares del mencionado derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

En ese sentido, no habiendo superado el examen de necesidad, la medida penal impugnada resulta incompatible con la Constitución.

45. Pese a que la disposición penal impugnada no ha superado el examen de necesidad, el Tribunal Constitucional estima pertinente verificar, además, si la medida legislativa cuestionada es proporcional en sentido estricto.

- *El artículo 173.3 del Código Penal ¿supera el subprincipio de proporcionalidad en estricto o ponderación?*

46. La denominada ley de ponderación material supone que “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor [es decir, por lo menos equivalente] tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (cfr. SSTC 0045-2004-PI/TC, FJ 40; 0023-2005-PI/TC, FJ 75 c); 0033-2007-PI/TC, FJ 81; 0001-2008-PI/TC, FJ 19; 0017-2008-PI/TC, FJ 36; 0016-2009-PI/TC, FJ 12, entre otras). Esta ley implica que las *ventajas* que se obtengan mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios o *desventajas* que ésta acarrea para los titulares de dicho derecho y para la sociedad en general.

47. La estructura argumentativa del principio de proporcionalidad en sentido estricto tiene los siguientes pasos [Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, CEPC, 2003, pp.759 y ss.]:

- 1) Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir: *i)* la importancia o peso de la intervención o limitación del derecho fundamental (grado de desventajas); y, *ii)* la importancia de la satisfacción del fin perseguido por la intervención legislativa (grado de ventajas).

En la determinación de dichos pesos, se pueden tomar en consideración elementos tales como la eficacia, rapidez, probabilidad, alcance y duración, entre otros, ya sea en la intervención del derecho fundamental o en la satisfacción del fin legislativo.

- 2) Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.

- 3) Construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo.

48. En este caso, en cuanto al paso 1), cabe mencionar que el grado de intervención en la libertad sexual como componente del derecho fundamental al libre desarrollo de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 *es de intensidad grave*, en la medida en que: i) en cuanto al *alcance*, desde su entrada en vigor, la disposición penal impide, dificulta por completo y anula el ejercicio de la libertad de autodeterminación de tales menores en el ámbito de su sexualidad, al hacer irrelevante su consentimiento ("la intervención legislativa en el derecho fundamental deberá ser considerada como una intervención más intensa, cuando elimina todas las posiciones adscritas al derecho, que cuando elimina sólo algunas de ellas" *Cfr.* Bernal, *op.cit.*p.766); y ii) en cuanto a la *probabilidad*, existe la mayor posibilidad verosímil y fundada de que la intervención legislativa cuestionada impida el ejercicio de dicha libertad de autodeterminación.

Por su parte, los bienes constitucionales que procuran ser optimizados por el Poder Legislativo, sancionando penalmente a las personas adultas que tengan relaciones sexuales con dichos menores de edad, son: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de 14 años de edad a menos de 18; b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que los derechos de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 son protegidos; y c) generar un primer efecto reeducador en el sujeto activo de la conducta reprochable. El grado de satisfacción de dichos bienes *no es de intensidad elevada*, en la medida en que: i) en cuanto a su *alcance*, no se evidencia en qué medida todos los fines inmediatos del legislador penal pueden ser alcanzados apenas producida la intervención legislativa; y, ii) en cuanto a la *probabilidad*, no existe la mayor probabilidad de que la intervención legislativa penal optimice los mencionados bienes constitucionales (desmotivar la comisión del delito, etc.), al tratarse de una *amenaza de restricción* que es una intervención menos intensa que las restricciones directas.

Asimismo, es importante tener en consideración una segunda variable: *el peso abstracto de los principios relevantes* (cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la Constitución, mayor será su peso en la ponderación). Al respecto, si bien, en abstracto, la política criminal a cargo del Poder Legislativo (argumentación *in dubio pro legislatore*) podría considerarse con un peso mayor respecto de determinados derechos fundamentales como la libertad de tránsito o la libertad personal (argumentación *in dubio pro libertate*), no sucede lo mismo cuando se intervienga o limite gravemente los derechos fundamentales de los menores de edad, pues atendiendo al principio constitucional de interés superior del niño y del adolescente (artículo 4º de la Constitución), según el cual los derechos fundamentales del niño y el adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas (Expediente N.º 02132-2008-PA/TC FJ 10), en estos casos, tienen un peso mayor respecto de aquella actuación del Poder Legislativo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

En efecto, conforme lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”. [Caso Gonzales y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 408].

49. En cuanto al paso 2), conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede afirmar que la importancia de la realización de los fines perseguidos por el legislador mediante la disposición penal cuestionada no es mayor que la importancia de la intervención en el derecho de los adolescentes entre 14 años y menos de 18 a su libertad sexual como parte de su libre desarrollo de la personalidad.
50. En cuanto al paso 3), se puede determinar que en el presente caso la relación de precedencia condicionada otorga preferencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, respecto de los fines perseguidos por el legislador penal mediante la medida penal impugnada.
51. Por tanto, no habiendo superado el examen de necesidad, ni el examen de proporcionalidad en estricto, se acredita que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, en el *sentido interpretativo 1* (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años), ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución.

Previamente a declarar su inconstitucionalidad y consecuente expulsión del ordenamiento jurídico, debe analizarse si existe otro sentido interpretativo que siendo compatible con la Norma Fundamental evite tal declaratoria de inconstitucionalidad.

§3. Examen de constitucionalidad del sentido interpretativo del artículo 173°, inciso 3), del Código Penal que cambia el contenido normativo establecido por el legislador penal y límites de la jurisdicción en la interpretación de la ley penal

52. El apoderado del Congreso de la República sostiene en la respectiva contestación de la demanda que existe otra interpretación que puede evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición penal cuestionada. En dicha interpretación, sin modificar el texto legislativo, se cambia el bien jurídico tutelado por dicha norma penal (*libertad sexual* en lugar de *indemnidad sexual*) y se establece que en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

estos casos sí puede operar el consentimiento de la agraviada como eximente de responsabilidad.

Según el aludido *sentido interpretativo* 2 del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, propuesto por el demandado, se puede asumir que *si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*. En ese sentido, corresponde analizar si el Tribunal Constitucional pueda identificar dicha interpretación conforme con la Constitución a efectos de que se pueda evitar la declaración de inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

Argumentos de los demandantes

53. Alegan que la jurisdicción penal, interpretando el artículo 173º inciso 3) del Código Penal, estableció, según refieren, que “sólo podría penalizarse la trasgresión a la indemnidad sexual de los adolescentes (...) cuando se vicia el consentimiento en la relación carnal con personas entre 14 y 18 años de edad (esto es violaciones de la libertad sexual), y no en caso de relaciones perfectamente consentidas (o sea, relaciones sexuales consentidas). Así visto, es constitucionalmente legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, más aún si se trata de adolescentes y niños, pero de ninguna forma ello equivale a penalizar toda forma de relación sexual sostenida por adolescentes cuando no está en riesgo su indemnidad sexual y, por el contrario, se trata del ejercicio libre de su sexualidad, que indudablemente es un derecho fundamental”.

Argumentos del demandado

54. El apoderado del Congreso de la República sostiene que el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, no contraviene la Constitución y que debe tomarse en consideración que “la parte demandante admite que existe al menos una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme con la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116, por lo que en aplicación de los principios constitucionales de conservación de la ley, de declaración de inconstitucionalidad como última *ratio* y de *indubio pro legislatore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

55. En general, la actividad de la jurisdicción penal o jurisdicción constitucional al interpretar la ley penal en un sentido compatible con la Constitución, pero distinto a aquella interpretación del legislador, parte de reconocer que conforme al principio de supremacía constitucional, la jurisdicción, al controlar la actuación legislativa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

penal, también tiene límites establecidos en la Constitución y vinculados con el respeto al principio de legalidad penal, entre otros bienes constitucionales.

3.1. Discrecionalidad judicial limitada por la Constitución y en especial por el principio de legalidad penal

56. Asumir que el legislador penal sea el órgano competente para determinar discrecionalmente las conductas punibles y las respectivas sanciones no implica admitir que la discrecionalidad que tiene este órgano sea absoluta pues, como ya se ha mencionado, se encuentra limitado, al igual que todo poder constituido, mediante los principios constitucionales penales contenidos en la Norma Fundamental (principio de legalidad penal, principio de igualdad, principio de lesividad, principio de proporcionalidad penal, etc.), lo que convierte su discrecionalidad en una de carácter relativo.

57. El control jurisdiccional de la estricta observancia del respeto a dichos límites se encuentra a cargo del Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución), así como también del Poder Judicial (artículo 138º de la Constitución). En cuanto a los tipos de decisiones que pueden expedir tales órganos, en la actualidad se ha superado la clásica distinción entre decisiones estimatorias y desestimatorias, para dar lugar a una clasificación que, sin dejar de lado las ya mencionadas, ha identificado las denominadas decisiones "interpretativas" en general. Mediante tales sentencias "los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias (...), antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley" (Cfr. Exp. N.º 00010-2002-AI/TC).

Al respecto, Fiandaca refiere que "el mismo desarrollo de las teorías de la interpretación refleja un dato definitivamente adquirido: la actividad hermenéutica, lejos de poder ser reducida a una actividad meramente declarativa o explicativa de la voluntad del legislador, implica un inevitable momento creativo y esto es cierto en todos los sectores jurídicos, incluido el derecho penal, que se encuentra vinculado más que otros ámbitos al principio de reserva de ley" [FIANDACA, Giovanni e altro. *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*. Jovene Editore, p.92].

58. Esta actividad interpretativa de la jurisdicción respecto de la legislación penal no está exenta de peligros. El mayor de ellos es desnaturalizar o reemplazar en todo, vía interpretativa, el contenido normativo establecido por el legislador (supuesto de hecho general y sanción) al dictar una determinada disposición penal, pues ello no sólo afectaría el principio de legalidad penal, pues conforme al artículo 2º, inciso 24), apartado "d", de la Norma Fundamental, "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, el mismo que expresamente ha delegado al legislador, y no a los jueces, la labor de determinación de las conductas punibles y respectivas sanciones; sino que también afectaría el principio democrático representativo (artículo 93º de la Constitución), así como el principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución, pues conforme a dicho principio, al realizar su labor de interpretación, el juez no puede desvirtuar las funciones y competencias que el constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales (cfr. Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, FJ 12 c. y Exp. N.º 0032-2010-PI/TC, FJ 119).

59. No cabe duda de que la actividad hermenéutica realizada por los jueces al interpretar la ley penal puede contener ciertos elementos “de creación normativa”, si se presentan dudas o problemas al verificar *cuál es el límite* que tienen los jueces al realizar dicha actividad interpretativa, pues el exceso puede terminar materializando los peligros advertidos en el parágrafo precedente.

La argumentación que utiliza el principio de interpretación *favorable al reo* como única justificación para que los jueces puedan crear cualquier contenido normativo no es una que *per se* y en todos los casos pueda resultar correcta, ni una que pueda ser considerada como único límite a la actividad interpretativa de los jueces. Así por ejemplo, respecto del principio *favor rei*, como criterio de legitimidad para justificar las decisiones “manipulativas” en materia penal, se ha sostenido que dicha argumentación es débil “ante todo porque el principio de reserva de ley en materia penal no puede reducirse, en la óptica del juicio constitucional, al sólo respeto, por parte de la Corte, del principio del *favor rei* (...) No es demostrable –y más bien se puede demostrar fácilmente lo contrario– que la reducción del supuesto de hecho penalizado o de la medida de una pena, no vulnere por sí misma, el artículo 25, 2º párrafo de la Constitución [italiana], [Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho], el que reserva sólo al legislador la elección sobre la punibilidad, así como sobre el *quantum* y sobre el *quomodo*, exigiendo también que el supuesto de hecho penalizado y la medida de la pena sean *taxativamente* determinadas (...) Reduciendo un supuesto de hecho penalizado, la Corte llega de todos modos a modificar el alcance, el significado original, así como, reduciendo la medida de una pena, la Corte reconstruye la norma (por lo menos en la parte relativa a la sanción). Todo ello, en mi opinión, no es conforme con el principio de legalidad en materia penal constitucionalmente consagrado, que es una garantía para el ciudadano contra la persecución penal, en general, precisamente porque reserva sólo al legislador cualquier elección sobre las normas penales, y no sólo sobre aquellas desfavorables”. [D’AMICO, Marilisa. *Sulla «costituzionalità» delle decisioni manipolative in materia penale*. Unione tipografica editrice torinese, Torino, 1990, pp. 41-42].

Ciertamente la argumentación que utiliza el principio de interpretación *favorable al reo* puede y debe ser utilizada en materia argumentativa penal, pero no por ello se legitima cualquier decisión interpretativa que adopte la jurisdicción. En general,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

antes de aplicar dicho principio de favorabilidad entre dos posiciones normativas es indispensable verificar que dichas posiciones sean compatibles con la Constitución. En ese sentido, conforme al artículo 139º inciso 11) de la Norma Fundamental, que establece “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales”, antes de que el juez pueda hacer prevalecer dicha favorabilidad debe cumplir con un requisito previo como es la verificación de que el respectivo sentido interpretativo a favorecer sea constitucionalmente válido (Cfr. Expediente N.º 00019-2005-PI/TC).

60. Por tanto, la determinación del *límite* a la jurisdicción cuando interpreta la ley penal se establecerá de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso concreto y según el tipo de sentencia o decisión que se pretenda expedir en el caso, de modo que las cargas de argumentación que justifiquen una específica decisión jurisdiccional se constituirán en los mecanismos que otorguen legitimidad a las respectivas decisiones judiciales.
61. De otro lado, cabe precisar que tanto las denominadas «sentencias interpretativas», «sentencias aditivas» o «sentencias sustitutivas», entre otras, forman parte de una tipología de decisiones que no sólo pueden ser adoptadas por el Tribunal Constitucional, sino también por los jueces del Poder Judicial en la medida en que el artículo 138º de la Constitución establece que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera. Dicho examen de compatibilidad comprende la identificación de las opciones normativas que se desprendan de la respectiva disposición legal y permitan su conservación conforme al marco constitucional.
62. Es importante destacar que si bien los jueces del Poder Judicial pueden adoptar dichas decisiones, ello no excluye el seguimiento de los respectivos mecanismos procedimentales existentes dentro del Poder Judicial para la aplicación del control difuso (artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 3º del Código Procesal Constitucional, según sea el caso), así como la observancia de los criterios vinculantes que en materia de interpretación constitucional penal realice el Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución, artículo 1º y Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como el artículo VI del Título Preliminar del aludido Código).

3.2. *Opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18. ¿Decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva?*

63. En el presente caso, el apoderado del Congreso de la República aduce que al emitirse los Acuerdos Plenarios N.ºs 7-2007/CJ-116 y 4-2008/CJ-116, la jurisdicción penal ha identificado una interpretación del mencionado artículo 173º,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

inciso 3), del Código Penal, que es conforme con la Constitución, por lo que no puede considerarse que dicha disposición penal sea inconstitucional.

64. En ese sentido, es indispensable distinguir si la interpretación propuesta por el apoderado del Congreso en su contestación de la demanda, es una «decisión interpretativa», una «decisión aditiva» o una «decisión sustitutiva» —que son algunos de los tipos de decisiones que se podrían aproximar a lo resuelto por dicha jurisdicción—, para posteriormente verificar si dicha interpretación, aplicada al ámbito penal, es una que el Tribunal Constitucional pueda asumir como conforme con la Constitución y evitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la respectiva disposición penal.

65. Una «*decisión interpretativa*» es aquella en la que se materializa en cierta medida el criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución. Este criterio consiste en aquella actividad interpretativa que sobre las leyes realiza el órgano jurisdiccional, de modo que antes de optar por la eliminación de una disposición legal se procure mantenerla vigente pero con un contenido que se desprenda, sea consonante o guarde una relación de conformidad con la Constitución. Esta técnica interpretativa no implica en modo alguno afectar las competencias del legislador, sino antes bien materializar los principios de conservación de las normas y el *indubio pro legislatore* democrático, los mismos que demandan que el órgano jurisdiccional verifique si entre las interpretaciones posibles de un enunciado legal, existe al menos una que la salve de una declaración de invalidez. Y es que la declaración de inconstitucionalidad, en efecto, es la *ultima ratio* a la cual debe apelar este Tribunal cuando no sea posible extraer de una disposición legislativa un sentido interpretativo que se ajuste a la Constitución (Exp. N.º 00002-2008-PI/TC, aclaración).

Las decisiones interpretativas “reductoras” son aquellas que señalan que el precepto es inconstitucional “en la parte que (...)” o “en cuanto (...)” prevé o incluye “algo” contrario a la Norma Fundamental”. “En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al texto pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional ‘por exceso’” [DÍAZ REVORIO, Javier. “Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español”. En: *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. México, UNAM, 2008, pp.301-302].

66. La aludida consonancia o relación de conformidad de la ley con la Constitución “no sólo existe allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales, permite una interpretación compatible con la Constitución; puede tener igualmente lugar cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la Constitución. Así pues, en el marco de la interpretación conforme [a] las normas constitucionales no son solamente «normas-parámetro» sino también «normas de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

contenido» en la determinación del contenido de las leyes ordinarias” (Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. CEC, Madrid, 1983).

67. En materia penal, las decisiones interpretativas de la jurisdicción se enfrentan con uno de sus límites constitucionales más claros: el *principio de legalidad penal*. En efecto, conforme al artículo 2º, inciso 24, párrafo “f”, de la Norma Fundamental, “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”, lo que implica que la Constitución ha establecido que el órgano competente para establecer las conductas punibles y las respectivas penas es el Poder Legislativo, lo que excluye claramente a la jurisdicción. En ese sentido, *prima facie*, la jurisdicción, en su actividad de control e interpretación de las leyes penales no puede: i) crear nuevos delitos vía interpretativa; ii) identificar sentidos interpretativos que cambien por completo o desnaturalicen el contenido normativo establecido por el legislador en la disposición penal o cambien el bien jurídico tutelado por el legislador penal; y iii) identificar sentidos interpretativos *in malam partem*, salvo que previamente se haya determinado que el único sentido interpretativo identificado, que impidió la declaratoria de inconstitucional de la disposición, sea conforme con la Constitución, pues la aplicación del principio *pro reo* (artículo 139º, inciso 11, Constitución) está supeditada a la verificación de la constitucionalidad del sentido interpretativo identificado, tal como se ha sostenido en el párrafo final del fundamento 59 *supra*.

68. De otro lado, mediante una «*decisión aditiva*» se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que (...)”) que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión inconstitucional, cuya reparación no puede efectuarse a partir de una interpretación del aludido precepto, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido [Exp. N.º 00010-2002-AI/TC FJ 30], teniendo como base el respectivo ordenamiento jurídico y que sólo exista una alternativa normativa que cubra la omisión detectada, pues si existen varias alternativas posibles, le corresponderá al legislador la decisión de cuál de ellas adoptar [Exp. N.º 00030-2005-PI/TC].

69. En materia penal, en el caso de las decisiones aditivas, el principio de legalidad penal tiene un mayor peso axiológico frente a la actividad jurisdiccional de creación normativa complementaria propia de este tipo de decisiones. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, la jurisdicción no puede emitir decisiones aditivas cuando controle leyes penales pues ello afectaría el principio de legalidad penal, al relegar al legislador penal como órgano competente en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas.

70. Por su parte, una «*decisión sustitutiva*» es aquella en que el órgano jurisdiccional declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. La parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico y la actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada —y en concreto afectada de inconstitucional—, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial [Exp.N.º 00004-2004-CC/TC FJ 3.3.3].
71. En materia penal, sucede algo similar al tratamiento de las decisiones aditivas, por lo que son de aplicación las mismas consideraciones expresadas con relación a aquellas, quedando, *prima facie*, restringida la posibilidad de que la jurisdicción emita decisiones sustitutivas cuando controle leyes penales, toda vez que ello afectaría el principio constitucional de legalidad penal.
72. Seguidamente, veamos en qué consiste la interpretación alternativa propuesta por el demandado, respecto del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, para luego identificar si es una decisión interpretativa, aditiva o sustitutiva, y posteriormente verificar si ésta puede constituirse en una interpretación de la ley conforme a la Constitución.
73. Conforme lo sostiene el apoderado del Congreso de la República, el bien jurídico protegido en la disposición penal impugnada es la libertad sexual y no la indemnidad sexual, es decir que a partir del impugnado tipo penal sólo se sancionaría a los mayores de edad que tienen acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizan otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad entre 14 años y menos de 18, sin mediar consentimiento.
74. Conforme se aprecia, el emplazado asume como una interpretación del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal conforme con la Constitución aquella según la cual, sin alterarse la aludida disposición (*Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años*), se debía entender que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 tienen *libertad sexual* y que, por lo tanto, su consentimiento para tener



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al cual se le atribuye la autoría de tal delito.

75. En ese sentido, si se tiene en cuenta: i) que la interpretación del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, que lo considera incompatible con la Constitución (INTERPRETACION 1), establece que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años*, protegiendo de este modo el bien jurídico *indemnidad sexual*; y, ii) que la mencionada interpretación asumida por el apoderado del Congreso de la República, tomando en cuenta lo decidido por la jurisdicción penal (INTERPRETACIÓN 2), prevé que *si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor*, protegiendo de este modo el bien jurídico *libertad sexual*; entonces, se puede considerar que ésta última constituye una “**decisión interpretativa reductora**”, en la medida en que sin detectar una omisión en la aludida disposición penal (que caracterizaría a una decisión aditiva), ni modificar o alterar una parte literal de tal disposición (que caracterizaría a una decisión sustitutiva), interpreta la disposición penal cuestionada, cambiando sustancialmente el contenido normativo establecido por el legislador penal y reduciéndolo (pues antes de dicha interpretación se penalizaba cualquier relación sexual de un adulto con un menor de 14 a 18 años de edad, independientemente del consentimiento de dicho menor, y ahora sólo se penalizan las relaciones sexuales en las que no existe consentimiento), lo que implica además el cambio de bien jurídico protegido (la *libertad sexual* en lugar de la *indemnidad sexual*).

3.3. La opción «interpretativa» que exime de responsabilidad penal a quien tiene relaciones sexuales consentidas con menores de 14 años a menos de 18, ¿es conforme con la Constitución?

76. Considerando los límites constitucionales que tiene la interpretación jurisdiccional de las leyes penales, el Tribunal Constitucional estima que la interpretación del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, propuesta por el apoderado del Congreso de la República, en el sentido de asumir que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 tienen *libertad sexual* y que, por lo tanto, su consentimiento para tener relaciones sexuales exime de responsabilidad penal al adulto al que se le atribuye la autoría de tal delito, es una interpretación que no puede ser asumida por el Tribunal Constitucional como constitucionalmente conforme, toda vez que desplazaría al legislador como órgano competente en la formulación de la política criminal del Estado y consecuente tipificación de conductas y penas, cambiando el bien jurídico protegido por el legislador (*libertad sexual* en lugar de *indemnidad sexual*) y con ello permitiendo la configuración de una causal de exención de responsabilidad penal como es el “consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

disposición" (artículo 20º, inciso 10, del Código Penal), lo cual no resultaba permitido por la disposición penal tal como la estableció el legislador penal.

77. Por lo tanto, resumidamente, habiéndose determinado: i) que el artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, en el *sentido interpretativo 1* (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años), es incompatible con la Constitución; y ii) que el *sentido interpretativo 2* del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, propuesto por el demandado (si la víctima tiene entre 14 años y menos de 18, la pena para el autor será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor), no es una interpretación conforme con la Constitución y que, por tanto, pueda salvar la constitucionalidad de dicha disposición penal; entonces, el Tribunal Constitucional considera que debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico por haber vulnerado el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años a menos de 18.

§4. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto de los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad

78. Pese a haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, y su expulsión del ordenamiento jurídico, este Tribunal estima pertinente verificar si dicha disposición vulnera, además, los derechos de los adolescentes a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad.

Para tal efecto, utilizaremos nuevamente el examen escalonado de control de restricciones a los derechos fundamentales.

Argumentos de los demandantes

79. Alegan que "como ciudadano y ciudadana (padre, madre, joven, tutores del nivel primaria y secundaria, médico, entre otros adherentes a la causa) tenemos conocimiento del grado de afectación que esta traba legal está generando en la salud de los y las adolescentes. Al respecto, explicaremos que la regulación, al penalizar las relaciones consentidas entre adolescentes y entre adolescentes y adultos, impiden a los menores acercarse libremente a los establecimientos de salud para solicitar información respecto de infecciones de transmisión sexual y métodos anticonceptivos, así como la atención oportuna en caso de gestación temprana y de infecciones por contagio sexual (...)"



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

80. Asimismo, refieren que se ha detectado “que –al no adecuarse la norma penal a la realidad– muchos adolescentes que ya conviven y/o mantienen relaciones sexuales tendrán temor de acceder a información sobre salud sexual y reproductiva, de reconocer legalmente a sus hijos, de acceder a una atención prenatal y a partos seguros por temor a ser castigados penalmente; es decir, se verifica una afectación subjetiva de los derechos reproductivos de los adolescentes, así como de su vida privada o íntima en tanto los agentes de salud se verán “obligados” a presumir *iure et de iure* que los pacientes adolescentes son víctimas de violencia sexual, afectando de manera directa la labor que realizan profesionales de salud como los médicos y médicas del país”.

Argumentos del demandado

81. El apoderado del Congreso de la República sostiene que los demandantes “parten de una premisa falsa, pues se considera que la disposición penal impugnada es aplicable a los adolescentes. Al respecto, debemos reiterar una vez más que en el tipo penal cuestionado el sujeto activo sólo puede ser una persona mayor de dieciocho años de edad (...) Si la norma objeto de control sólo resulta aplicable a los mayores, no se puede afirmar que los adolescentes ‘tendrán temor de acceder a información de salud sexual y reproductiva (...)’ Tampoco es posible argumentar que ‘los agentes de salud se verán obligados a presumir *iure et de iure* que los pacientes adolescentes son víctimas de violación sexual’, pues la pareja de la menor adolescente puede ser otro menor, con lo cual no estamos ante el tipo penal establecido en la disposición impugnada”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

82. El Tribunal Constitucional debe controlar si la disposición penal cuestionada constituye una intervención injustificada en el ámbito constitucionalmente protegido de los derechos a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad, para lo cual se utilizará el examen escalonado de control de las restricciones a los derechos fundamentales.

Primera fase: determinar el ámbito normativo del derecho fundamental

83. Se trata, en esta primera fase, de verificar sobre las posiciones iusfundamentales *prima facie* garantizadas por el respectivo derecho fundamental. Ello presupone dar respuesta a las interrogantes sobre cuáles son las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie* por el derecho, quién es el sujeto activo o titular del derecho, y quién o quiénes son sus sujetos pasivos o los obligados.

84. En cuanto a las posiciones iusfundamentales protegidas *prima facie*, cabe mencionar que sobre el derecho fundamental a no ser privado de información, el artículo 2º, inciso 5), de la Constitución garantiza el derecho de toda persona de solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en un plazo razonable, y con el costo que suponga dicho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

pedido, con la única excepción de aquella que afecte la intimidad personal y la que expresamente se excluya por ley o por razones de seguridad nacional.

Tal derecho constituye, por un lado, el reconocimiento de un derecho fundamental, y por el otro, el deber del Estado de dar a conocer a la ciudadanía sus decisiones y acciones de manera completa y transparente (Expediente N.º 00959-2004-HD/TC FFJJ 4 a 6). En esa medida, la restricción del derecho al acceso a la información resulta ser una medida de carácter extraordinario y excepcional para casos concretos derivados del mandato constitucional.

El Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia, además, que el contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a la información pública no sólo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y la obligación de dispensarla por parte de los organismos públicos, sino que la misma debe ser completa, precisa, correcta, actualizada, oportuna y veraz (Expediente N.º 04042-2011-PHD/TC FJ 10).

Sobre el derecho a la información, la Convención sobre los derechos del niño, establece en su artículo 17º que “Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental (...)”.

85. En cuanto al derecho a la salud, la Constitución establece en el artículo 7º que “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (...)”. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido” (Expediente N.º 02945-2003-AA/TC FJ 28).

Asimismo, ha sostenido que “no puede ser entendido como una norma que requiere de desarrollo legal para su efectividad, siendo así, podemos afirmar que posee una doble dimensión: a) el derecho de todos los miembros de una determinada comunidad de no recibir por parte del Estado un tratamiento que atente contra su salud; y, b) el derecho de exigir del Estado las actuaciones necesarias para el goce



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

de parte de los ciudadanos de servicios de calidad en lo relacionado a la asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica" (Expediente N.º 03599-2007-PA/TC FJ 2).

Es claro que algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y posnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de su condición social o ubicación geográfica), así como, relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a información y educación sexual.

86. En cuanto al derecho a la intimidad, específicamente al derecho a la vida privada, el Tribunal Constitucional ha sostenido que "está constituid[o] por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño (Expediente N.º 06712-2005-HC/TC FJ 38).
87. Por su parte, los *titulares de los derechos* a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad son todos los mayores de 18 años de edad, pero también, teniendo como base las mismas razones expuestas con relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad y con relación a lo peticionado en el presente caso, el Tribunal Constitucional estima que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 pueden ser titulares de dichos derechos en los asuntos vinculados a su libertad sexual.
88. En cuanto quiénes son *los sujetos pasivos u obligados* por los aludidos derechos, uno de los principales obligados es definitivamente el Estado, que no sólo tiene el deber de no intervenir desproporcionadamente en este derecho, sino también de realizar acciones que posibiliten su libre ejercicio.

Segunda fase: identificar la restricción en el ámbito prima facie garantizado por el respectivo derecho fundamental

89. En este punto, corresponde verificar si la medida penal impugnada contiene o no limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales mencionados en los párrafos precedentes.
90. En el presente caso, el cuestionado artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, sanciona a toda aquella persona mayor de edad (sujeto activo) que tenga relaciones sexuales con menores de 14 a menos de 18 años



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

de edad (sujetos pasivos). Dicha disposición penal no es aplicable a aquel autor que sea menor de edad pues dicho supuesto no está previsto por el Código Penal, sino por disposiciones legales especiales como el Código de los Niños y Adolescentes, que precisamente regula las infracciones que puedan cometer los menores de edad.

91. Así las cosas, corresponde verificar cuál es el sujeto sobre el que se puede predicar la intervención o restricción de sus derechos a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad. Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, que descarta que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal sancione la conducta de un *sujeto activo* (autor) que sea menor de edad, entonces se debe examinar si se interviene o restringe tales derechos fundamentales a los menores de edad entre 14 años a menos de 18 que sean *sujetos pasivos* de la conducta sancionable.
92. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que dicho contenido prohibitivo no constituye una intervención en el ámbito *prima facie* de los derechos fundamentales de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad, pues la impugnada disposición penal no limita o restringe el derecho de estos menores (sujetos pasivos) pues: i) con relación al derecho a la información, no impide a dichos menores acercarse libremente a los establecimientos de salud para solicitar información vinculada a la actividad sexual, ni impide al Ministerio de Salud, entre otros órganos estatales, cumplir con su obligación de establecer sistemas de información eficaces dirigidos a los adolescentes sobre las posibilidades, desarrollo y consecuencias de la actividad sexual; ii) con relación a su derecho a la salud, la disposición penal cuestionada no restringe el derecho a una atención oportuna en caso de gestación temprana o a atención prenatal, tal como lo sostienen los demandantes; y, iii) con relación al derecho a la intimidad (vida privada) de los menores de edad entre 14 años a menos de 18 —como sujetos pasivos de la conducta sancionable—, no se aprecia en qué medida la prohibición que contiene la disposición penal cuestionada tiene incidencia sobre la reserva y privacidad de de hecho o actos que forman parte de la intimidad de aquellos, y cuya divulgación por otros puede aparejar algún daño, o que se dirija a los médicos o profesionales de salud y los obligue a realizar denuncias.
93. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Constitucional estima que en el presente caso no se ha acreditado que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, vulnere los derechos a la información, a la salud y a la intimidad de los adolescentes.

§5. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto del derecho a la igualdad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

94. En la demanda de autos, se alega además que el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, vulnera el derecho fundamental a la igualdad. Seguidamente se verificará cuáles son los argumentos de las partes sobre este cuestionamiento.

Argumentos de los demandantes

95. Sostienen que en la disposición impugnada existe un tratamiento diferente basado en la edad de las personas con las que se tiene relaciones carnales, lo que representa una intervención en la prohibición de no discriminar.
96. La disposición impugnada representa una intervención de intensidad *grave* en la medida en que se afecta derechos fundamentales como al libre desarrollo de la personalidad. En cuanto al *objetivo y fin* de la norma, refieren que este sería la protección de la indemnidad sexual de los adolescentes (finalidad - bien constitucional que se tutela), sancionando a quienes la violentan, con la finalidad de reducir la incidencia de este tipo de agresiones (objetivo - estado de cosas que se quiere lograr).
97. Sobre la *idoneidad* de la medida, alegan que, en efecto, penalizando las relaciones sostenidas entre 14 y 18 años se persigue un efecto disuasivo relacionado con la posible menor incidencia en delitos contra la libertad sexual de los adolescentes.
98. Respecto de la *necesidad* de la medida, manifiestan que en este punto se evidencia la inconstitucionalidad de la medida, pues existen diversas medidas que permitiendo obtener igual resultado, hacen innecesario establecer una intervención basada en la edad entre adolescentes y adultos. Si se quiere proteger la indemnidad sexual de los adolescentes, lo que debe sancionarse penalmente es la práctica de relaciones sexuales mediando amenaza, violencia o dominio de algún tipo, pero en ningún caso la exploración o ejercicio libre de la propia personalidad sexual.
99. Finalmente, mencionan que siendo de intensidad grave la afectación al derecho a la igualdad, en sentido contrario no puede acreditarse que la penalización de relaciones sexuales con adolescentes, a diferencia de lo que sucede entre adultos, permita satisfacer de mejor manera la protección de la indemnidad sexual, de modo que, aunque no es necesario examinar la *proporcionalidad en estricto* de la medida penal, es evidente que tampoco la supera. Por tanto, la medida resulta contraria al mandato de igualdad.

Argumentos del demandado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

100. El apoderado del Congreso de la República sostiene que la medida penal cuestionada supera todos los exámenes del test de igualdad y que, por tanto, no vulnera el principio de igualdad.

101. Aduce que la introducción del tratamiento diferenciado da lugar a dos grupos de destinatarios de la norma: 1) los mayores de edad que tienen "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal" o realizan "otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad" que tiene "entre catorce años de edad y menos de dieciocho"; y, 2) los mayores de edad que incurrir en tales conductas con otros mayores. Tal *tratamiento diferenciado* consiste en establecer una sanción penal a los mayores de edad que tienen "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal" o realizan "otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías con un menor de edad" que "tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho".

La situación jurídica que funciona en este caso como término de comparación está constituida por la norma según la cual no son sancionados penalmente (consecuencia jurídica) los mayores de edad que incurrir en las referidas conductas con otros mayores (supuestos de hecho).

102. Respecto de la intensidad de la intervención, expone que la medida cuestionada no guarda relación alguna con la diferenciación de intensidad grave debido a que no se sustenta en ninguno de los motivos establecidos en el artículo 2º, inciso 2), de la Constitución y menos aún impide el ejercicio o goce de un derecho fundamental, por lo que debe asumirse que la intensidad de la intervención es *leve*.

103. El *objetivo* del tratamiento diferenciado, -aduce- es la disminución de casos de "acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal" u "otros actos análogos" entre un mayor de edad y un menor que tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho". El *fin* es proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de dichos menores.

104. Respecto de la *idoneidad* de la medida refiere que a través de la disposición penal impugnada (medio) se puede lograr que se disminuyan las conductas que aquella prohíbe (objetivo), y a su vez que dicho objetivo es idóneo para proteger la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho.

105. En cuanto al examen de *necesidad* fundamenta que en la demanda no se plantea una medida que, a la vez, sea: 1) idónea para para proteger la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho; y, 2) más benigna con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los mayores de edad. En ese sentido, la medida impugnada supera dicho examen de necesidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

106. Finalmente, sostiene que la medida penal impugnada resulta *proporcional en sentido estricto* puesto que el grado de realización u optimización del fin constitucional (protección de la indemnidad o intangibilidad de los menores de catorce años a menos de dieciocho) no es menor que la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad (intensidad leve). Por tanto, concluye que la intervención en la igualdad analizada supera el test de igualdad.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

107. Teniendo en cuenta que en las primeras consideraciones de la presente sentencia se ha realizado el control de constitucionalidad del artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, y se ha determinado que es inconstitucional por vulnerar el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años de edad a menos de 18, el Tribunal Constitucional estima que carece de relevancia emitir pronunciamiento sobre si dicha disposición penal vulnera o no el principio de igualdad.

§6. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

108. Sobre los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, cabe mencionar que el artículo 204º de la Constitución establece que: "La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal".

109. Asimismo, el artículo 103º de la Constitución prevé que "pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad".

110. En cuanto a los efectos de la irretroactividad, el artículo 83º del Código Procesal Constitucional establece que "Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 [retroactividad benigna en materia penal] y último párrafo del artículo 74 de la Constitución. Por la declaración de (...) inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado".

111. Con independencia de su distinta valoración, la potestad de los Tribunales Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

de los casos que son sometidos a su conocimiento constituye en la actualidad un elemento de vital importancia en el Estado constitucional de derecho, pues con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, se tiende a aplazar o suspender los efectos de ésta.

112. Ello, sin lugar a duda, no implica una total discrecionalidad o arbitrario accionar por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones, “empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con firmeza por parte de la Corte Constitucional, sería una demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias”. “[E]l orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional”. Es por ello que “La Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando éstos pueden determinar consecuencias que trastocuen aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos ella no puede observar pura y simplemente –es decir, ciegamente– la eliminación la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La ética de la responsabilidad exige esta atención” [ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il controllo da parte della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*. En: *Effetti temporali delle sentenze della Corte Costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Giuffrè, Milano, 1989. pp.195 y 198].

113. En el presente caso, teniendo en cuenta que la disposición impugnada resulta inconstitucional, y que al versar sobre materia penal, la respectiva declaratoria de inconstitucionalidad va a generar efectos en procesos penales en trámite y procesos penales terminados, el Tribunal Constitucional considera que existe mérito suficiente para pronunciarse sobre los efectos de la presente sentencia, más aún si la expulsión de la disposición cuestionada podría dejar sin juzgamiento determinados casos de violencia, agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 años a menos de 18.

114. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no implica la inmediata excarcelación de aquellos procesados o condenados con base en el inconstitucional artículo 173º, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704, en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra menores de 14 años a menos de 18 (en los que no se acredita el consentimiento de dichos menores). Asimismo, tal declaración de inconstitucionalidad no implica que a dichos procesados o condenados, cuando corresponda, no se les pueda procesar nuevamente por el delito de violación sexual regulado en el artículo 170º del Código Penal u otro tipo penal, o aplicar algunos mecanismos alternativos a dicho juzgamiento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

115. Lo expuesto exige diferenciar dos tipos de efectos que origina la presente declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 173º, inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704: el primero, respecto de aquellos casos penales en trámite o terminados en los que se acredite el consentimiento fehaciente y expreso, más no dudoso o presunto, de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, que teniendo en cuenta los efectos retroactivos en materia penal favorable al reo, a partir de la presente declaratoria de inconstitucionalidad, no resultarán sancionados penalmente; y el segundo, sobre aquellos casos penales en trámite o terminados en los que no se acredite dicho consentimiento, sino por el contrario, se evidencie que ha existido violencia, agresión o abuso sexual, o grave amenaza, contra dichos menores, o casos en los que no se hubiera podido apreciar si existió o no el aludido consentimiento, que teniendo en cuenta la especial protección del interés superior del niño y del adolescente aplicable a los procesos que examinan la afectación de sus derechos, a partir de la referida declaratoria de inconstitucionalidad, dependiendo de los hechos concretos, podrán ser susceptibles de “sustitución de pena”, “adecuación del tipo penal” o ser procesados nuevamente conforme al artículo 170º del Código Penal u otro tipo penal que resultara pertinente.

116. Finalmente, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta la obligación del Estado de proteger el interés superior del niño y del adolescente (artículo 4º de la Constitución), y que es de público conocimiento que en nuestra sociedad los delitos de violación, agresión o abuso sexual, especialmente contra menores de edad, constituyen un tipo grave de afectación a los derechos de aquellos, debe exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, legisle de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, las respectivas disposiciones penales del capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal que tengan por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad entre 14 años y menos de 18; y en consecuencia, inconstitucional el artículo 173º inciso 3) del Código Penal, modificado por la Ley N.º 28704.
2. Declarar que la presente sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por violencia, agresión o abuso sexual contra menores de edad entre 14 años a menos de 18, conforme a lo expresado en los fundamentos 114 y 115 *supra*.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00008-2012-PI/TC
LIMA
10609 CIUDADANOS

3. Exhortar al Congreso de la República para que, conforme a sus competencias, pueda legislar de forma sistemática y con la gravedad de la pena que corresponda, todos aquellos casos que comprometan los derechos fundamentales de los menores de edad y se encuentren contenidos en el capítulo sobre violación de la libertad sexual del Código Penal.

Publíquese y notifíquese.

SS.
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR

UNIDAD I: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Ej. Supr. Cas. N° 335-2015-El Santa, ponente: Hinostroza Pariachi

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL VINCULANTE

Sumilla: La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. De igual modo, la inaplicación de la prohibición contenida en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, vía control difuso, para los delitos sexuales, también es compatible con la Constitución. Para la graduación de la pena concreta a imponerse al procesado, en caso de inaplicación de la pena conminada del tipo penal respectivo, debe acudir al artículo 29° del Código Penal. Para la individualización judicial de la pena a los autores o partícipes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años de edad, se tendrán en cuenta, entre otros factores: i) Ausencia de violencia o amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal; ii) Proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad; iii) Afectación psicológica mínima del sujeto pasivo; y iv) Diferencia etárea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, primero de junio de dos mil dieciséis.-

VISTOS; en audiencia privada, el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DEL SANTA, contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: **i)** Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; **ii)** Modificar la pena impuesta – treinta años –, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra GEANCARLOS

VEGA MEJÍA, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.

De conformidad, en parte, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo CÉSAR HINOSTROZA PARIACHI.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO: El señor Fiscal Provincial Coordinador de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa Del Santa, mediante requerimiento de fojas setenta y cuatro, formuló acusación contra GEANCARLOS VEGA MEJÍA como autor del delito contra la libertad sexual, en la modalidad de Violación Sexual de Menor, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., solicitando que se le imponga treinta años de pena privativa de libertad y dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de dicha agraviada.

SEGUNDO: Realizado el control de acusación – fojas ciento treinta y uno, y ciento treinta y seis del tomo I –, se emitió el auto de enjuiciamiento de fojas ciento treinta y ocho. El inicio del juicio oral se produjo el primero de octubre de dos mil catorce – fojas ciento veinticinco –. Las sesiones plenarias se extendieron hasta el treinta de octubre del mismo año – fojas ciento setenta y uno –. En la misma fecha, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia Del Santa, emitió la sentencia de fojas ciento ochenta y cinco, condenando a GEANCARLOS VEGA MEJÍA como autor del delito contra la libertad sexual,

en la modalidad de Violación de la Libertad Sexual de Menor de Edad, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B., a treinta años de pena privativa de libertad y fijó la suma de dos mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor de la indicada menor.

§. ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA

TERCERO: Contra la sentencia condenatoria, el procesado GEANCARLOS VEGA MEJÍA interpuso recurso de apelación – fojas doscientos veinte –; el mismo que fue concedido mediante resolución de fojas doscientos veintiséis, elevándose los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante resolución de fojas doscientos setenta y tres, señaló fecha de audiencia de apelación el día nueve de marzo de dos mil quince. En la fecha indicada se dio inicio a la audiencia – fojas doscientos ochenta y dos –. Compareció el señor Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior del Distrito Fiscal Del Santa, así como el abogado defensor del sentenciado GEANCARLOS VEGA MEJÍA. Ambos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero solicitó que se confirme la sentencia apelada. En tanto, el segundo requirió su revocatoria y consecuente absolución de los hechos incriminados. Los alegatos versaron en dos aspectos medulares:

- I) Del lado del Fiscal, se enfatizó en la contundencia de la prueba de cargo para justificar la condena, la pena y la reparación civil impuesta [pretensión acusatoria]; y,
- II) Del lado de la defensa, se destacó que la edad de la menor sólo podía acreditarse mediante la partida de nacimiento respectiva; que la agraviada incurrió en diversas contradicciones respecto a

las circunstancias en que se produjo la violación; que el encausado no ha sido reconocido como autor del delito y resulta poco probable que el acto sexual se haya producido en el domicilio de este último, y que en la determinación de la pena, no se ha considerado su condición de agente primario, por lo que debió imponérsele una sanción por debajo del mínimo legal [pretensión defensiva].

CUARTO: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, mediante sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince, resolvió: **i)** Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada [de treinta a treinta y cinco años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código acotado; **ii)** Elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en caso no fuese interpuesto el recurso de casación; **iii)** Declarar fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por el procesado GEANCARLOS VEGA MEJÍA; contra la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce; **iv)** Confirmar la referida sentencia en cuanto condenó a GEANCARLOS VEGA MEJÍA, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B.; **v)** Modificar la pena impuesta al condenado, y, reformándola, le impuso la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; y, **vi)** Confirmar en el extremo que fija por concepto de reparación civil, la suma de dos mil nuevos soles a favor de la agraviada.

QUINTO: Los hechos declarados probados por la Sala Penal Superior, desde la perspectiva jurídica, constituyen tópicos inalterables para este Supremo Tribunal, respecto de los cuales no cabe su impugnación en sede casatoria. En este sentido, de la Sentencia de primera instancia y de la de vista, se desprende lo siguiente:

- A. Que, el acto sexual en perjuicio de la agraviada identificada con las iniciales C.B.Y.B., se acreditó con el Certificado Médico Legal número 001461 – EIS, de fojas ciento cuarenta y siete, que diagnostica la presencia de: *"lesiones traumáticas externas recientes en región genital, himen: desfloración antigua y ano: signos de acto contra natura antiguo con lesiones recientes"*.
- B. Que, el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 – 2013 – PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho, establece que la menor presenta: *"personalidad ansiosa tendiente a la extroversión, reacción depresiva, temor, desgano asociado al motivo de investigación (...) indicadores de estresor de tipo sexual (sudoración palmar, onicofagia, labilidad, ruborización)"*.
- C. Que, la edad de la agraviada está debidamente probada con la partida de nacimiento de fojas doscientos cincuenta, según la cual nació el tres de febrero del dos mil, por lo que, a la fecha del evento criminoso (veintisiete de febrero del dos mil trece), tenía trece años y veinticinco días de edad.
- D. Que, la relación sexual entre la menor individualizada con las iniciales C.B.Y.B. y el acusado GEANCARLOS VEGA MEJÍA fue consentida, no habiendo mediado violencia o amenaza. El acusado en referencia, al momento de los hechos, contaba con 19 años de edad.

§. DEL RECURSO DE CASACIÓN.-

SEXTO: La señora FISCAL SUPERIOR, a fojas trescientos catorce, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista de fojas doscientos noventa y uno, en los extremos que: **a)** Inaplicó el mínimo y máximo de la pena conminada [de 30 a 35 años de pena privativa de libertad] prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal, y la prohibición de responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del código acotado; y, **b)** Modificó la pena de 30 años de pena privativa de libertad, impuesta al acusado GEANCARLOS VEGA MEJÍA, y reformándola, le impuso 5 años de pena privativa de libertad efectiva. Se invocó como causales del recurso de casación, las previstas en el artículo 429°, numerales 1) y 3), del Código Procesal Penal. El recurso fue concedido por resolución de fojas trescientos sesenta y dos.

SÉTIMO: Este Supremo Tribunal mediante Ejecutoria Suprema de fecha 05 de octubre de 2015, obrante a folios 48 en el presente cuadernillo, declaró bien concedido el recurso de casación, solo por la causal prevista en el artículo 429°, numeral 3), del Código adjetivo acotado, cuyo texto es el siguiente: *"Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación"*. Mientras que fue declarado inadmisile por la causal prevista en el inciso 1°, del artículo 429° del Código Procesal Penal, cuyo texto señala: *"Si la sentencia o auto han sido expedidos con inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías"*. En este sentido, lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:

- A. La inaplicación (falta de aplicación) de la pena conminada prevista en el artículo 173°, numeral 2), del Código Penal; y,
- B. La inaplicación (falta de aplicación) del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, que excluye la responsabilidad restringida de los sujetos activos de 18 a 21 años de edad, en el delito de violación de la libertad sexual.

OCTAVO: Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación – notificación de fojas cincuenta y tres, en el cuadernillo supremo –, se expidió el decreto de fojas cincuenta y cinco en el presente cuadernillo, señalándose fecha para la audiencia de casación el dieciocho de mayo de dos mil dieciséis. El señor **FISCAL SUPREMO EN LO PENAL**, mediante escrito de fecha diecisiete de mayo de dos mil dieciséis, presentado un día antes de la audiencia de casación, mostró su conformidad con la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, efectuada por la Sala Penal de Apelaciones Del Santa, aunque exponiendo argumentos distintos; sin embargo, solicitó que la pena se incremente en 3 años, es decir, en vez de 5 se imponga al procesado la pena de 8 años de pena privativa de libertad. El máximo representante del Ministerio Público y titular del ejercicio público de la acción penal, como ente persecutor, sostiene en resumen los siguientes argumentos: **i)** Que, existen buenas razones para admitir el control difuso efectuado por el Tribunal Superior, siendo admisible, por un lado, la inaplicación del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, y de otro lado, la imposición de una pena por debajo del marco legal para el delito imputado; **ii)** Que, el consentimiento en la relación sexual sostenida entre un sujeto activo de responsabilidad restringida y un sujeto pasivo que está en edad cercana a adquirir autodeterminación sexual, constituyen circunstancias fácticas constitucionalmente relevantes para influir en

el marco sancionatorio que debe aplicarse, debiendo ser uno menor al previsto por la Ley, motivo por el cual, no convergen razones jurídicas para considerar que un agente necesite treinta años de pena privativa de libertad para resocializarse, por haber mantenido una relación sexual con una menor de trece años de edad; **iii)** Que, la sanción acotada no supera el juicio de necesidad, estimándose que su resocialización como fin de la pena se puede alcanzar con un marco punitivo que restrinja su derecho a la libertad personal de modo más benigno; **iv)** Que, la sanción de treinta años de privación de libertad anula el bien jurídico [libertad personal] junto al proyecto de vida del imputado, quien es una persona joven que apenas superó el límite de edad para ser considerado imputable penalmente. Asimismo, anota que el delito fue consumado cuando la menor se encontraba en la última etapa de desarrollo de su capacidad psicofísica para adquirir autodeterminación sexual. Al punto que, de acuerdo a la pericia psicológica practicada, no se revelan reacciones o indicadores de alta gravedad de afectación emocional; **v)** Que, si bien el consentimiento en la relación sexual, no es relevante para determinar la consumación del tipo penal; si constituye un factor trascendente al momento de la determinación de la sanción penal. Por todas estas consideraciones, estando a que el hecho no reportó circunstancias agravantes, pues, contrariamente a ello, se destaca que el agente tenía la condición de reo primario y por su imputabilidad relativa, corresponde disminuir prudencialmente la pena del marco legal abstracto señalado; considerando que debe aplicársele 8 años de pena privativa de libertad.

NOVENO: La audiencia de casación se realizó con la intervención del señor Fiscal Supremo en lo Penal, y culminada la misma, de inmediato, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta.

En virtud de lo cual, tras la votación respectiva, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública, en concordancia con el artículo 431°, numeral 4), del Código Procesal Penal, señalándose para el primero de junio de dos mil dieciséis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

DÉCIMO: La Fiscalía Superior impugnante considera que la Sentencia de Vista, materia del presente recurso de casación, que reduce la pena impuesta al procesado Geancarlos Vega Mejía, de 30 años de pena privativa de libertad a 5 años de pena privativa de libertad, vulnera el principio de legalidad de la pena, por cuanto no aplicó la pena tasada prevista en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, que establece un mínimo de 30 y un máximo de 35 años de pena privativa de libertad. Asimismo, aplicó la atenuante por responsabilidad restringida prevista en el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, a pesar de que el segundo párrafo del mismo artículo, lo prohíbe para el delito de violación de la libertad sexual; cuestionando el test de proporcionalidad efectuado por el Colegiado Superior, tanto para la inaplicación de las normas legales antes mencionadas, así como para la graduación de la pena. En este sentido, este Supremo Tribunal analizará si dicha sentencia de vista tiene legitimidad constitucional, en base a las particularidades del caso concreto, para lo cual examinará el test de proporcionalidad realizado por la Sala Penal de Apelaciones.

DÉCIMO PRIMERO: Es pertinente dejar sentado que el Colegiado Superior, dio por probado el supuesto de hecho (acceso carnal con una menor de 13 años de edad, previsto en el primer párrafo del artículo 173) pero no aplicó la pena privativa de libertad conminada prevista en el artículo 173.2 del Código penal (Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años). En este sentido, la Sala Penal de Apelaciones no se ha apartado del principio de legalidad del hecho típico, por cuanto la conducta desarrollada por el procesado Vega Mejía, como es la de haber tenido acceso carnal con la agraviada, sí ha sido subsumida en el primer párrafo del mencionado tipo penal

DÉCIMO SEGUNDO: La Sala Penal de Apelaciones que dictó la sentencia de vista impugnada, no aplicó tanto el artículo 173°, inciso 2°, así como el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal, que se refieren a la pena aplicable para el supuesto de hecho correspondiente; es decir, se apartó del principio de legalidad de la pena. Dicho Colegiado Superior hizo uso de su facultad constitucional prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, que prescribe: "*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera*". Es decir, realizando un control de constitucionalidad de las leyes aplicables al caso concreto, consideró que dichos artículos son incompatibles con otros principios y derechos constitucionales, por lo que utilizó lo que en doctrina constitucional se conoce como el "control difuso" de las leyes; no aplicándolas solo en este caso concreto.

DÉCIMO TERCERO: A criterio de este Supremo Tribunal y compartiendo la posición del Colegiado Superior, en efecto, estamos ante la colisión

del PRINCIPIO DE LEGALIDAD, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado que señala: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; **ni sancionado con pena no prevista en la ley**" (el resaltado es nuestro), reflejado en el artículo 173°, inciso 2°, y artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; y los PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, previsto en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución y en el artículo VIII del Código Penal que señala: "La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho" y DE RESOCIALIZACIÓN DEL REO, previsto en el artículo 139°, inciso 22, de la Constitución Política del Estado, así como el principio convencional de prohibición de penas (o tratos) crueles, inhumanas o degradantes, garantizado en el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH).

DÉCIMO CUARTO: La criminalización del acceso carnal con menores de 13 años de edad, busca proteger el bien jurídico denominado "indemnidad sexual"; considerando el legislador que con una pena de 30 a 35 años de prisión, prevista en el artículo 173.2 del Código Penal (principio de legalidad de la pena) se tutela de manera adecuada dicho bien jurídico; prohibiendo, además, cualquier beneficio procesal de atenuación de dicha pena, por lo que excluyó la circunstancia atenuante prevista en el artículo 22, primer párrafo, del Código Penal, para los sujetos activos que tienen una edad de entre 18 y 21 años.

Por su lado, el principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes públicos (Poder legislativo, Poder judicial y Poder Ejecutivo), como mandato obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el

campo penal reclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respeto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la República que por expreso mandato constitucional "Sólo están sometidos a la **Constitución** y la ley" (art. 146.1 de la Const.).

DECIMO QUINTO: De otro lado, el principio de resocialización del penado, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución, exige que las penas se orienten a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Si bien el precepto constitucional se refiere al régimen penitenciario, sin embargo, no puede pasar desapercibido que también es un mandato dirigido al legislador penal, respecto a la creación de delitos y penas, en especial a las clases de penas y sus magnitudes, ya que solo el régimen penitenciario que cuente con penas no desocializadoras podrá alcanzar su fin resocializador. El régimen penitenciario no puede considerarse al margen del sistema penal ni de la actividad legislativa en materia penal, dado que para que haya "reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado", debe haber primero leyes que permitan y promuevan la resocialización. Sin leyes penales compatibles con el fin preventivo especial de la pena, el mandato resocializador sería una quimera. Justamente, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) prescribe: "*Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados*", por lo que el mandato constitucional referido al régimen penitenciario, deberá ser interpretado sistemáticamente con este precepto convencional a fin de dotarlo de pleno sentido y valor.

DECIMO SEXTO: El principio resocializador se complementa con el principio de prohibición de penas crueles, inhumanas y degradantes (art. 5.2 de la CADH), que se refiere tanto a la prohibición de penas que en su ejecución pueden ser crueles e inhumanas (v. gr. producto del hacinamiento carcelario, graves condiciones de insalubridad y precariedad alimentaria) como a las penas que en su configuración legislativa, ya sea por su modalidad o por su duración, sean materialmente lo mismo. Los Estados americanos, entre ellos el Perú, al momento de ratificar la CADH se han obligado voluntariamente, no solo a respetar los derechos humanos (art. 1° de la CADH que establece la obligación de respeto), sino a adaptar sus disposiciones internas a los derechos y principios de la CADH. Al respecto, vale recordar que el artículo 2° de la CADH prescribe que: *"los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"*.

DÉCIMO SEPTIMO: El principio de proporcionalidad busca lograr una concordancia razonable entre la entidad del injusto (lesión al bien jurídico, gravedad o no de las modalidades de ataque, etc.); la culpabilidad (accesibilidad normativa, imputabilidad etc.) y la entidad de la consecuencia jurídica aplicable, incluyendo, en su ámbito de influencia, la prohibición del exceso. La proporcionalidad implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre el ilícito y la sanción; la cual se asienta en una ponderación fijada por el legislador en una ley (proporcionalidad abstracta), y en la valoración que el Juez realiza en el caso concreto

(proporcionalidad concreta) [1]. Si bien la proporcionalidad abstracta es *prima facie* complementaria a la proporcionalidad concreta, sin embargo, pueden ser contrapuestos en un caso concreto; bien porque el análisis del caso determine la necesidad de imponer una pena menor que la prevista por la ley, o, bien sea conveniente imponer una pena por encima del marco penal establecido en la ley; con la particularidad hermenéutica que esta última posibilidad se encuentra excluida en un Estado Constitucional, por mandato del principio de legalidad penal y el principio pro homine (art. 29. a) de la CADH).

Se reconoce que el principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho sancionador, limita el ejercicio adecuado del *ius puniendi* estatal y refuerza el principio de la proscripción de la arbitrariedad estatal.

DÉCIMO OCTAVO: Corresponde al legislador diseñar típicamente los comportamientos antijurídicos y la fijación de los marcos penales abstractos estipulados para cada delito en la ley Penal [criminalización primaria], mientras que la labor jurisdiccional se torna significativa y de carácter sumamente delicado, pues sobre ella recae la responsabilidad de la imposición final de la sanción punitiva [criminalización secundaria]. Los Jueces Penales, en sus diversas jerarquías, deben orientar su actuación funcional justamente a mantener un equilibrio óptimo entre legalidad, el respeto de los derechos fundamentales y la vigencia de los principios constitucionales, entre los que se cuenta el principio de proporcionalidad.

En este sentido, el conflicto de principios constitucionales se presenta porque, a criterio de este Supremo Tribunal, la pena de 30 a 35 años

[1] Castillo Alva, José Luis. Principios de Derecho Penal Parte General. Gaceta Jurídica. Lima 2002, pp. 280.

de pena privativa de libertad, fijada por el legislador para proteger la "indemnidad sexual" de la menor agraviada, quien contaba al momento de los hechos con 13 años y veinticinco días de edad, (artículo 173.2 del CP); es sumamente grave y representa en su límite máximo la pena privativa de la libertad temporal más drástica de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que debe analizarse su aplicación en concordancia con los principios de proporcionalidad y resocialización.

DÉCIMO NOVENO: Entonces, al haber surgido un conflicto entre disposiciones legales y principios constitucionales así como principios de rango convencional; éstos serán objeto de ponderación. Si bien es cierto, el legislador al establecer una pena privativa de libertad tan drástica para la protección del bien jurídico "indemnidad sexual", ha intervenido en la libertad individual del sujeto activo, criminalizando su comportamiento; sin embargo, se debe analizar si existe en el caso concreto una sobrecriminalización, que redunde en una sobreprotección, en cuanto a la pena establecida para dicho bien jurídico, y si se respeta el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

VIGESIMO: Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia dictada en el Exp. N° 579-2008-PA/TC. LAMBAYEQUE. CESAR AUGUSTO BECERRA LEIVA., 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 fin. 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".

VIGÉSIMO PRIMERO: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido en su jurisprudencia que un derecho humano puede ser restringido, siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias (sentencia del caso ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 273; FONTEVECCHIA Y D'AMICO C. ARGENTINA de 29 de noviembre de 2011; PÁRR. 43) como también ha fijado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención (sentencias de los casos KIMEL C. ARGENTINA, 2 de mayo de 2008, PÁRR. 52; CASTAÑEDA GUTMAN C. MÉXICO, 6 de agosto del 2008, PÁRR. 175). La reglamentación y limitación de los derechos humanos (v. gr. libertad personal, libertad de expresión, derecho al honor y a la intimidad, entre otros), como cualquier otra restricción de un derecho humano, debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (sentencias de los casos ARTAVIA MURILLO Y OTROS (FECUNDACIÓN IN VITRO) C. COSTA RICA de 28 noviembre de 2012; PÁRR. 273; PÁRR. 43; MÉMOLI C. ARGENTINA de 22 de agosto de 2013; PÁRR. 127; TRISTÁN DONOSO C. PANAMÁ, sentencia de 27 de enero de 2009: PÁRR. 76). En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de

dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención (sentencia del caso TRISTÁN DONOSO C. PANAMÁ, sentencia de 27 de enero de 2009: PÁRR. 76).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la restricción (de un derecho humano) debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo (sentencia del caso YATAMA C. NICARAGUA, 23 de junio del 2005, PÁRR. 206).

Dicha Corte ha sostenido, además, que entre varias opciones para alcanzar el interés público imperativo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención, las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho en cuestión (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, PÁRR. 46).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Ahora bien, teniendo en cuenta el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional y analizado el test de proporcionalidad correspondiente; sobre la idoneidad de la tipificación del delito de violación sexual presunta, en agravio de menores de 13 años de edad, en el artículo 173°, inciso 2° del Código Penal, y la imposición de pena privativa de libertad para sus autores o partícipes; consideramos que es un medio idóneo para lograr la protección de la indemnidad sexual de los menores involucrados como víctimas. La indemnidad sexual consiste en "la tutela del desarrollo y formación sexual del menor, pero solo de quienes tienen

menos de catorce años" (R.N. N° 1915-2013-LIMA del 09 de diciembre del 2014). Al respecto, el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho/ CJ-ciento dieciséis, ha señalado que "debe entenderse como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual; habiéndose establecido que los adolescentes de catorce años de edad sí tienen esa capacidad para autodeterminarse y dirigir sus decisiones en lo relativo a su vida sexual, quedando, por ende, el Estado privado de criminalizar aquellas conductas, en las que una persona adulta mantiene relaciones sexuales voluntarias con menores cuyas edades oscilan entre catorce a dieciocho años".

VIGÉSIMO TERCERO: Sin embargo, este Supremo Tribunal estima, respecto al subprincipio de necesidad, que la imposición de 30 a 35 años de pena privativa de libertad al autor o partícipe de la violación sexual de un menor de 13 años de edad, (la agraviada tenía trece años y veinticinco días de edad), no es un medio necesario o indispensable para lograr la protección efectiva del bien jurídico "indemnidad sexual", por cuanto existen otras medidas alternativas, igualmente eficaces, de penas menores de privación de la libertad que pueden permitir alcanzar el mismo objetivo. En la vida real, no se ha acreditado que la pena de 30 a 35 años de cárcel, pena prevista en el artículo 173.2 del CP, sea una pena necesaria e indispensable para alcanzar el objetivo de proteger el bien jurídico "indemnidad sexual", tanto desde la perspectiva del principio de proporcionalidad de base constitucional (art. 200 de la Constitución) como de su fundamento convencional (art. 30 de la CADH).

En efecto, si bien es cierto la pena de privación de la libertad individual del sujeto activo, es idónea para proteger el bien jurídico: indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad; sin embargo,

la magnitud y dosis de la pena de 30 a 35 años no es necesaria e indispensable para proteger el bien jurídico de manera legítima. Lo que es idóneo en abstracto no siempre es necesario ni proporcional en concreto. En consecuencia la pena draconiana establecida por el tipo penal no supera el subprincipio de necesidad.

En este extremo cabe mencionar la ilógica del legislador, cuando al regular la pena para el delito de Homicidio, previsto en el artículo 106° del Código Penal, establece una pena de 6 a 20 años de pena privativa de libertad. Es decir, considera que solo entre 6 y 20 años es necesario privar la libertad de un homicida, para satisfacer el bien jurídico vida que protege dicho tipo penal. Entonces, para proteger otros bienes jurídicos de menor rango que la vida humana, no se explica cómo es que se requiere de una pena mayor.

VIGÉSIMO CUARTO: En cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto; si bien es cierto, el segundo paso del test de proporcionalidad (necesidad) no se cumple en el caso concreto, por lo que carecería de objeto analizar el tercer y último paso del mencionado test; sin embargo, consideramos que es importante analizar este extremo por cuanto se trata de establecer, si la pena impuesta por el Juzgado Penal Colegiado, de 30 años de pena privativa de libertad, es excesiva y vulneradora de la libertad personal del procesado; y si la pena de 5 años de prisión impuesta por la Sala Penal de Apelaciones, resulta adecuada al hecho punible, de cara al principio de proporcionalidad.

VIGÉSIMO QUINTO: Ahora bien, para establecer el peso o importancia de los principios constitucionales en conflicto, debe seguirse a la ley de la ponderación; en este sentido decimos "*Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la dignidad y libertad personal*

del imputado, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales que persigue la ley, en favor de la indemnidad sexual de los menores de 13 años de edad".

VIGÉSIMO SEXTO: Para medir los grados de afectación y los niveles de satisfacción que persigue el artículo 173.2 del Código Penal, hay que valorar las intensidades, estableciendo una escala triádica (Sentencia del Tribunal Constitucional ya acotada, fundamento 31) catalogándose como grave, medio o leve. Cuando es posible establecer, de manera racional, que una medida de restricción de baja o leve intensidad, logra niveles de satisfacción altos o elevados, la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley), ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima, desde la perspectiva constitucional (fundamento 34 de la Sentencia citada). Contrario sensu, si la afectación a un derecho fundamental es grave y el nivel de satisfacción que se logra es medio o leve, entonces, la ley no habría pasado dicho test de proporcionalidad.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: En el caso de autos, este Supremo Tribunal considera que la imposición de una pena de 30 a 35 años de pena privativa de libertad, que se impondría al procesado Vega Mejía (de 19 años de edad) como autor del delito de violación sexual de menores de 13 años y veinticinco días de edad; es una intervención de intensidad grave sobre la dignidad y libertad personal del imputado, como ya se ha anotado; y el nivel de satisfacción que se logra con esta medida, sobre la protección del bien jurídico protegido de la menor agraviada; consideramos que es de grado medio. En efecto, las penas elevadas y sumamente drásticas para los casos de acceso carnal con menores de 13 años, que han prestado

su consentimiento, no han evitado el incremento de estos hechos delictivos, y no registran eficacia compatible con los fines de la pena en un Estado democrático, como es la prevención general negativa; sobre todo cuanto hay otras medidas menos perjudiciales o gravosas (penas menos graves) que podrían lograr los objetivos constitucionales que persigue la ley (artículo 173.2 del Código Penal).

VIGÉSIMO OCTAVO: En el mismo sentido, la prohibición de disminuir la pena para los sujetos activos de responsabilidad restringida, como los jóvenes de 18 a 21 años de edad, establecida por el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, tampoco pasa el test de proporcionalidad, por cuanto para proteger el bien jurídico "indemnidad sexual", no es necesario proscribir la aplicación de esta circunstancia atenuante. La exclusión de la facultad del Juez para poder atenuar la pena en los delitos sexuales cometidos por jóvenes de responsabilidad restringida, no es idónea ni necesaria para combatir este tipo de delitos. Si ya la aplicación de penas altas constituye un problema acerca de la legitimidad constitucional de las normas penales, en orden a los fines constitucionales de la pena; entonces, la exclusión de la atenuante por imputabilidad disminuida deviene en una medida arbitraria y no resulta idónea para alcanzar el objetivo deseado: lucha eficaz contra la criminalidad y mantener los índices delictivos en límites razonables.

VIGÉSIMO NOVENO: No hay estudios criminológicos, científicos, psicológicos, o de otro orden técnico, que permitan sostener de manera razonable y válida que prohibiendo la atenuación de la pena a los imputados de 19 años de edad, que tuvieron acceso carnal con menores de 13 años (el imputado tenía 19 años); se reducirán los índices de este tipo de delitos. Por el contrario, esta

prohibición, fomenta la marginación, la exclusión social y quebranta el principio contenido en el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que prescribe: *"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados"*.

TRIGÉSIMO: De otro lado, la aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad que le impuso el Juzgado Penal Colegiado, al imputado Vega Mejía, quien contaba con 19 años de edad, por haber mantenido una relación sexual, lograda sin violencia e instrumentalización de la víctima por haber tenido una relación afectiva previa, y cuya diferencia de edades no era significativa; contraviene también el principio de resocialización, consagrado en el artículo 139.22 de la Constitución y el artículo 5.6 de la CADH; por cuanto dada la magnitud y drasticidad de la pena y la prohibición de beneficios penitenciarios, constituye una pena altamente lesiva, que lejos de colaborar en la reintegración social del reo, neutraliza cualquier intento de reincorporar al condenado a la sociedad democrática.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Por mandato constitucional (art. 139.22) y convencional (art. 5.6) toda pena debe promover la resocialización del reo, tanto en la faceta legislativa, en el campo judicial, como en el ámbito de la ejecución penal. Con ello, no es que se pretenda afirmar que el único fin legítimo de la pena sea la resocialización, sino que dicho fin se presenta como un objetivo irrenunciable de la pena, cualquiera que sea su clase, que obliga a todos los poderes públicos y que un Estado Social y Democrático, como el peruano, debe cumplir (art. 43 de la Constitución); en particular, en el diseño de toda

política criminal y la configuración de las clases y magnitudes de penas.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que: "la disposición constitucional, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato expreso de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea en el momento de regular las condiciones de ejecución de las penas o en el de establecer el *quantum* de ellas², y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos. Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *quántum* de la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de ese *quántum* o de las condiciones en las que la pena se ha de cumplir; ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad. De éstas, se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad³".

² EXP. N° 7730-2005-PHC/TC; CASO: WILMER GONZALES IZUISA; EXP. N° 7724-2005-PHC/TC; CASO: NICOLÁS MARTÍN VALQUI CAHUAZA.

³ EXP. N° 803-2003-HC/TC; CASO: PEDRO FELIPE CUBA RAMIREZ O SALVADOR MAMANI QUISPE.

TRIGÉSIMO TERCERO: Por ello, este Supremo Tribunal considera que ninguna pena, sobre todo cuando se trate de penas privativas de la libertad, puede sacrificar y obviar en su aplicación el mandato resocializador, que como principio constitucional y como compromiso convencional obligatorio ha contraído el Perú; hacerlo, no solo supone incurrir en desacato constitucional, sino en desafiar las obligaciones internacionales adquiridas por el Perú al suscribir diversos Tratados de Derechos Humanos, exponiendo al Estado a una eventual responsabilidad política por violación de derechos humanos.

De igual modo, solo en la medida en que se cumpla y respete el principio resocializador, junto a los demás fines de la pena; es posible evitar una violación al principio que prohíbe instaurar en un Estado Constitucional, penas crueles e inhumanas (artículo 5.2 de la CADH) que es una expresión indiscutible del respeto al principio de dignidad de la persona humana, contenida en el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental.

§. PRONUNCIAMIENTO CASATORIO.-

TRIGÉSIMO CUARTO: La sentencia de vista impugnada arribó a una conclusión condenatoria; esta decisión es incuestionable para este Supremo Tribunal. Ciertamente, se cometió un delito contra la libertad sexual. Rige, en lo particular, el principio de intangibilidad de los hechos, por lo que solo se examinará si el fallo infringe o transgrede la Constitución o la Ley; es decir, a la *quaestio iuris* [4], no siendo procesal sustituir en la valoración de la prueba, al Tribunal de Apelación, a efectos de dictar un fallo sustitutivo. El fundamento del fallo

[4] San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Lima 2015, pp. 715.

impugnado, reside en la protección legal del bien jurídico "indemnidad sexual", entendido como la preservación de la sexualidad de una persona, cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual, y que corresponde a los menores de menos de 14 años de edad; a diferencia del bien jurídico "libertad sexual", que corresponde a los adolescentes y mayores de edad, que superan los 14 años de edad; los mismos que tienen capacidad jurídica para disponer libremente de su sexualidad.

TRIGÉSIMO QUINTO: En efecto, la conducta del procesado GEANCARLOS VEGA MEJÍA, constituye un hecho típico, antijurídico y culpable, por cuanto realizó los elementos objetivos y subjetivos del ilícito imputado; vulnerando la indemnidad sexual de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. Por lo tanto, es correcta su declaración de responsabilidad penal y de condena. No converge, a su favor, la presencia de alguna clase de error –de tipo o de prohibición–, a fin de negar la imputación subjetiva o la antijuridicidad de su conducta, consolidándose la posición judicial adoptada. En consecuencia, la pretensión impugnativa, debe ser resuelta bajo un esquema adecuado de determinación legal y judicial de la pena. Al respecto, es preciso señalar que la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal – La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho–, como los artículos 45° y 46° del citado código sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas; la primera, denominada "**DETERMINACIÓN LEGAL**", y la segunda, rotulada como "**DETERMINACIÓN JUDICIAL**". En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.

TRIGÉSIMO SEXTO: En este tópico, se aplicaría la pena conminada prevista para el delito de Violación Sexual Presunta, que de acuerdo al artículo 173°, numeral 2), del Código Penal – en su formulación vigente en la época de los hechos, según Ley número 28704, del cinco de abril de dos mil seis –, sería no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años de pena privativa de libertad; sin embargo, al haberse inaplicado dicha norma sustantiva al caso de autos (en cuanto a la pena tasada), acudiremos a la norma general que regula la pena privativa de libertad (artículo 29° del CP), como veremos más adelante. No concordamos, al respecto, con el argumento del Colegiado Superior de acudir a otro tipo penal, como el homicidio simple (artículo 106° del CP), para tener como referencia su marco punitivo (de 6 a 20 años de pena privativa de libertad), por cuanto se vulneraría el principio de legalidad de la pena de cada figura delictiva en particular. No es compatible con la Constitución (art. 2°, inciso 24, literal d) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 9°) imponer una pena que corresponde a otro tipo penal, distinto del que fue materia de condena. Finalmente, usar una pena conminada de otro tipo penal distinto del que es materia de la acusación, vulnera el principio de proscripción de la analogía de la ley penal.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: En esta fase, el Juez competente determinará la pena concreta que en justicia y en derecho le corresponde al infractor de la ley. Se trata de alcanzar la pena justa que debe imponerse al imputado, diferenciándose caso por caso. En cuanto a la dosificación de la pena, es decir, para fijar el quantum; además del marco legal punitivo, se tendrá en cuenta los elementos y factores señalados en el artículo 45° del Código Penal – texto original –, entre los que se encuentran las carencias sociales que hubiere sufrido el acusado, y el nivel de su cultura y costumbres –en el caso de autos el

acusado tiene de instrucción: segundo año de secundaria, ocupación: ayudante de construcción—. Asimismo, se examinará si existen otras circunstancias atenuantes genéricas o específicas. Una atenuante específica es la responsabilidad restringida que establece el artículo 22°, primer párrafo, del Código Penal, que faculta al juzgador aplicar una pena atenuada respecto del que le correspondería a un sujeto activo mayor de 21 años de edad.

TRIGÉSIMO OCTAVO: En el caso de autos, la Sala Penal de Apelaciones impuso al procesado la pena concreta de 5 años de pena privativa de libertad efectiva, basado en el principio de proporcionalidad de la pena (artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal) y la atenuante por responsabilidad restringida; en este último caso, inaplicó la prohibición contenida en el segundo párrafo del referido artículo 22 del Código Penal, que excluye del beneficio a los procesados por delito de violación de la libertad sexual. Para ello se valió de la facultad constitucional de los jueces para ejercer el "control difuso" de las leyes, cuando éstas son incompatibles con la Constitución Política del Estado.

TRIGÉSIMO NOVENO: El principio constitucional de proporcionalidad concreta y la atenuante por responsabilidad restringida, sirvieron para imponer una pena atenuada, muy por debajo de la pena tasada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal; priorizándose tal principio sobre el de legalidad de la pena, para lo cual realizó el test de proporcionalidad. Al respecto, se evaluaron los tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto [ponderación].

Sobre la prohibición de aplicar la atenuante por responsabilidad restringida, prevista en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; efectuaremos el siguiente examen de proporcionalidad:

I. **EXAMEN DE IDONEIDAD.** - Un enunciado normativo siempre conlleva a una finalidad. Tratándose de normas penales, el fin último recae, indudablemente, en la prevención del delito y la protección de bienes jurídicos. La medición de la pena, en un modelo de Estado social y democrático de derecho, debe contemplar, mínimamente, garantías de legalidad, lesividad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización. Por esta razón, es necesario preguntarse ¿Es idóneo y hay una relación entre la exclusión del beneficio de reducción punitiva y la finalidad preventiva de evitar la comisión futura de esta clase de delitos? A tal efecto, es preciso diferenciar dos aspectos relevantes. Uno, es el relativo al marco punitivo que la ley prevé para sancionar esta clase de delitos, respecto del cual, no es posible desconocer su idoneidad en sentido abstracto. Y otro, concerniente a la posible aplicación de alguna atenuante excepcional prevista en la ley, siempre que el caso lo amerite. Superado este aspecto, es preciso significar que la experiencia judicial consolidada da cuenta que, aún cuando se hayan incorporado normas sustantivas o procesales que engloben restricciones en cuanto a la aplicación de ciertos beneficios – generalmente enfocados en reducciones punitivas, sin afectar la pena básica del delito –, no siempre se ha logrado persuadir a los agentes delictivos de perpetrar nuevos delitos sexuales. En consecuencia, la medida legislativa de prohibir la aplicación de la atenuante de imputabilidad disminuida, en rigor, no es útil y conducente a la finalidad perseguida de prevenir delitos mediante la protección de bienes jurídicos. No existe evidencia

de que el medio escogido para brindar protección a las víctimas de agresiones sexuales, tuviera una idoneidad y efectividad tal, que justificara la instauración de la medida prohibitiva inequitativa y contraria a los alcances del principio de igualdad. Por lo tanto, la prohibición de aplicar tal atenuación no necesariamente logra la efectiva protección del bien jurídico tutelado [indemnidad sexual] ni cumple con el fin de la pena, que es prevenir la comisión de delitos.

II. EXAMEN DE NECESIDAD.- Sobre el particular, dos aspectos son claves de analizarse bajo este sub principio: **i)** Si existen medios alternativos igualmente idóneos para cumplir el objetivo de protección a las víctimas de delitos sexuales; y **ii)** Si tales medios no afectan el principio de igualdad, o de hacerlo, la afectación es de menor intensidad. El ordenamiento jurídico penal, conforme a su diseño, puede utilizar el recurso de las penas para prevenir la comisión de delitos pero dicho empleo – en especial cuando se trata de penas privativas de la libertad– debe ser excepcional y utilizarse en los casos absolutamente necesarios.

La exigencia de necesidad de la pena, no se limita a preguntar en el caso concreto, a si debe utilizarse la pena privativa de la libertad, sino también a determinar si el quantum o determinada dosis de pena, es necesaria e indispensable para prevenir y evitar la comisión de delitos. La afectación intensa de la libertad personal por parte del legislador, debe estar compensada por la protección efectiva del bien jurídico dentro de los límites necesarios.

El empleo de la pena privativa de la libertad en un caso, como el presente, de abuso sexual de una menor de trece años y veinticinco días de edad, se encuentra justificada; empero la

aplicación de una pena de 30 años de pena privativa de libertad se revela como absolutamente innecesaria para la protección del bien jurídico: indemnidad sexual. El hecho de que el empleo de dicha pena se presente como necesaria, no quiere decir que la dosis de pena prevista en la ley se presente también como necesaria.

III. **EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO.**- La idea central de la proporcionalidad es 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. 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 [5]. Son dos valores antagónicos, pues, de un lado, se procura la aplicación estricta del principio de legalidad [proscripción de aminoración punitiva], y de otro lado, se vela por el respeto a la dignidad y libertad del imputado. Ambos principios conducen a juicios jurídicos diametralmente contradictorios. Evidentemente, conforme al tratamiento acotado, en el caso de autos, deben prevalecer los intereses concernientes a la dignidad de la persona humana en la determinación de la pena, conteniendo un "peso" esencialmente mayor que aquél interés orientado a preservar la aplicación rigurosa de la ley penal, tanto en su marco abstracto como en el empleo de la aplicación de una atenuante especial. La tesis adquiere relevancia bajo la consideración de un factor adicional: El respeto al principio-

[5] Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2008, pp. 72.

derecho de igualdad. El Tribunal Constitucional [6] ha afirmado que la igualdad detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto al principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto al derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes. Asimismo, es importante la influencia de otros aspectos con la misma solvencia normativa, entre ellos, la reinserción o reincorporación social de los condenados. Justamente, la política criminal ha sido instituida como instrumento de medición para configurar medidas restrictivas a la libertad de los agentes delictivos, siempre enmarcadas en una línea de respeto por la dignidad humana. Éste es el pilar sobre el que se funda todo Estado Democrático y Social de Derecho. La delincuencia en cualquiera de sus formas genera dañosidad social. El ataque a los diversos bienes jurídicos puede contener diversos grados de intensidad, significándose que no todas las acciones punibles representan una grave afectación. En virtud de ello, en el ámbito de la ponderación de principios, la legalidad, en el caso de autos, no precede a la proporcionalidad, sino a la inversa.

[6] STC número 045 – 2004 – PI/TC.

CUADRAGÉSIMO: Sobre la responsabilidad restringida por razón de la edad, en los delitos sexuales, este Supremo Tribunal ha emitido jurisprudencia solventando la aplicación de tal reducción punitiva. Es preciso destacar, entre otros, **i)** La sentencia dictada en el Recurso de Nulidad número 3287 – 2013/CAJAMARCA, de fecha diecisiete de junio de dos mil catorce, donde se señala que la proscripción de tal atenuación, colisiona con la garantía constitucional de igualdad jurídica, prevista en el artículo 2º, numeral 2), de la Constitución Política del Estado, toda vez que *"(...) el tratamiento especial que implica la denominada "responsabilidad restringida" se basa en la condición personal del procesado, ubicándose en la teoría del delito en la llamada "capacidad de culpabilidad", sin que sea relevante la antijuricidad, es decir, el contenido del injusto penal, por lo que resulta evidente introducir una excepción a la aplicación de esa diferencia de trato – propia de individuos objetivamente diferentes por su situación personal – fundada en un criterio de diferenciación por la naturaleza del delito, deviene en arbitraria, discriminatoria e inconstitucional (...)"* [fundamento jurídico décimo segundo]; y, **ii)** La sentencia dictada en el Recurso de Casación número 403 – 2012/LAMBAYEQUE, de fecha dieciocho de julio de dos mil trece, que avalando un supuesto fáctico similar, justificó la reducción punitiva, rebajando la pena impuesta de 30 años a 10 años de pena privativa de libertad, considerando como circunstancias razonables las condiciones personales del agente (incluida su edad: veintiún años), la extracción campesina, educación primaria, ausencia de antecedentes penales, la aceptación de las prácticas sexuales, poniendo de relieve la relación sentimental mantenida con la agraviada, y la extensión mínima del daño o peligro causado; todo lo cual, sirvió de sustento para justificar dicho fallo judicial.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: En este sentido, teniendo en consideración la línea jurisprudencial establecida por este Supremo Tribunal, es evidente que en el caso analizado, resulta adecuado, proporcional, y esencialmente igualitario, la aplicación de la circunstancia atenuante de la pena prevista en el primer párrafo del artículo 22° del Código Penal, a todo agente de 18 a 21 años de edad que cometa delito de violación sexual; por lo que la inaplicación de la prohibición contemplada en el segundo párrafo de dicha norma, en la sentencia impugnada, haciendo "control difuso" se encuentra arreglada a la Constitución (artículo 138°); debiendo ser aprobada. A mayor abundamiento, en el Acuerdo Plenario número 04 – 2008/CJ – 116, se establece, de manera expresa, la posibilidad de que los Jueces apliquen control difuso respecto de la prohibición de la responsabilidad restringida, en caso se advierta un tratamiento diferenciado. Es de enfatizar que su aplicación se encuentra recogida como una facultad, mas no tiene un carácter imperativo, según los términos del acotado Acuerdo Plenario, que establece: "*Los jueces penales (...) están plenamente habilitados a pronunciarse, **si así lo juzgan conveniente**, por la inaplicación del párrafo segundo del artículo 22° del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación – desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente –, que impide un resultado jurídico legítimo*" [fundamento jurídico décimo primero]

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Es importante precisar que el "control difuso" de la ley, se ejerce en cada caso concreto, respecto del cual ha de valorarse la situación específica, esto es, si la aplicación de una norma legal en particular colisiona con la Constitución Política del Estado. En el caso de autos, el artículo 22°; primer párrafo, del Código Penal, siendo una disposición general, 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. Más aún, cuando el Tribunal Constitucional [7], ha preservado la facultad del Juez para reducir, prudencialmente, la pena que alcanza la inaplicación del 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 judicial de la pena; por lo que el control difuso de la ley penal realizado por el Colegiado Superior se ha legitimado.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Ahora bien, el siguiente paso será determinar el quantum de la pena aplicable al caso de autos. La proporcionalidad no responde a un criterio rígido o a una referencia genérica de este principio. En este sentido, en aras de realizar el control de proporcionalidad de dicha atenuación, debe ponderarse los siguientes factores que fluyen del análisis del caso materia del presente recurso, siendo los siguientes:

A. AUSENCIA DE VIOLENCIA O AMENAZA PARA ACCEDER AL ACTO SEXUAL. De acuerdo a la sentencia de primera instancia, confirmada por la de vista, en las relaciones sexuales entre el sentenciado y la agraviada medió consentimiento; sin uso de violencia ni amenaza para doblegar la voluntad de la víctima, tampoco hubo engaño. Si bien es cierto, por la edad de la menor agraviada, trece años y veinticinco días de edad, tal consentimiento resultó irrelevante para negar la atipicidad del hecho; sin embargo, no puede soslayarse que, conforme a la determinación fáctica acotada, en las relaciones sexuales no medió violencia física o amenaza. No se trató de un ataque violento al bien jurídico, menos se vejó,

[7] STC número 751 – 2010 – PHC/TC, de fecha 15 de junio 2010, FJ cuarto.

maltrató o se dió un trato indigno a la víctima, que hubiera merecido la elevación de la antijuridicidad de la conducta.

B. PROXIMIDAD DE LA EDAD DEL SUJETO PASIVO A LOS CATORCE AÑOS. La menor agraviada, en la fecha en que tuvo acceso carnal con el procesado, tenía trece años y veinticinco días de edad, y, ya había tenido una relación sexual anterior con el mismo imputado, la cual, según indica, fue con su "consentimiento". No se discute en este proceso la protección legislativa a la "indemnidad sexual". Únicamente se destaca un dato de la realidad en el caso analizado. La proximidad a la edad de catorce años de la víctima es un elemento a tenerse en cuenta para la graduación de la pena, por cuanto linda con el consentimiento válido del sujeto pasivo, que se produce a partir de los catorce años de edad. Por lo tanto, no es racional la pretensión de sancionar a un agente que haya tenido relaciones sexuales con una menor de edad cercana a los catorce años, con una pena mínima severa de treinta años de prisión, sin la posibilidad de atenuar dicha sanción. De haber tenido la agraviada 14 años de edad, el imputado habría sido absuelto. En este extremo, resulta trascendente citar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, mediante sentencia número 00008 – 2012 – PI/TC, del doce de diciembre de dos mil doce, declarando la inconstitucionalidad del numeral 3) del artículo 173° del Código Penal, modificado por la Ley número 28704, del trece de marzo de dos mil seis, por considerar, entre otros fundamentos, que dicho precepto legal "(...) *ha intervenido injustificadamente en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de 14 años a menos de 18, por lo que resulta incompatible con la Constitución*" – fundamento jurídico quincuagésimo primero –. Está claro que, en clave constitucional, se

ha reconocido la prerrogativa de disponer libremente de su sexualidad a aquellos menores cuyas edades fluctúan entre los catorce y dieciocho años. La determinación del rango etéreo de disposición sexual estuvo justificado a partir de criterios ponderativos, entre el derecho a la indemnidad sexual de los adolescentes – con edades entre catorce y dieciocho años –, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, habiendo prevalecido este último respecto del primero. En consecuencia, cuanto mayor sea el acercamiento a la edad de los catorce años, la que detentaba la agraviada al momento de los hechos, mayor será la atenuación de la pena, en el caso de sujetos activos con responsabilidad restringida que tengan entre 18 y 21 años de edad.

C. AFECTACIÓN PSICOLÓGICA MÍNIMA DE LA VÍCTIMA. Evidentemente, al existir consentimiento, aún cuando sea presunto, no es razonable concluir que la relación sexual ha generado daño o perjuicio psicológico irreparable al sujeto pasivo. En el caso de autos, se destaca la presencia de *"indicadores de estresor de tipo sexual"*, según el Protocolo de Pericia Psicológica número 001484 –2013 – PSC, de fojas ciento cuarenta y ocho. Al respecto, en la audiencia de juzgamiento, la perito Katia Consuelo Ramírez García ratificó sus conclusiones, e indicó, básicamente, que la agraviada sintió vergüenza cuando relató las circunstancias del acto sexual, precisando que la *"ruborización"* es uno de los indicadores del estresor sexual. Este indicador, a criterio de este Supremo Tribunal, no reviste gravedad, precisamente porque el acto sexual fue consentido. La atenuación de la pena solo será posible en aquellos casos en que el daño psicológico no se compruebe, o el mismo sea mínimo, o de entidad no relevante. Contrario sensu, en

aquellos supuestos en los que la afectación emocional haya revestido características de intensidad suficiente, no resulta posible su ponderación para rebajar la pena.

D. DIFERENCIA ETÁREA ENTRE EL SUJETO ACTIVO Y PASIVO. Un factor importante, a los efectos de la graduación de la pena, a criterio de este Supremo Tribunal, es la diferencia entre las edades del sujeto activo y el sujeto pasivo. En el caso de autos, la agraviada contaba con trece años y veinticinco días de edad, mientras que el procesado tenía 19 años de edad; existiendo por tanto una diferencia de 6 años. Esto explica la ausencia de una circunstancia de prevalimiento o de abuso de una posición de poder para consumar el acto sexual. En este sentido, cuanto menos sea la diferencia de edades entre el sujeto pasivo y activo, en los delitos sexuales cometidos por sujetos de responsabilidad restringida (18 a 21 años) mayor será la posibilidad de tomar en cuenta dicha circunstancia, como factor de atenuación de la pena. En el caso de autos, al haber una cercanía y proximidad entre las edades del autor del hecho y la víctima, máxime si la relación se desarrolló de manera espontánea; no era proporcional agravar la pena e imponer una condena de 30 años de prisión al imputado, tal como ocurrió con la sentencia de primera instancia.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: En consecuencia, siendo el artículo 173.2 del Código Penal (en cuanto a la pena conminada) y el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal (en cuanto a la prohibición de atenuantes para el delito de violación sexual), incompatibles con la Constitución, por colisionar con los principios de proporcionalidad y de resocialización del penado, así como con la dignidad del imputado; la inaplicación efectuada por la Sala Penal de Apelaciones, en este caso concreto, se encuentra ajustada a la

Constitución, mereciendo ser aprobada; por lo que los agravios formulados por la Fiscal Superior casacionista no son de recibo, máxime si su superior jerárquico (Fiscal Supremo) ha opinado que el control difuso realizado por el Colegiado Superior se encuentra arreglada a la Constitución.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Finalmente, para la imposición de la pena concreta y justa al imputado, debe cumplirse con el principio constitucional de que nadie puede ser sancionado con pena no prevista en la ley; por lo que al no aplicarse al caso de autos, la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, nos encontraríamos sin ley penal que nos sirva de parámetro o pena conminada constitucional, para regular el quantum de la misma. Al respecto, este Supremo Tribunal considera que cuando se inaplica, por "control difuso", la pena conminada prevista en el artículo 173.2 del Código Penal, el Juez Penal debe acudir a la norma general prevista en el artículo 29° del Código acotado, que establece la pena privativa de libertad temporal, y que tiene una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años. Es sobre este marco general el contexto en que el Juez Penal puede individualizar judicialmente la pena a aplicar en un caso concreto. En este extremo, no concordamos con el criterio esgrimido por el Ad quo que, en los fundamentos 31 y 32 de la sentencia de vista, toma como referencia para la graduación de la pena, la pena conminada del delito de Homicidio, previsto y penado en el artículo 106° del Código Penal. No se puede aplicar la pena de este delito por cuanto vulneraría el principio de legalidad de la pena, no solo porque tipifica otro supuesto de hecho, distinto del delito de violación sexual de menor de edad, sino además porque trasgrede el principio de proscripción de la analogía de la ley penal. Entonces, lo más razonable y prudente

es acudir a la norma general que regula la pena privativa de libertad, para toda clase de delitos. Este criterio debe tener alcance general por cuanto será una herramienta eficaz para generar seguridad jurídica y preservar los principios constitucionales que garantizan un debido proceso, por lo que constituye doctrina jurisprudencial de carácter vinculante; al igual que los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: En cuanto al pedido del Señor Fiscal Supremo, quien en su escrito de fecha 17 de mayo del año en curso, solicita el incremento de la pena impuesta al procesado Vega Mejía, de cinco a ocho años de pena privativa de libertad; este Supremo Tribunal considera que los tres años adicionales que solicita el Ministerio Público, en este caso concreto, en nada contribuirá a lograr los objetivos constitucionales que se persigue con las penas drásticas a los autores o partícipes del delito de violación sexual de adolescentes de 13 años de edad; con mayor razón en el caso del procesado Vega Mejía, quien tiene responsabilidad restringida. Un año y días antes de los hechos, este último, hubiera sido inimputable, por lo que con cinco años de prisión efectiva, con ingreso a un Establecimiento Penitenciario, tal como ha sancionado la Sala Penal de Apelaciones, puede lograrse satisfacer la protección de la indemnidad sexual de la agraviada.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

- I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la señora FISCAL SUPERIOR DE LA TERCERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE APELACIONES DEL DISTRITO FISCAL DEL SANTA, contra la sentencia de vista

de fojas doscientos noventa y uno, del diecinueve de marzo de dos mil quince, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, en los extremos que revocó la sentencia de primera instancia de fojas ciento ochenta y cinco, de fecha treinta de octubre de dos mil catorce, y resolvió: **i)** Inaplicar el mínimo y máximo de la pena conminada prevista para el delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, tipificado en el artículo 173°, inciso 2), del Código Penal; e inaplicar la prohibición de la atenuante por responsabilidad restringida estipulada en el artículo 22°, segundo párrafo, del Código Penal; **ii)** Modificar la pena impuesta – treinta años –, y reformándola, impuso al acusado la pena de cinco años de pena privativa de libertad efectiva; en el proceso penal seguido contra GEANCARLOS VEGA MEJÍA, como autor del delito contra la libertad sexual – Violación Sexual Presunta, en agravio de la menor identificada con las iniciales C.B.Y.B. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista mencionada, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa.

II. ESTABLECIERON como doctrina jurisprudencial vinculante los fundamentos jurídicos cuadragésimo segundo, cuadragésimo tercero y cuadragésimo quinto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433°, inciso 3°, del Código Procesal Penal.

III. EXONERARON a la representante del Ministerio Público del pago de costas procesales en la tramitación del recurso de casación.

IV. DISPUSIERON dar lectura a la presente sentencia casatoria en audiencia privada y se publique en el Diario Oficial "El Peruano";

notificándose a los sujetos procesales con las formalidades de ley;
y los devolvieron.

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

HINOSTROZA PARIACHI

NEYRA FLORES

10 AGO 2016

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dña. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

CHP/ecb.

UNIDAD II: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

STC N° 0019-2005-PI/TC

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0019-2005-PI/TC**

SENTENCIA

**DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 21 de Julio de 2005

**Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República
(demandantes) c. Congreso de la República (demandado)**

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.

Magistrados firmantes:

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

EXP. N.º 0019-2005-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO
LEGAL DE MIEMBROS DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de julio de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra el Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º del Código Penal.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso: Proceso de inconstitucionalidad.

Demandantes: 31 Congresistas de la República.

Normas sometidas a control : Artículo Único de la Ley N.º 28568.

Bienes constitucionales cuya afectación se alega:

Derecho a la igualdad ante la ley (inciso 2 del artículo 2º de la Constitución) y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)

Petitorio: Que se declare la inconstitucionalidad del Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º

del Código Penal, y que, consecuentemente, se declaren nulos todos sus efectos.

III. NORMA CUESTIONADA

La norma impugnada es la Ley N.º 28586, cuyo Artículo Único dispone:

“Artículo Único.- Modifícase el artículo 47º del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 47º: El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención”.

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 8 de julio de 2005, 31 Congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.

Manifiestan que si bien es cierto que la libertad personal es piedra angular del Estado contemporáneo, no es un derecho fundamental ilimitado y por ello debe estar sujeto a limitaciones previstas por ley, autorizadas por mandato judicial motivado y, excepcionalmente, llevadas a cabo por la policía, en caso de flagrancia delictiva; y que la detención preventiva debe ser la *ultima ratio* en la decisión del juzgador, pues se trata de una grave limitación de la libertad física, motivo por el cual se justifica que sea tomada en cuenta para el cómputo de la pena privativa de libertad.

De igual modo, sostienen que en nuestro ordenamiento procesal penal, la denominada detención domiciliaria no es propiamente una detención, y sí más bien una medida de comparecencia, de modo que no sólo tiene carácter humanitario, sino que su dictado es una potestad discrecional del juzgador, cuando considere que no hay concurrencia de los requisitos para dictar un mandato de detención. En tal sentido, remitiéndose a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aducen que los efectos personales que la detención domiciliaria genera sobre el ámbito de la libertad personal del individuo no son los mismos que aquellos que tienen lugar con la detención preventiva, por lo que homologar el tratamiento de la detención domiciliaria con la detención preventiva, tal como lo hace la ley cuestionada, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución.

Asimismo, sostienen que la ley impugnada también vulnera el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado

a la sociedad (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), pues dichos fines no pueden ser cumplidos en el domicilio.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 18 de julio de 2005, el apoderado del Congreso de República contesta la demanda refiriendo que la ley cuestionada ha sido derogada mediante la Ley N.º 28577, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio del presente año, motivo por el cual solicita que el Tribunal Constitucional declare que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

El Tribunal Constitucional considera que, en la presente causa, deben abordarse los siguientes aspectos:

- **Con relación al objeto de pronunciamiento:**

a) Delimitar el objeto de control en la presente causa, para lo cual será pertinente precisar cuáles son los extremos normativos de la ley impugnada que los demandantes consideran inconstitucionales.

b) Determinar si la derogación de la ley impugnada tiene como efecto la sustracción de la materia controvertida.

- **Con relación al fondo del asunto:**

c) Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención preventiva sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

d) Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención domiciliaria sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Para tales efectos, en el siguiente orden, corresponderá:

- d.1) Determinar la naturaleza jurídica de la detención domiciliaria, por un lado, así como sus diferencias sustanciales con la detención judicial preventiva y con la pena privativa de libertad, por otro.
- d.2) Analizar los criterios desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación al arresto domiciliario.
- d.3) Evaluar el tratamiento que la ley impugnada dispensa al arresto domiciliario a la luz del principio de igualdad.
- d.4) Analizar las distintas teorías sobre la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, desde la perspectiva del Derecho Penal.
- d.5) Analizar la relación entre el Derecho Penal y la Constitución.
- d.6) Analizar los fines de la pena desde una perspectiva constitucional.
- d.7) Determinar si la ley impugnada afecta de modo desproporcionado los fines de la pena en el Estado social y democrático de derecho, para lo cual será necesario acudir al *test* de proporcionalidad.

- **Con relación a los efectos de la sentencia:**

e) Determinar sus efectos en el tiempo.

f) Determinar sus alcances en lo que a los procesos en trámite se refiere.

-
-

VI. FUNDAMENTOS

1. Los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28658, promulgada por el Presidente del Congreso el 3 de julio de 2005 y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, mediante la cual se modifica el artículo 47º del Código Penal.
2. Concretamente, la ley cuestionada dispone:
“Artículo Único.- Modifícase el artículo 47º del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 47º.- El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.”

§1. Delimitación del petitorio

3. Del tenor de la demanda se advierte que los recurrentes no han cuestionado la constitucionalidad *in toto* del aludido artículo, pues sólo consideran inconstitucional el primer párrafo del precepto en cuanto dispone que el tiempo de arresto domiciliario se abona al cómputo de la pena privativa de libertad, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto; mas no que, para esos mismos efectos, se tome en consideración el tiempo de detención preventiva sufrido.

En consecuencia, desde el punto de vista de la disposición (texto lingüístico impugnado), debe concluirse que los recurrentes consideran inconstitucional la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del precepto impugnado.

§2. Sobre la supuesta sustracción de la materia

4. La ley cuestionada ha sido derogada por la Ley N.º 28577, promulgada por el Presidente de la República el 8 de julio del presente año, y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, motivo por el cual, ante todo, es preciso determinar si, tal como sostiene el demandado, en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.
5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el Caso ITF (STC 0004-2004-AI /acumulados), en el sentido de que
“(…) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los

efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.” (Fundamento 2)

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83° del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204° de la Constitución establezca:

“La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto.” (subrayado agregado).

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia.

§3. El abono del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad

7. El Tribunal Constitucional considera que no existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado a razón de “día por día” con la pena privativa de libertad. Y ello a pesar de su distinta naturaleza.

Este Colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidas en la Norma Fundamental, principalmente en su artículo 139°.

La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida de que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable de que se pretende obstruir la actividad probatoria, sea porque se tienen los mismos elementos para temer la evasión en la aplicación de una eventual sentencia condenatoria; y siempre que su dictado resulte compatible con los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad. (Caso Siva Checa. STC 1091-2002-HC, Fundamento 5 y siguientes).

8. Empero, más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente

análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión.

Tal como afirma Klaus Tiedemann, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán,

“(…) la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, ni a su través se ha de realizar retribución alguna (BverfGE 19, 342); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando ésta ha tenido lugar (§51 StGE)”.
(*Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra, 2003, p. 32”).

9. De ahí que la antigua y constante previsión en nuestro ordenamiento legal referida a la aplicación del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad (artículo 31° del Código Penal de 1863, artículo 49° del Código Penal de 1924 y artículo 47° del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), sino que, *strictu sensu*, por exigencia de tales principios, es una obligación legislativa.

Las materialmente idénticas incidencias sobre el derecho fundamental a la libertad personal, no pueden ser relativizadas en virtud de algún paradigma teórico (la distinta naturaleza jurídica entre una detención preventiva y una sanción punitiva), permitiendo que, en los hechos, una persona purgue prisión por un tiempo mayor a aquel previsto en la ley al momento de la comisión del delito. Ello no sólo implicaría una desproporcionada afectación del derecho a la libertad individual, sino una evidente vulneración del principio de legalidad penal (literal f, inciso 24 del artículo 2° de la Constitución).

10. En consecuencia, en los fundamentos siguientes el Tribunal Constitucional centrará su análisis en determinar si dicha constitucionalidad también se puede predicar respecto al arresto domiciliario, o si, acaso, en este extremo, la disposición cuestionada vulnera algún derecho, principio y/o valor constitucional.

§4. El derecho fundamental a la libertad personal como derecho regulado en su ejercicio

11. El inciso 24 del artículo 2° de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.

La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es

una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

12. Sin embargo, como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.

Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta “optimizando” la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.

13. Porque el derecho a la libertad personal no es ilimitado, es que resulta válido que el legislador haya previsto distintas medidas cautelares que bajo, criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pueden incidir sobre el, a efectos de garantizar el éxito del proceso penal. Las dos medidas más limitativas previstas en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal son la detención judicial preventiva y el arresto domiciliario. Pero, ¿se trata de medidas, en esencia, análogas?.

Ya se ha hecho referencia a la similitud sustancial, a nivel fáctico, que existe entre las condiciones del cumplimiento de la detención preventiva y la pena privativa de libertad, lo que constitucionalmente justifica que el tiempo de detención preventiva se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, ¿existe tal similitud sustancial?

Esta interrogante exige que este Tribunal analice el tratamiento que el ordenamiento jurídico dispensa al arresto domiciliario, y las particulares características de dicha medida cautelar.

§5. El arresto domiciliario

14. Existen dos grandes modelos de regulación de esta medida cautelar que han sido objeto de recepción en la legislación comparada.

El primero es el modelo *amplio* de detención domiciliaria, que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el Juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras circunstancias justificativas. Este modelo ha sido acogido, por ejemplo, por Bolivia, Chile y Costa Rica. En estos supuestos, las legislaciones suelen acudir a la nomenclatura “arresto domiciliario” antes que a la de “detención domiciliaria”, a efectos de evitar confusiones con la detención preventiva.

El segundo modelo es el *restringido*, y sus notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión provisional; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión provisional, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (vale decir, madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha adoptado este modelo. Lo propio ha acontecido con el Código Procesal Penal peruano de 2004, aún no vigente.

15. El régimen del Código Procesal Penal de 1991, específicamente en el inciso 1 de su artículo 143° (vigente a la fecha), define al arresto domiciliario no como un mandato de detención, sino como una medida de comparecencia. Es decir, antes que ser una detención en sentido técnico, es una alternativa frente a ésta, pues el precepto aludido es claro en señalar que:

“Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención”.

En otras palabras, corresponderá dictar alguna de las medidas de comparecencia previstas en los distintos incisos del artículo 143° (entre las cuales se encuentra incluido el arresto en el domicilio), cuando no se cumplan copulativamente los requisitos previstos en el artículo 135° del mismo cuerpo de leyes, para dictar un mandato de detención. Dichos requisitos son:

“1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

(...)

2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y,

3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa. En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”.

16. De acuerdo al artículo 143°, el arresto domiciliario puede ser dictado en cualquier supuesto; lo cual quiere decir, *prima facie*, que no se concibe como un sustituto de la detención preventiva. De hecho, prácticamente la totalidad de supuestos en los que se ha dictado esta medida ha comprendido casos de personas en perfecto estado de salud. No obstante, el referido artículo también permite que esta medida cautelar se imponga como un sustituto de la prisión preventiva para casos excepcionales, es decir, cuando se trate

“(…) de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente”.

Este tratamiento legal de la detención domiciliaria denota la existencia de una fórmula *mixta* respecto a los dos modelos reseñados en el Fundamento 14, *supra*.

17. En tal sentido, bien puede afirmarse que, a la vista del ordenamiento procesal penal vigente, con la salvedad hecha a los supuestos de personas valetudinarias, el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva son instituciones procesal penales sustancialmente distintas. De ahí que sea un despropósito acudir a ordenamientos que recogen modelos *restringidos* para justificar el tratamiento que debe otorgarse al arresto domiciliario en nuestro medio.
18. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, no puede considerar al ordenamiento infraconstitucional, por sí solo, como el factor determinante de sus interpretaciones. Motivo por el cual, es necesario revisar si, desde una perspectiva constitucional, puede equipararse el arresto domiciliario con la detención preventiva. Para tales efectos, debe recurrirse al uniforme criterio que este Tribunal ha expuesto sobre el particular y que, dentro de este contexto, constituye jurisprudencia vinculante para todos los poderes públicos.
19. Así, en el Caso Chumpitaz Gonzales (STC 1565-2002-HC), en el que se pretendió cuestionar la constitucionalidad del dictado de un arresto domiciliario, este Colegiado señaló:

“[L]o primero que este Tribunal Constitucional debe destacar, teniendo en consideración los términos en que se ha formulado la pretensión, es que el análisis del presente caso no es sustancialmente igual a otros que, con anterioridad, se haya pronunciado (...).

En efecto, en el presente caso se cuestiona que el juzgador haya decretado contra el beneficiario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, mientras que en los casos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se cuestionaba supuestos de detención judicial preventiva. Tales figuras, desde luego, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios, pues es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, la detención judicial preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial, se trata siempre de una medida cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, en términos plenarios, de la libertad locomotora del afectado con ella.” (Fundamento 2).

Este criterio ha sido invariablemente reiterado en diversas causas resueltas en esta sede (Caso Fernandini Maraví, STC 0209-2002-HC, Fundamento 2; Caso Bozzo Rotondo, STC 0376-2003-HC, Fundamento 2; entre otros).

20. Por su parte, en el Caso Villanueva Chirinos (STC 0731-2004-HC), estableció lo siguiente:
- “El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo.

No cabe duda que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante (...)" (Fundamento 7).

21. Basándose en estos criterios jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional precisó en el Caso Arbulú Seminario (STC 1725-2002-HC) que no es posible acumular el plazo de la detención domiciliaria al plazo de la detención preventiva para efectos de establecer si ha vencido, o no, el plazo máximo de detención del artículo 137° del Código Procesal Penal. Primero, porque dicho plazo sólo es aplicable a la detención preventiva; y, segundo, porque, tal como ha establecido este Tribunal en el Caso Berrocal Prudencio (STC 2915-2002-HC, Fundamentos 18 a 31) en relación con la detención judicial preventiva, en criterio que, *mutatis mutandis*, es aplicable a la detención domiciliaria, para determinar si existe, o no, afectación del derecho a que la libertad personal no sea restringida más allá de un plazo razonable, no es un elemento determinante la fijación de un plazo legal, sino el análisis de ciertos criterios a la luz de cada caso concreto.

Estos criterios son: a) la diligencia del juez en la merituación de la causa; b) la complejidad del asunto; y c) la conducta obstruccionista del imputado.

22. Teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento el arresto domiciliario tiene elementos jurídico-justificatorios menos estrictos que la detención preventiva, en su aplicación concreta se han advertido distintas permisiones de imposible verificación en un modelo *restringido*. Es el caso de concesiones tales como que la elección del lugar en el que se aplique la medida corra a cargo del imputado, y no del juez, o de permitirse que la persona acuda a su centro de labores durante plazos fijos. Asimismo, han existido casos en los que el inculcado sometido a arresto domiciliario,

"(...) con autorización judicial, puede egresar de su domicilio a fin de realizar gestiones ante el colegio profesional del que es agremiado (fue el caso del ex vocal Daniel Lorenzzi Goicochea, quien acudió al Colegio de Abogados de Lima a fin de hacer frente a un proceso administrativo); puede votar en las elecciones gremiales; emitir voto en las elecciones generales; asistir a hospitales y clínicas cuando su salud lo requiera (fue el caso de Alex Wolfenson Woloch, quien en pleno juicio oral, visitó frecuentemente a su dentista)". (Informe: *Comentarios a la Ley N.º 28568 que modificó el artículo 47º del Código Penal sobre arresto domiciliario*. Justicia Viva. Lima, julio, 2005).

23. Así pues, tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel.

§6. Obligación del legislador de respetar el principio de igualdad en el tratamiento de las instituciones

24. En consecuencia, si bien cabe alegar una sustancial identidad entre los efectos personales de la prisión preventiva y los que genera la pena privativa de libertad, lo cual justifica que el tiempo de aquella se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención, en modo alguno puede sostenerse lo mismo en lo que a la detención domiciliaria respecta.

Sin embargo, el legislador, a través de la ley impugnada, dispensó igual trato a ambos supuestos (el arresto domiciliario y la detención preventiva), con lo cual implícitamente está afirmando que la detención domiciliaria genera la misma incidencia sobre la libertad personal que la producida mientras se cumple pena privativa de libertad en un centro penitenciario. En otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar una “identidad matemática” entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y ésta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria.

Tal hecho, de conformidad con lo expuesto, resulta manifiestamente irrazonable y contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada.

Dicho criterio, además, como correctamente se advirtió en la audiencia pública de esta causa, el día de hoy, daría lugar a que más tarde pueda pretenderse el cumplimiento de penas privativas de libertad no en un centro de reclusión, sino en el domicilio del sentenciado, lo que evidentemente sería un despropósito, si se tiene en cuenta que el inciso 21 del artículo 139 de la Constitución, exige el cumplimiento de las penas privativas de la libertad en un establecimiento penal, a efectos de que se logren los fines del régimen penitenciario, esto es, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139 de la Constitución).

25. Este Colegiado considera también que ello afectaría el principio de igualdad. En efecto, tal como ha sostenido,

“(…) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos.” (Caso Regalías Mineras, STC 0048-2004-AI, Fundamento 61).

El principio de igualdad proscribía la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión.

26. No obstante, podría pretenderse alegar la razonabilidad de la disposición impugnada desde la perspectiva del derecho a la libertad personal de los penados. En efecto, desde este enfoque, más allá de la ausencia de identidad entre los efectos personales que genera el arresto domiciliario, por un lado, y la detención preventiva y la pena privativa de libertad, por otro, es factible argumentar que, con tal medida, el derecho a la libertad personal de los penados se optimiza, pues el tiempo de

cumplimiento de la pena en un centro penitenciario se reduciría considerablemente o, incluso, en determinados supuestos, sencillamente no tendría lugar. Se trataría de un supuesto en el que, si bien se dota al derecho fundamental a la libertad personal de un “contenido adicional” ajeno a su contenido constitucionalmente protegido, en última instancia resulta “favorecida” la libertad en su nivel subjetivo.

27. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, por obligación, no agota su función de supremo intérprete de la Constitución en una mera valoración de los derechos fundamentales en su vertiente subjetiva. Tal perspectiva, por parcial e insuficiente, desemboca inexorablemente en un grave error que generaría prelaciones absolutas entre los propios derechos fundamentales, o entre estos y los otros bienes esenciales para la convivencia democrática en un Estado social y democrático de derecho.

De ahí que toda previsión que favorezca al derecho subjetivo a la libertad personal más allá de su contenido constitucionalmente protegido, sólo resultará válida si no afecta de modo desproporcionado el cuadro material de valores reconocido en la Carta Fundamental; es decir, en la medida en que no vacíe los contenidos o desvirtúe las finalidades que los otros derechos fundamentales (en sus dimensiones subjetiva y objetiva) cumplen en el ordenamiento jurídico o, en general, aquella que cumplen los bienes esenciales a los que la Constitución explícita o implícitamente concede protección, por resultar imprescindibles para la consolidación de todo Estado social y democrático de derecho, y para que éste pueda hacer frente a toda amenaza contra los principios constitucionales en que se sustenta.

28. Así las cosas, si bien la pretendida identidad entre un arresto domiciliario y la pena privativa de libertad permite que el penado se encuentre menos tiempo confinado en un centro de reclusión, o incluso, que no ingrese nunca a éste a pesar de haber incurrido en un delito, es preciso preguntarse si acaso ello no desvirtúa los fines que el poder punitivo del Estado cumple en una sociedad democrática.

29. Para arribar a una respuesta satisfactoria ante tal interrogante, es preciso, primero, determinar cuáles son los fines que la pena cumple en un Estado social y democrático de derecho. En segundo término, establecer si dichos fines deben ser considerados como bienes constitucionalmente protegidos. Y, finalmente, determinar si el precepto impugnado los ha afectado de modo desproporcionado, para lo cual será preciso acudir al *test* de proporcionalidad.

§7. Teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad

A) Teoría de la retribución absoluta

30. Son distintas las teorías de los fines de la pena desarrolladas en la doctrina. Una es la teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”.

Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución Política, conforme al cual

“La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.”

B) Teoría de la prevención especial

31. Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.”

C) Teoría de la prevención general

32. La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal.

Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito.

Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin, los resume del siguiente modo:

“(…) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.”

(*Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. En: Determinación judicial de la pena. Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28).

D) Teorías de la unión

33. Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.

§8. Derecho Penal y Constitución

34. Expuestas las distintas teorías en torno a la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, corresponde evaluar la temática desde una perspectiva constitucional, para lo cual conviene, ante todo, analizar la relación entre el Derecho Penal y el sistema material de valores reconocido en la Constitución.

35. El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbonell Mateu,

“Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional.” (*Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37)

36. En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena.

§9. Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional

37. 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. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

38. Sin embargo, 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; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

Existen, distribuidas, una serie de competencias entre distintos órganos constitucionales expresamente dirigidas a combatir el delito. Así, el artículo 166° de la Constitución, prevé que la Policía Nacional,

“(…) tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público o privado. Previene investiga y combate la delincuencia (…).”

Es de destacarse, asimismo, la función primordial que el artículo 59° de la Constitución confiere al Ministerio Público en la salvaguardia de los intereses públicos que se puedan ver amenazados o afectados por el delito:

“Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir, desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte.
6. (…).”

Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal

“(…) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial.”
(Caso Antejurisdicción Política. STC 0006-2003-AI, Fundamento 18).

En efecto, es al Poder Judicial -encargado de ejercer la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138° de la Constitución)- a quien corresponde establecer las responsabilidades penales. Ello quiere decir que el Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal, y con la independencia que la

Constitución le concede y exige (inciso 2 del artículo 139° e inciso 1 del artículo 146° de la Constitución), debe finalmente reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente.

39. Por otra parte, el particular daño que el delito genera en el Estado social y democrático de derecho motiva que su flagrancia o el peligro de su inminente realización, sea causa expresamente aceptada por la Constitución para la limitación de diversos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el inciso 9 del artículo 2° de la Constitución establece que:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

9. A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él, ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...).”

Mientras que el literal f, inciso 24 del artículo 2°, señala:

“Nadie puede ser detenido, sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. (...).”

Asimismo, el literal g, inciso 24 del mismo artículo estipula:

“Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos en la ley.(...)”

Incluso, el delito flagrante se constituye en un límite a la inmunidad parlamentaria de los congresistas (artículo 93° de la Constitución).

40. En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en

“(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)”
(artículo 44° de la Constitución),

se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución).

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de

desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución).

41. Es preciso destacar, sin embargo, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

42. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva, pues, como ha establecido la Corte Constitucional italiana:

“(…) al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia” (Sentencia N.º 107/1980, Fundamento 3).

Dicha Corte, en criterio que este Tribunal comparte, rechaza

“que la función y el fin de la pena misma se agoten en la `esperada enmienda´ del reo, pues tiene como objeto exigencias irrenunciables de `disuasión, prevención y defensa social´” (Idem).

Mientras que la Corte Constitucional colombiana ha destacado que

“Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador en favor del imputado, no puede (...) contrariarse el sentido de la pena que comporta la respuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias” (Sentencia C-762/02, Fundamento 6.4.5)

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.

§10. Aplicación del *test* de proporcionalidad a la ley impugnada

43. Destacados los fines de la pena como bienes constitucionalmente protegidos, corresponde evaluar la disposición cuestionada a la luz del *test* de proporcionalidad. En otras palabras, corresponde evaluar si la norma cuestionada ha desvirtuado la finalidad que cumple la pena privativa de libertad en el orden constitucional.

44. Tal como quedó dicho, el fin que persigue la ley en cuestión, *prima facie*, no puede ser considerado como constitucionalmente inválido, toda vez que optimiza la libertad personal del penado al reducir el tiempo de purgación de pena en un establecimiento penitenciario. Y, desde luego, la medida adoptada, esto es, permitir que para tales efectos se abone el tiempo de arresto domiciliario al cómputo de la pena impuesta, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto, resulta idóneo para alcanzar dicho objetivo.
45. Sin embargo, ¿resulta razonable que el tiempo de arresto domiciliario (con las características que tiene en nuestro ordenamiento procesal penal vigente) sea computado “día por día” con la pena privativa de libertad?
46. Para este Tribunal Constitucional, una medida como la descrita vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. Ello alcanza mayores y perniciosas dimensiones en una sociedad como la nuestra en la que, de por sí, la credibilidad de la ciudadanía en los poderes públicos se encuentra significativamente mellada.
47. Las funciones de valoración, pacificación y ordenación de este Tribunal lo obligan, en la resolución de cada causa, y más aún si se trata de un proceso de inconstitucionalidad, a no prescindir de los signos que revela la realidad concreta relacionada con la materia de la que se ocupa la ley que es objeto de control. En atención a ello, es preciso destacar que al 10 de junio del presente año, de las 75 personas a las que se había impuesto la medida de arresto domiciliario, 50, es decir, más del 66%, eran personas acusadas de encontrarse vinculadas con actos de corrupción tanto de la década pasada como recientes (Diario *La República* del 10 de junio de 2005, p. 6). Es decir, se trata de conductas que no sólo resultan contrarias al orden jurídico penal, sino que se riñen con los más elementales designios de la ética y la moral, y consiguientemente, con los valores hegemónicos de la axiología constitucional.

Tal como afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997,

“[L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

(...) la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; (...)”.

Estos factores despejan toda duda respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado, ya que anula todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad, al equipararla al arresto domiciliario. Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental.

48. Por otra parte, la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad.
49. Asimismo, aun cuando las medidas tendientes a la rehabilitación y resocialización del penado que dispensan nuestros centros carcelarios no son óptimas, la posibilidad de que dichos objetivos se cumplan será menor, mientras se reduzca el tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad.
50. Por las razones expuestas, este Tribunal considera inconstitucional la disposición impugnada en el extremo que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto domiciliario.

Ello significa que es inconstitucional la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del artículo 47º del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28568.

§11.Efectos en el tiempo de la presente sentencia

51. En mérito a la “fuerza de ley” atribuida a las sentencias del Tribunal Constitucional, y a la luz de una interpretación que concuerda el artículo 204º de la Constitución, que establece la función de este Tribunal de dejar sin efecto las leyes que resulten incompatibles con la Norma Fundamental, con el artículo 103º de la Constitución, que establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo, el legislador del Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 83º, que:

“Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103º (...) de la Constitución.(...)”.

Es decir, dicho precepto autoriza a que, en virtud de una sentencia de este Colegiado expedida en los procesos de inconstitucionalidad, se declare la nulidad de resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo.

52. No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente.

La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación.

De ahí que, como quedó dicho, por ejemplo, las leyes inconstitucionales que conceden algún beneficio para el reo no podrán desplegar tales efectos porque, siendo el control difuso un poder-deber de toda la judicatura (artículo 138º de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación retroactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución.

La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos.

53. Asimismo, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable debe ser ponderada a partir de una equilibrada valoración comparativa con la finalidad que cumplen las penas en contextos de especial convulsión social. Así, por ejemplo, si en dicho escenario

“(…) se agravan las penas de los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas para evitar el pillaje y los saqueos que propicia tal situación excepcional, no resultará desproporcionada la imposición de tales penas cuando en un momento posterior a la vigencia temporal de dicha ley penal se juzguen los hechos acaecidos durante la misma y se aplique, no la nueva ley más favorable, sino la anterior más dura. La nueva ley se debe a que ha cambiado el contexto fáctico relevante para la valoración penal concreta de la conducta, pero no la valoración penal que merecen los comportamientos realizados en tales circunstancias. Es más: el legislador seguirá considerando que la pena anterior era la más adecuada a la solución del conflicto suscitado -era la mínima necesaria y proporcionada para proteger ciertos bienes en ciertas circunstancias-, por lo que lo que produciría la aplicación de las nuevas penas, las más leves, es la parcial desprotección de ciertos bienes sociales esenciales”. (Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 38).

54. Es indudable que el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se encuentra en directa relación con el derecho fundamental a la libertad personal del condenado. En consecuencia, el primer límite a la aplicación retroactiva de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad se encuentra en los supuestos en los que dicha retroactividad genere una afectación del derecho fundamental a la libertad personal.

Sucede, sin embargo –y tal como se ha expresado en la presente sentencia-, que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad

personal el hecho de que se permita que el tiempo de arresto domiciliario impuesto a cualquier persona (con excepción de las valetudinarias), sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Por el contrario, dicha previsión resulta manifiestamente inconstitucional, por desvirtuar la finalidad de las penas en el Estado social y democrático de derecho.

55. La función integradora del Tribunal Constitucional ha comportado que en reiteradas ocasiones tenga que supeditar la determinación de los efectos de sus sentencias a la optimización de la fuerza normativo-axiológica de la Constitución, evitando de esa manera que, en virtud de un análisis literal y asistemático de las normas que regulan la materia, se contravengan las principales funciones de los procesos constitucionales, cuales son:

“(...) garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. (Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

56. Así, por ejemplo, en el Caso Legislación Antiterrorista (STC 0010-2002-AI), en relación con el artículo 103º de la Constitución, este Colegiado ha sostenido que:

“(...) tal regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio setentiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N°. 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo (...).”

57. De esta manera, reafirmando sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, este Colegiado llevó a cabo un justo *balancing* entre los derechos subjetivos de las personas acusadas de la comisión del delito de terrorismo y el interés de la sociedad de reprimir un delito de inestimable gravedad para la estabilidad del orden democrático, y frente al que el Constituyente había mostrado su especial repudio (literal f, inciso 24 del artículo 2º, y artículos 37º y 173º de la Constitución).

58. Esta exigencia del Estado Constitucional no es menos intensa en el ámbito internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha efectuado similar ponderación al dejar en manos de los diferentes Estados la decisión sobre la libertad personal de las personas involucradas en actos terroristas, a pesar de haberse acreditado la afectación de su derecho al debido proceso:

“Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo proceso que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizando ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados. La Corte no se

pronuncia sobre la libertad provisional de estos, porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente.” (Caso Castillo Petruzzi. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Serie C, núm. 41).

59. Una ponderación no menos equilibrada se requiere en un asunto en el que, como en el presente caso, se encuentra directamente involucrada la eficacia de la lucha anticorrupción prevista por el Estado peruano como su principal objetivo en el diseño de la política criminal de los últimos 5 años. No sólo por una cuestión de connotación sociológica, sino porque, en el plano normativo-constitucional, tal como ocurre con el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, el Constituyente ha advertido la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocido por la Constitución.

Es así que, como una medida preventiva, ha considerado en el artículo 41° de la Constitución que

“Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley”.

E incluso hace alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse en el procesamiento de delitos de dicha índole:

“Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo para su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.

60. El cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, la consecución de la plena eficacia de los fines de la pena privativa de libertad en un Estado social y democrático de derecho, en especial en aquellos supuestos en los que es impuesta a los individuos que han incurrido en actos de corrupción, es un valor de especial relevancia en el ordenamiento constitucional.
61. Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.

Y es que, tal como quedo dicho en el Fundamento 5, *supra*, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula los efectos de la norma, o lo

que es lo mismo, su capacidad reguladora, por lo que, una vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla.

62. En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82° del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales.

63. Del mismo modo, los jueces o tribunales que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los medios impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

64. Precísese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los dos fundamentos precedentes, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

Una interpretación distinta supondría reconocer que el Estado social y democrático de derecho carece de los instrumentos que permiten garantizar la plena vigencia de los principios en los que se sustenta, así como de los derechos y libertades que está llamado a defender; lo que para este supremo intérprete de la Constitución resulta, a todas luces, inaceptable.

65. El Tribunal Constitucional lamenta que el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial no hayan advertido el serio daño a la lucha contra la corrupción que la ley impugnada cometía, así como la manifiesta inconstitucionalidad en que incurría. Es por ello que exhorta a los poderes públicos a guardar *in suo ordine* una especial diligencia en el combate contra este flagelo social, que debe ser extirpado no sólo mediante medidas sancionatorias, sino también a través de una intensa política educativa que incida en los valores éticos que deben prevalecer en todo Estado social y democrático de derecho.

§12. Relaciones entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el control difuso

66. La jurisprudencia de este Colegiado es meridianamente clara al negar algún tipo de identidad sustancial entre los elementos justificatorios y los efectos personales del arresto domiciliario con la detención judicial preventiva (*Cfr.* Fundamentos 19 a 21 *supra*). En consecuencia, estima conveniente recordar al Poder Judicial que, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional,

“Los Jueces interpretan y aplican la leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales,

conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

En tal sentido, al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto, lo que, conviene enfatizar, no ha sido efectuado por la judicatura al momento de conocer algunas causas en las que se solicitó la aplicación de la norma impugnada.

67. Finalmente, aun cuando en nuestro ordenamiento no se encuentra previsto un control jurisdiccional-preventivo de constitucionalidad de la leyes, existe, sin embargo, de conformidad con el artículo 108° de la Constitución, la obligación del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; máxime en aquellos asuntos relacionados con el diseño de la política criminal y legislativa del Estado orientada a enfrentar aquellos hechos delictivos que, como los actos de corrupción, afectan la estabilidad, la seguridad, la justicia y la paz ciudadanas en las que se sustenta todo Estado social y democrático de derecho.

VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.
2. Declarar la inconstitucionalidad de la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28658. En consecuencia,

A) Con relación al efecto normativo de esta sentencia:

Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto.

B) Con relación al efecto en el tiempo de esta sentencia y a su aplicación a procesos en trámite:

Ningún juez o magistrado de la República puede aplicar el precepto impugnado, por haber cesado en sus efectos.

En tal sentido, de conformidad con los Fundamento 62 y 63, *supra*, las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que

todavía no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado los efectos inconstitucionales de la ley impugnada.

Del mismo modo, los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Precítese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los fundamentos 62 y 63 *supra*, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

3. Exhorta al Poder Judicial a resolver los procesos penales, en los que existan personas privadas de su libertad, dentro de un plazo máximo de 36 meses, de conformidad con el artículo 137° del Código Procesal Penal.
4. Exhorta al Congreso de la República para que, en el Presupuesto 2006, considere plazas suficientes que permitan a los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público resolver la totalidad de los procesos penales seguidos por delitos de corrupción.
5. Exhorta al Ministerio Público a velar por el cabal cumplimiento del principio de legalidad en los procesos judiciales y al cumplimiento de los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional.
6. Exhorta al Consejo Nacional de la Magistratura para que exija los informes trimestrales respecto de los procesos penales en los que no se hayan realizado diligencias durante un plazo razonable, que facilitarían el vencimiento del plazo máximo de detención judicial preventiva.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

UNIDAD II: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

STC N° 0012-2006-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 15 de diciembre de 2006

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Decana del Colegio de Abogados de Lima

Síntesis

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial.

Magistrados firmantes:

**LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
Sumario**

- I. Asunto
- II. Datos generales
- III. Antecedentes
- IV. Materias constitucionalmente relevantes
- V. Fundamentos

§1. La constitucionalización del derecho penal y los límites al legislador penal

1. El sistema punitivo en el marco de la Constitución
2. Los límites a la libertad de configuración legislativa de conductas punibles y penas
3. El principio de legalidad en materia sancionatoria
4. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos
5. El principio de proporcionalidad como límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal

§2. El contenido constitucional de la disposición que consagra el delito de función. El análisis «conjunto» de las características básicas de este delito

§3. Examen de constitucionalidad del Código de Justicia Militar Policial

6. El control de las disposiciones que consagran el delito de traición a la patria
7. El control de las disposiciones que consagran los delitos de rebelión, sedición, motín y derrocamiento
8. El control de las disposiciones que consagran los delitos de infidencia y posesión no autorizada de información
9. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario
10. El control de las disposiciones que consagran los delitos de insulto al superior, coacción, injuria y difamación
11. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra la administración militar policial
12. El control de las disposiciones que consagran los delitos de violación al deber militar policial y de excesos en la facultad de mando
13. El control de las disposiciones que consagran los delitos que afectan a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno
14. El control de las disposiciones que consagran los delitos de certificación falsa y destrucción de documento militar policial
15. El *test* de proporcionalidad y la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses mediante el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario

VII. Fallo

EXP. N.º 0012-2006-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de diciembre de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los Magistrados Alva Orlandini y Mesía Ramírez, adjuntos.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos 66° a 68°, 70° a 76°, 78 a 82°, 90° a 103°, 106° a 111°, 115° a 117°, 119°, 121° a 130°, 132° y 134° a 149° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante	:	Fiscal de la Nación.
Disposición sometida a control :		Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar.
Disposiciones constitucionales : cuya vulneración se alega		Artículo 43°, 44°, 45°, 173° y penúltimo párrafo del 200° de la Constitución.
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos 66° a 68°, 70° a 76°, 78 a 82°, 90° a 103°, 106° a 111°, 115° a 117°, 119°, 121° a 130°, 132° y 134° a 149° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar.

III. ANTECEDENTES

1. Argumentos de la demandante

Elva Greta Minaya Calle, Decana del Colegio de Abogados de Lima, interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, por considerar que los tipos penales que consagra afectan, entre otros bienes constitucionales, el principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos y el principio de legalidad penal.

En cuanto al principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos

Alega que el Código de Justicia Militar Policial tipifica una serie de delitos que desnaturalizan y exceden el ámbito objetivo del delito de función, pues buscan proteger bienes jurídicos que no son propios o castrenses, relevantes para la existencia de la organización, operatividad y cumplimiento de las Fuerzas Armadas. Dichos tipos penales, aduce, pueden ser cometidos por cualquier funcionario público incluso los militares, además de tipificar conductas de carácter común, y que por ser delitos comunes se encuentran ya tipificados en el Código Penal.

En tal sentido, refiere que los tipos penales que no pueden ser considerados como delitos de función son los de traición a la patria (art. 66°) y traición a la patria en tiempos de paz (art. 67°), pues los bienes jurídicos que protegen son la integridad del Estado, la defensa nacional y el deber de fidelidad que el ciudadano tiene para con la

patria, bienes que no son exclusivos de las Fuerzas Armadas, y que pueden ser afectados por cualquier ciudadano o funcionario público. Estos delitos, menciona, ya se encuentran previstos en los artículos 325° a 334° del Código Penal.

Del mismo modo, sostiene que los delitos tipificados por las disposiciones siguientes: rebelión de personal militar (art. 68°), sedición (art. 70°), motín (art. 71°), negativa del militar o policía a evitar rebelión, sedición o motín (art. 72°), colaboración con organización ilegal (art. 73°), falsa alarma (art. 74°), derrotismo (art. 75°) y conspiración del personal militar policial (art. 76°), no pueden ser considerados como delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son los poderes del Estado y el orden constitucional, es decir, la organización política y social, así como la seguridad del funcionamiento y desarrollo de dicha organización. Refiere, además, que estas conductas se encuentran tipificadas en los artículos 346° y 350° del Código Penal.

Arguye también que la infidencia (art. 78°), la posesión no autorizada de información (art. 79°) y la infidencia culposa (art. 80°) son tipos penales que protegen al Estado y la defensa nacional, específicamente por actos de violación de secretos, bienes que son comunes y no propios de las Fuerzas Armadas, y agrega, además, que ya se encuentran previstos en el artículo 330° del Código Penal. Asimismo, el delito de ultraje a los símbolos nacionales militares o policiales (art. 81°) tiene como objeto de protección al mismo Estado y a su personalidad interna, bienes jurídicos comunes que se encuentran protegidos en el artículo 344° del Código Penal.

De igual modo, los delitos contra personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario (art. 90° y 91°), la lesión al enemigo fuera de combate (art. 92), la confinación ilegal (art. 93), la aplicación de métodos prohibidos en las hostilidades (art. 95° y 96°), el saqueo, destrucción, apropiación y confiscación de bienes (art. 97°), la abolición de derechos y acciones (art. 98), los delitos contra operaciones humanitarias (art. 99°), la utilización indebida de los signos protectores (art. 100°), los daños extensos y graves al medio natural (art. 101°) y los medios prohibidos en las hostilidades (art. 102° y 103°) protegen reglas mínimas de la guerra, normas humanitarias que proscriben aquellas conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan bienes jurídicos comunes como la vida, la integridad, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, el ambiente natural, el acceso a la justicia en el contexto especial de desprotección y peligro para las víctimas, por lo tanto, no pueden ser calificados, bajo ninguna circunstancia, como delitos de función. Además, sostiene que el articulado del Código de Justicia Militar, en este extremo, es una copia fiel del Proyecto del Libro Tercero del Código Penal proyectado por la Sub Comisión de Trabajo de la Comisión Especial Revisora del Código Penal (Ley N.º 27837), encargada de la adecuación de la legislación penal al Estatuto de Roma.

Igualmente, alega que la agresión (art. 121°), coacción, injuria y difamación (art. 123°), amenazas (art. 125°) y agresión al servicio de seguridad (art. 130°) constituyen delitos comunes y no de función, pues los bienes jurídicos tutelados son la integridad física y el honor, los mismos que ya se encuentran protegidos en los artículos 121°, 122°, 130°, 132°, 365° y 366° del Código Penal.

Con relación a los delitos de empleo indebido de armas (art. 132) y contra la función y administración policial (art. 134), aduce que los bienes jurídicos que tutelan estos tipos penales son la seguridad pública y la administración pública y no bienes

jurídicos propios y exclusivos de las fuerzas armadas. Refiere, además, que el Código Penal, en el artículo 393°, ya regula los delitos contra la administración pública.

Del mismo modo, la omisión de cumplimiento de deber en función operativa (art. 137°), excesos en la facultad de mando (art. 139°), modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando (art. 140°) y excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado (art. 141°) tutelan bienes jurídicos como la administración pública, la vida, la integridad física, el patrimonio y la libertad personal, y no bienes jurídicos propios y exclusivos de las Fuerzas Armadas. Alega, además, que los artículos 106°, 111°, 121°, 124°, 151°, 205°, 376°, 377° del Código Penal ya tutelan los bienes jurídicos antes mencionados.

De otro lado, refiere que la afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno (art. 142°), facilitamiento culposo (art. 143°) y avería o deterioro culposo (art. 144°) son tipos que protegen bienes comunes como el patrimonio, por lo que no pueden considerarse como delito de función. Menciona que estos tipos penales también están contenidos en los artículos 185°, 190°, 205° y 384° del Código Penal.

Respecto de los delitos de falsificación o adulteración de documentación militar policial (art. 146°), certificación falsa (art. 147°), uso indebido de insignias y distintivos (art. 148°) y destrucción de documento militar (art. 149°), sostiene que preservan la fe pública, bien jurídico de carácter común y no propio de las Fuerzas Armadas. Refiere que el Código Penal, en los artículos 427°, 428° y 430°, previene también la tutela de la fe pública.

Por otro lado, el demandante sostiene que el Código de Justicia Militar ha tipificado como delitos conductas de mera infracción administrativa, pues los bienes jurídicos que buscan preservar no tienen relevancia constitucional que merezca protección por el derecho penal como delitos de función, contraviniendo los artículos 43°, 44°, 45°, 173° y 200° penúltimo párrafo de la Constitución. En tal sentido, alega que los delitos de ultraje a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (art. 82°), violación de consigna (art. 106°), abandono de puesto de vigilancia (art. 107°), omisión de aviso o repulsión (art. 108°), abandono de puesto (art. 109°), abandono de escolta (art. 110°), seguridad de las instalaciones y bienes (art. 111°), incapacidad voluntaria para el servicio (art. 115°), simulación (art. 116°), colaboración (art. 117°), cobardía (art. 119°), acto tendiente a agredir o amenazar (art. 122°), insubordinación (art. 124°), desobediencia (art. 126°), desobediencia por incumplimiento de itinerario (art. 127°), excusa indebida (art. 128°), desobediencia al servicio de seguridad (art. 129°), reformas sin autorización (art. 135°), daños a operaciones por culpa (art. 136°), comando negligente militar o policial (art. 138°) e información falsa sobre asuntos del servicio (art. 145°), no merecen tipificación como delitos de función.

En función de lo expuesto, el demandante sostiene que el legislador no tiene libertad absoluta respecto de la configuración de determinadas conductas como delitos de función, pues transgrediría el artículo 173° de la Constitución. Menciona, además, que el legislador, además de distanciarse de la interpretación constitucional del delito de función, se aleja, también, de lo que, respecto del mismo tema, sostiene la jurisprudencia constitucional comparada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República

Peruana, así como destacados juristas nacionales, en donde se resalta que los elementos de configuración del delito de función son el sujeto activo, militar o policía en actividad; el bien jurídico afectado debe tener relevancia constitucional y ser propio de las fuerzas armadas o policiales; y, que la conducta prohibida sea realizada en ejercicio de las funciones militares o policiales.

Respecto del principio de legalidad penal

Argumenta que se transgrede el principio de legalidad, reconocido en el artículo 2°, numeral 24, literal d) de la Constitución, porque las conductas que se pretende prohibir tienen doble tipificación en el Código de Justicia Militar y en el Código Penal, lo cual genera como consecuencia inmediata que el sujeto imputado pueda ser juzgado por la supuesta comisión de un delito en la jurisdicción militar o en la ordinaria. Además, señala que en cuanto a dicha doble tipificación, el Tribunal Constitucional debe advertir la vulneración del principio de razonabilidad, pues la intención del legislador, al tipificar tipos penales comunes en el Código de Justicia Militar, es sustraer de la competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria a militares que han cometido delitos comunes.

Contestación de la demanda

El Procurador Público del Ministerio de Defensa, nombrado por Resolución Suprema N.º 020-2005-JUS, contesta la demanda solicitando que se declare infundada la demanda presentada por el Colegio de Abogados de Lima.

Sostiene, entre otros argumentos, que la necesidad constitucional de contar con un Código de Justicia Militar se desprende del artículo 173° de la Constitución, que señala que los delitos de función cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales deben ser juzgados conforme a un Código de Justicia Militar. Señala que el Código de Justicia Militar es parte del Derecho Militar, pues se basa en la propia misión de las Fuerzas Armadas respecto al cumplimiento de los fines que constitucionalmente se le han encomendado, conforme a su estructura y organización, la cual se rige por los principios de jerarquía, disciplina y en valores tradicionales de unidad, sentido del honor, patriotismo y lealtad. Además refiere que, conforme al texto constitucional, no se desprende que sólo aquellas conductas que afecten bienes jurídicos propios, únicos y exclusivos de las Fuerzas Armadas, deban ser tutelados por los delitos de función.

Alega que la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso presentó un Dictamen sobre el Decreto Legislativo N.º 961, en el que aseveró que dicho Decreto Legislativo cumplía con respetar los principios del Derecho Constitucional Penal.

Por otro lado, sostiene que con relación a la definición de delitos de función, el Tribunal Constitucional, cuando hace referencia a que las conductas tipificadas deben afectar bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses, no indica que dichos bienes sean únicos y exclusivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Así, cuando se habla de bienes jurídicos propios se hace alusión a las misiones que constitucionalmente se han otorgado a dichas instituciones, y que obligan directamente a sus miembros, lo que es distinto a la obligación que, respecto de la lealtad al Estado, a la preservación del orden interno y externo del Estado, le concierne a los demás funcionarios públicos y ciudadanos. Añade, que la parte demandante, al sostener que un

interés compartido o un bien jurídico compartido no puede ser protegido a través de la tipificación de un delito de función, no toma en cuenta que las funciones encomendadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional son deberes que interesan a todos los órganos del Estado y a los ciudadanos, pero que no por ello no pueden ser regulados por el Código de Justicia Militar.

Agrega, asimismo, que la parte demandante alega que la jurisdicción militar es inconstitucional y que, por tal motivo, tiene como objetivo desaparecer la justicia militar y, como consecuencia de ello, el Código de Justicia Militar.

Con relación a la alegada afectación del principio de interdicción de la arbitrariedad o prohibición de excesos, arguye que no se ha producido, pues el Decreto Legislativo, objeto de control en el presente proceso, se dio en ejercicio de las facultades delegadas por el Congreso para que el Poder Ejecutivo legisle el Código de Justicia Militar. Y que, al amparo de la delegación de facultades efectuada, el Poder Ejecutivo delegó en una Comisión del Ministerio de Justicia de conformación plural el debate y elaboración del proyecto del Decreto Legislativo en cuestión.

Argumenta que la tipificación de los delitos de función en el Código de Justicia Militar es totalmente distinta a la del Código Penal, pues establece distintos sujetos activos, distintos supuestos de configuración de los delitos. Agrega que la protección de dichos bienes jurídicos tienen mayor relevancia en las instituciones armadas o policiales, tomando en consideración que los bienes jurídicos tutelados están en estrecha relación con los principios de disciplina y jerarquía en la organización de las instituciones castrense y policial.

En relación con los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, sostiene que estos se concretan en tiempo de conflicto armado, y que en tales circunstancias los militares son juzgados en el Teatro de Operaciones, competencia de la jurisdicción militar, por lo que su regulación en el CJM da mayor garantía, lo cual se corrobora con la prohibición de la aplicación de amnistía, indulto u otro derecho de gracia (artículo 85° del CJM), debiéndose añadir que el Código Penal no ha previsto estos delitos.

Por otro lado, respecto de los delitos tipificados como delitos de función que han sido catalogados por la parte demandante como innecesarios pues no se vulnera un bien jurídico de relevancia constitucional, sino que sólo revestían meras infracciones administrativas, por lo que debía implementarse un sistema disciplinario acorde con dichas infracciones; el demandado señala que tales argumentos carecen de sustento objetivo, pues es imposible que, en abstracto, se determine que tales conductas no afecten bienes jurídicos castrenses. Asimismo, arguye que los demandantes no pueden considerar que las infracciones a los bienes jurídicos castrenses, como la disciplina y la jerarquía en la organización de las instituciones armadas y policiales, son meras infracciones administrativas, pues tales bienes están en estrecha relación con los fines constitucionales que les fueron encomendados, así como las funciones respectivas.

Haciendo alusión al principio de legalidad, el demandado argumenta que no encuentra objeción alguna a que un mismo tipo penal sea previsto por el CJM y por el Código Penal, pues el elemento determinante es la configuración de delito de función, conforme al artículo 173° de la Constitución.

Informe de la Defensoría del Pueblo

Con fecha 2 de agosto de 2006, la Defensoría del Pueblo pone a consideración del Tribunal Constitucional el Informe Defensorial 104, denominado “Inconstitucionalidad de la legislación penal militar policial aprobada por la Ley 28665 y el Decreto Legislativo 961”.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado estima que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar, debe centrarse en los siguientes temas:

- ➤ ¿Cuáles son los límites a la libertad de configuración de conductas delictivas o penas que posee el Legislador?
- ➤ ¿Cómo se configura el principio de proporcionalidad en materia penal?
- ➤ ¿Cuál es el contenido de la disposición constitucional que consagra el delito de función?
- ➤ ¿Las disposiciones que consagran los delitos contra la defensa nacional en el Código de Justicia Militar Policial (CJMP) protegen bienes jurídicos estrictamente militares?
- ➤ ¿Las disposiciones que consagran los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario en el CJMP protegen bienes jurídicos estrictamente militares?
- ➤ ¿Los bienes jurídicos protegidos por los delitos de incapacitación voluntaria para el servicio, simulación o colaboración con la incapacitación, deben ser necesariamente protegidos por el Derecho Penal, mediante el CJMP o pueden serlo por medios menos aflictivos, tales como aquellos que se relacionan con el Derecho Disciplinario?

V. FUNDAMENTOS

§1. La constitucionalización del sistema punitivo y los límites al legislador penal

1. El sistema punitivo en el marco de la Constitución

1. 1. La relación existente entre el Derecho Penal y la Constitución no es reciente sino más bien viene asentándose progresivamente desde inicios del constitucionalismo. Ya en el artículo 8º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se contenían las ideas fundamentales para limitar la acción del Estado cuando éste ejerce su poder punitivo. En efecto, en el referido artículo se establecía que “La ley no debe establecer más penas que las estricta y manifiestamente necesarias”, aludiéndose claramente a la obligación del Legislador de respetar el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al postulado de subsidiariedad del Derecho Penal, así como a la exigencia de que sea la “ley” el instrumento jurídico que establezca las penas aplicables a los ciudadanos. Si bien las referidas ideas fundamentales se presentaban inicialmente como fórmulas

programáticas y políticas, se han venido repitiendo en las Constituciones y en los Códigos Penales con diversa amplitud y precisión^{1[1]}.

Garantías sustanciales y procesales de la Constitución

2. 2. Hoy en día no es materia de debate o controversia que la Constitución sea considerada como la norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, y que garantice la limitación del poder para asegurar que éste, en cuanto se deriva del pueblo, no se imponga inevitablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. En tanto norma jurídica, la Constitución posee en la actualidad un contenido dispositivo compuesto por valores, principios y derechos fundamentales capaz de vincular a todo poder público, a los particulares y a la sociedad en su conjunto.
3. 3. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional supuso, entre otras cosas, “(...) superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo”^{2[2]}.
4. 4. En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de 1993 ha establecido, en lo que se refiere a la actividad punitiva del Estado, determinadas exigencias no sólo de orden material, sino también de orden procesal.

Dentro de las primeras, las garantías materiales, destacan nítidamente: **a)** el principio de legalidad penal (artículo 2º, inciso 24, apartado “d”); **b)** el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos 3º y 43º), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 2º inciso 1); **c)** el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo 200º); **d)** el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos (artículo 139º inciso 9); **e)** la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales (artículo 139º inciso 11); **f)** el principio de no ser condenado en ausencia (artículo 139º.12); **g)** el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (artículo 139º inciso 8); **h)** el principio de que la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (artículo 103º); y **i)** el derecho a que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad (artículo 2º, inciso 24 apartado “e”), entre otras.

^{1[1]} Tiedemann, Klaus. Constitución y Derecho Penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, N.º 33, 1991, p. 146.

^{2[2]} Expediente N.º 5854-2005-PA/TC, FJ 3.

Dentro de las segundas, las garantías procesales, destacan: **a)** los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3); **b)** la publicidad de los procesos (artículo 139° inciso 4); **c)** el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (139° inciso 5); **d)** el derecho a la pluralidad de la instancia (artículo 139° inciso 6); **e)** la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, y que la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada (artículo 139° inciso 13); **f)** el derecho fundamental a no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (artículo 139° inciso 14); **g)** el derecho fundamental a que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139° inciso 15); entre otras.

Más allá de estas garantías procesales constitucionales antes mencionadas, el Tribunal Constitucional, conforme a sus atribuciones constitucionales, ha identificado otras garantías también de naturaleza procesal, así por ejemplo: **a)** el derecho a un juez independiente e imparcial^{3[3]}; **b)** el derecho al libre acceso a la jurisdicción^{4[4]}; **c)** el derecho a la duración de un plazo razonable de la detención preventiva^{5[5]}; **d)** el derecho a la prueba^{6[6]}; **e)** el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas^{7[7]}; **f)** el principio *non bis in idem*^{8[8]}; **g)** el principio de igualdad procesal de las partes^{9[9]}; **h)** el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales^{10[10]}; entre otras garantías.

5. 5. La existencia de este amplio conjunto de garantías materiales y procesales, que en todos los casos deben ser respetadas por el Legislador, limita el tradicional espacio de libertad que tuvo el Parlamento en el Estado Legal de Derecho para determinar los delitos y las penas, así como para regular el proceso. En el Estado Constitucional, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, vienen redimensionados por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales. Tanto el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal, sólo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución.

El ius puniendi en el Estado social y democrático de derecho

6. 6. Además de los derechos y principios constitucionales antes mencionados, existe un principio que dada su configuración resulta de ineludible atención por parte del Estado cuando ejerce el *ius puniendi*. Se trata del principio del Estado social y democrático de derecho. Como tal, este principio se encuentra consagrado, entre otras disposiciones, en los artículos 3° y 43° de la Constitución. Se sustenta en los principios básicos de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular,

^{3[3]} Expediente N.º 0023-2003-AI/TC, FJ 34.

^{4[4]} Expediente N.º 1003-1998-AA/TC, FJ 3.C. y Expediente N.º 05374-2005-AA/TC FJ 6

^{5[5]} Expediente N.º 2915-2004-HC/TC, FJ 5.

^{6[6]} Expediente N.º 1934-2003-HC/TC FJ 1 y ss. y Expediente N.º 1808-2003-HC/TC, FJ 2.

^{7[7]} Expediente N.º 4124-2004-HC/TC FJ 8 y Expediente N.º 0549-2004-HC/TC FJ 3.

^{8[8]} Expediente N.º 0729-2003-HC/TC, FJ 2 y Expediente N.º 2050-2002-AA/TC FFJJ 18 y ss.

^{9[9]} Expediente N.º 2028-2004-HC/TC, FJ 5.

^{10[10]} Expediente N.º 1042-2002-AA/TC FJ 2.3.1, Expediente N.º 1546-2002-AA FFJJ 2 y ss. y Expediente N.º 0015-2001-AI/TC (acumulados), FFJJ 6 y ss.

separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales.

El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca.

7. 7. Como lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, el

(...) Estado social y democrático de derecho posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado. La democracia, por ello, constituye un elemento imprescindible del Estado. Desde esta perspectiva, la democracia ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social. Así, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3º de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo ámbito de la vida en comunidad. [FJ 13]

8. 8. En cuanto a la pena, cabe precisar que siendo ésta uno de los principales instrumentos que utiliza el Estado para exigir el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico, su función no puede encontrarse desvinculada de la función que a su vez cumple el Estado. De este modo, como lo sostiene Mir Puig, se puede afirmar que existe una vinculación axiológica entre la función de la pena y la función del Estado y que “No sólo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción del Estado social y democrático de Derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte general del Derecho penal”.^{11[11]}
9. 9. En un Estado social y democrático de derecho, el Derecho Penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros.
10. 10. Lo antes expuesto exige precisar cuáles son los fines de la pena en el Estado democrático y social de derecho. Sobre el particular, este Colegiado ha sostenido en

^{11[11]} Mir Puig, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Ariel, Barcelona, 1994, pp. 29-31.

la sentencia recaída en el Expediente N.º 0019-2005-PI/TC, que “(...) las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada. En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en “(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)” (artículo 44º de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución). Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)”. [FJ 40]

11. 11. Es preciso destacar, sin embargo, continúa el Tribunal en la referida sentencia,

(...) que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material. Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva (...). En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho [FFJJ 41-42].

12. 12. De este modo, el Estado no puede desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes; es decir, no puede desnaturalizar los fines de la pena.

13. 13. Si bien los fines de la pena en el Estado social y democrático de derecho deben ser respetados por el Poder Jurisdiccional, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (cuando legisla por delegación), conviene ahora verificar los límites de actuación del Poder Legislativo, en cuanto principal órgano en la configuración de la política criminal del Estado.

2. Los límites a la libertad de configuración legislativa de conductas punibles y penas

14. 14. Conforme a lo antes expuesto, en el Estado democrático y social de derecho el Legislador no tiene una «discrecionalidad absoluta» para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado.
15. 15. Ello, sin lugar a dudas, no implica que la Norma Fundamental haya previsto de modo completo y detallado los contenidos del Derecho Penal, pues tal cometido sería de difícil realización. Por ello, el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de una «discrecionalidad relativa», según la cual posee un determinado nivel de autonomía, pero, a diferencia de la discrecionalidad absoluta que poseía en el Estado Legal de Derecho, se encuentra vinculado por las mencionadas garantías, así como por los principios y valores de la Constitución.
16. 16. En efecto, si bien ha sido común entender que el Legislador penal, en función al contexto social y dentro de la política criminal del Estado, gozaba de la más absoluta discrecionalidad para establecer qué conductas debían resultar punibles, cuáles debían ser las penas que correspondían a estas conductas, cuales podían ser las circunstancias agravantes o cuáles las atenuantes de las conductas penalizadas, entre otros aspectos, hoy en día, debido a la fuerza vinculante de la Constitución, el Legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración constitucional de garantías tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el ya mencionado principio de proporcionalidad. Así por ejemplo, en la tipificación de conductas el Legislador se encuentra prohibido de discriminar a las personas cuando tipifica determinadas conductas; asimismo, cuando determina los límites máximos o mínimos de la pena, no puede establecer penas que resulten desproporcionadas respecto del ilícito cometido.

Como lo ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia, en criterio que comparte este Colegiado,

a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) e igualmente modifica el procedimiento, y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal y del proceso penal^{12[12]}.

De igual modo, respecto de la libertad de configuración legislativa de conductas punibles y penas, y su relación con el principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional de España, en criterio que este Colegiado comparte, ha sostenido que

^{12[12]} Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-609/1996. fundamento 5.

El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir (...) de «la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo». En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, *dentro de los límites establecidos en la Constitución*, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...)).^{13[13]}

Precisamente, teniendo en cuenta las disposiciones cuestionadas en el presente proceso de inconstitucionalidad, conviene ahora desarrollar algunos de los referidos principios que funcionan como garantías materiales de la Constitución.

3. El principio de legalidad en materia sancionatoria

17. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal “d” del inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución, mediante la siguiente fórmula: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)”. Asimismo, ha sido recogido por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11º, numeral 2), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 15º).

18. En cuanto al principio de legalidad penal, este Colegiado ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2758-2004-HC/TC que:

(...) se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

(...) Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

19. Si bien hace un siglo, aproximadamente, la ley penal, según Franz von Liszt, se constituía en la «Carta Magna del delincuente», considerando que, como consecuencia del principio de legalidad, “la ley no sólo es la fuente del derecho a castigar, sino, asimismo, su límite [y que] No garantiza sólo la defensa de los

^{13[13]} Tribunal Constitucional de España, STCE 136/1999 fundamento 23.

ciudadanos ante los criminales, sino también de éstos frente al poder del Estado”^{14[14]}, hoy en día se puede sostener, por influencia del constitucionalismo, que el principio de legalidad penal se constituye en la «Carta Magna del ciudadano^{15[15]} que se ve sometido a un proceso», y que toda restricción de su contenido vulnerará principalmente derechos fundamentales.

20. 20. El principio de legalidad penal se expresa en exigencias dirigidas tanto al legislador como a los tribunales de justicia. Ciertamente opera, en primer lugar, frente al legislador. Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador, y no al Juez.

21. 21. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que

(...) En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad penal, es decir, una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad.^{16[16]}

22. 22. Como tal, el principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*).

23. 23. Conforme a la exigencia de *lex praevia*, el principio de legalidad penal prohíbe la aplicación retroactiva de la ley penal, salvo, claro está, cuando beneficie al reo. Así lo establece el artículo 103° de la Constitución, según el cual “(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)”.

24. 24. Conforme a la exigencia de *lex stricta*, el principio de legalidad penal prohíbe el uso de la analogía. Así lo establece el artículo 139° inciso 3 de la Constitución, según el cual, “El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.

25. 25. En cuanto a la exigencia de *lex certa*, cabe precisar, conforme lo ha sostenido este Colegiado en la sentencia recaída en el caso de la Legislación Antiterrorista (Expediente N.º 0010-2002-AI/TC), que el principio de legalidad penal exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas

^{14[14]} Citado por Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3ª Edición, Grijley, Lima, 2005, p. 148.

^{15[15]} Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal, parte general*, Ara Editores, Lima, 2004, p.103.

^{16[16]} Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. párrafo 157 y Caso Castillo Petruzzi vs. Perú, párrafo 121.

prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “expresa e inequívoca”,

(...) El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.

Esta exigencia de “lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equivocidad (...).

El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos^{17[17]}.

26. 26. En cuanto a la exigencia de *lex scripta*, el principio de legalidad consagra a la ley como única base para la incriminación de comportamientos e imposición de penas, proscribiendo, entre otros aspectos, fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario.

4. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

27. 27. Como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como ilícita, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional.^{18[18]} Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional de España, en criterio que comparte este Colegiado,

“(...) ha de considerarse necesario (...) que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho”.^{19[19]}

28. 28. Al respecto, Carbonell Mateu refiere que

Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución

^{17[17]} Expediente N.º 00010-2002-AI/TC, FFJJ 45 y ss.

^{18[18]} Expediente N.º 0019-2005-AI/TC, fundamento 35 y ss.

^{19[19]} Tribunal Constitucional de España. STCE 105/1998 FJ 2.

contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional.^{20[20]}

29. 29. De este modo, dentro de los límites que la Constitución establece, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario, entre otros, sino también que la actividad punitiva del Estado sirva para la exclusiva protección de bienes constitucionalmente relevantes.
30. 30. Si bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad.

Como afirma Luzón Peña, los bienes jurídicos son “condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad (o, si se prefiere, para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera más íntima, cuanto en sus relaciones con la sociedad). Tales condiciones pueden consistir en objetos, materiales o inmateriales, relaciones, intereses o derechos, que en cualquier caso han de ser socialmente valiosos y por ello dignos de protección jurídica”^{21[21]}.

5. El principio de proporcionalidad como límite a la libertad de configuración legislativa en materia penal

31. 31. El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad.

^{20[20]} Carbonell Mateu, Juan Carlos. *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 37.

^{21[21]} Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Universitas, Madrid, 1996, p.327.

32. Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal.

El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal. Veamos con más detalle las referidas exigencias del principio de proporcionalidad:

Examen de idoneidad. Este examen a su vez, exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin.

En cuanto a lo primero, se debe verificar la existencia de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa penal que limita un derecho fundamental. Esta verificación va a ser uno de los ámbitos en los que se va a manifestar el aludido principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como el principio de lesividad.

En efecto, la prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos fundamentales sólo será constitucionalmente válida si ésta tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico, justifican que este bien sea *merecedor* de protección por parte de Estado.

Sobre lo segundo, este Colegiado ha sostenido que “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el Legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin”.^{22[22]}

Examen de necesidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad

^{22[22]} Expediente 00045-2004-AI/TC FJ 38.

equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental”.^{23[23]}

En materia penal, el examen de necesidad exige que el Legislador estime, ineludiblemente, el *carácter fragmentario del Derecho Penal*. Al respecto, cabe precisar que aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida.

En efecto, el Derecho Penal debe ser utilizado para reprimir las violaciones más graves. Como sostiene Hurtado Pozo,

(...) el recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Sólo debe recurrirse a éste medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas de conducta no sea alcanzable mediante otras previsiones (...) Para que el derecho penal no sufra una hipertrofia engendrando las situaciones que busca evitar, para que el remedio no sea peor que el mal combatido, la represión penal debe intervenir sólo en la medida en que se necesaria y si es conforme al objetivo perseguido.^{24[24]}

Así también, respecto del juicio de necesidad de pena, Caro Coria sostiene que

obedece a criterios de utilidad o rendimiento social de modo que, previo al paso de la intervención penal, es 'necesario' evaluar la eficacia de otros medios menos lesivos. Se trata de proteger los bienes jurídicos al menor coste social posible, si en el caso concreto se aprecia como suficiente recurrir al control administrativo o del Derecho Civil, entonces no existirá necesidad de instrumentar una medida tan drástica como la pena (...) es necesario articular el juicio de necesidad de pena con la misión del DP [Derecho Penal], en concreto con los fines de la pena que (...) están vinculados a la función motivadora en el marco de la necesidad de prevención general negativa, limitada por los fines de la prevención especial y el principio de proporcionalidad. En consecuencia, hay necesidad de pena solo si los medios extrapenales son incapaces de dispensar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea útil para motivar la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro gravemente.^{25[25]}

De este modo, en el Estado Constitucional, el derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tanpreciado como la libertad individual, sólo debe ser utilizado cuando no funcionen ya otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, o de otras especialidades del ordenamiento jurídico). En otros términos, antes de criminalizar determinadas conductas o establecer determinadas penas, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en

^{23[23]} Expediente N.º 0050-2004-AI/TC, FJ 109

^{24[24]} Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3ª Edición, Grijley, Lima, 2005, p. 47.

^{25[25]} Caro Coria. Dino Carlos. “Principio de Lesividad de bienes jurídicos-penales”. En: *Código Penal comentado*. Gaceta Jurídica, Tomo I, p.140.

consideración de los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Sólo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto. Este subprincipio exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda.

33. 33. De este modo, el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo indispensable que deberá tener en cuenta, entre otros, el legislador penal cuando pretenda limitar los derechos fundamentales o establecer sanciones, así como el juez penal cuando al aplicar la ley determine la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria que corresponda en cada caso concreto. En ambos casos, las decisiones adoptadas, ya sea legislativa o judicial, deben resultar idóneas, necesarias y ponderadas respecto de la conducta que ponga en peligro o lesione el bien jurídico protegido.

Como sostiene Hassemer, se puede afirmar que el principio central en un Derecho de la intervención como es el derecho penal, es el de proporcionalidad de las intervenciones, que deben ser necesarias y adecuadas para lograr su objetivo y también deben ser razonables o proporcionadas en cada caso.^{26[26]}

§2. El contenido constitucional de la disposición que consagra el delito de función. El análisis «conjunto» de las características básicas de este delito

34. 34. El artículo 173º de la Constitución establece que “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar (...)”. La referida disposición constitucional ha establecido que la única materia que puede conocer el Código de Justicia Militar se encuentra limitada al conocimiento de los delitos relacionados estricta y exclusivamente con conductas de índole militar que afectan bienes jurídicos que la Constitución le ha encomendado proteger a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
35. 35. Al respecto, cabe mencionar, conforme a la interpretación que exige realizar la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado reiteradamente sobre el delito de función militar, siendo determinados casos del Estado peruano los que han servido de base para estos pronunciamientos. Así, en los casos *Castillo Petrucci vs. Perú* y *Cantoral Benavides vs. Perú*, la Corte sostuvo lo siguiente:

La Corte considera que la jurisdicción militar ha sido establecida por diversas legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias (...) Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez

^{26[26]} Hassemer, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro*. Revista Penal, N° 1, 1997, p.39.

natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.^{27[27]}

En el caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, la Corte sostuvo que

En un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

En el presente caso los militares encargados (...) hicieron un uso desproporcionado de la fuerza que excedió en mucho los límites de su función, lo que provocó la muerte de un gran número de reclusos. Por lo tanto, los actos que llevaron a este desenlace no pueden ser considerados delitos militares, sino delitos comunes, por lo que la investigación y sanción de los mismos debió haber recaído en la justicia ordinaria, independientemente de que los supuestos autores hubieran sido militares o no.^{28[28]}

36. 36. En el ordenamiento jurídico interno, en cuanto al contenido constitucional del referido artículo 173°, básicamente en lo que se refiere al delito de función, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2003-AI/TC que

El delito de función se define como “aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales”.

Tal acto, sea por acción u omisión, debe afectar necesariamente un bien jurídico “privativo” de la institución a la que pertenece el imputado; es decir, que la naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital, que se ve afectado mediante un acto perpetrado por un efectivo militar o policial en actividad.

Dicho bien tiene la singularidad de ser sustancialmente significativo para la existencia, operatividad y cumplimiento de los fines institucionales. La tutela anteriormente señalada debe encontrarse expresamente declarada en la ley.

Entre las características básicas de los delitos de función se encuentran las siguientes:

A). En primer lugar, se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses.

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recepción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de “función” o “militar”, es preciso que:

^{27[27]} Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Petruzzi vs. Perú*, sentencia de fondo, párrafo 128. Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de fondo, párrafos 112 y 113.

^{28[28]} Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Durand y Ugarte vs. Perú*, sentencia de fondo, párrafos 117 y 118.

i. Un militar o policía haya infringido un deber que le corresponda en cuanto tal; es decir, que se trate de la infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar).

Por ende, no se configura como infracción al deber militar o policial la negativa al cumplimiento de órdenes destinadas a afectar el orden constitucional o los derechos fundamentales de la persona.

ii. Con la infracción del deber militar, el autor haya lesionado un bien jurídico militar que comprometa las funciones constitucionales y legalmente asignadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional.

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal.

B). En segundo lugar, el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en situación de actividad, o el ilícito debe ser cometido por ese efectivo cuando se encontraba en situación de actividad. Evidentemente, están excluidos del ámbito de la jurisdicción militar aquellos que se encuentran en situación de retiro, si es que el propósito es someterlos a un proceso penal-militar por hechos acaecidos con posterioridad a tal hecho.

C). En tercer lugar que, cometido el ilícito penal que afecta un bien jurídico protegido por las instituciones castrenses o policiales, este lo haya sido en acto del servicio; es decir, con ocasión de él.

37.37. Teniendo en cuenta la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el caso Pomatanta Albarrán, al dirimir una contienda de competencia promovida por la Vocalía de Instrucción del Consejo Supremo de Justicia Militar contra el Segundo Juzgado Penal de Coronel Portillo, declaró lo siguiente:

Cuarto.- (...) es de precisar desde ya, a partir de una noción estricta de la denominada “garantía criminal” -consagrada en el artículo dos, numeral veinticuatro, literal d) de la Constitución-, que la jurisdicción castrense no puede extender su competencia para conocer delitos o tipos penales no previstos taxativamente en el Código de Justicia Militar, de modo que sólo le está permitido acudir en vía supletoria a la legislación penal común, sin perjuicio de la aplicación de los principios propios del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho (...).

Sexto.- (...) es pertinente puntualizar lo siguiente: a) que el delito de función es una noción subjetivo-objetivo, en tanto no protege un interés militar o policial del Estado como tal, sino ligado necesariamente a un sujeto activo cualificado determinado; b) que se trata de un delito de infracción del deber, en tanto que en este ilícito, por exigencia constitucional, el autor sólo puede ser quien lesiona un deber especial cuyo origen se encuentra fuera del Derecho penal -concretamente en el Derecho administrativo- y que se muestra a través del tipo penal, vale decir, sólo puede ser cometido por quien ostenta una posición de deber determinada, derivada del ámbito estrictamente militar o policial, radicada en las finalidades, organización y/o funciones de la institución militar o policial; c) que es un delito especial propio, en tanto el elemento especial de la autoría: condición de militar o policía que vulnera bienes jurídicos institucionales, opera fundamentando la pena; d) que si el criterio material es el idóneo para construir los delitos de función, cuya sede normativa es el Código de Justicia Militar, entonces, cuando el deber sea

vulnerable por cualquier ciudadano ajeno a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional no se tratará de un delito de función, en tanto que el deber es propio, inherente y exclusivo de ambas instituciones, de suerte que estas son, a final de cuentas, el sujeto pasivo de la infracción penal (...)

38. A lo antes expuesto, deben agregarse las siguientes precisiones:

- a) Teniendo en cuenta que el Poder Constituyente ha circunscrito al Código de Justicia Militar únicamente la consagración de aquellas normas penales que contengan los delitos de función, la interpretación de la expresión «delito de función» debe realizarse de modo «restrictivo» y no «extensivo». En efecto, en la interpretación que realicen tanto el Legislador Penal como los jueces sobre si una determinada conducta debe ser considerada como un delito de función militar o policial, o un delito ordinario, debe emplearse un criterio restrictivo, es decir, limitado o ceñido exclusivamente a aquellas *conductas que claramente tengan una índole militar o policial debido a que afectan bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional*, de modo tal que, de un lado, de existir dudas en cuanto a la tipificación de una determinada conducta como delito de función (en el caso del Legislador Penal), tales dudas debe resolverse a favor de consagrar esta conducta en la legislación penal ordinaria; y, de otro lado, de existir dudas en cuanto a la interpretación de si una determinada conducta constituye o no delito de función (en el caso del juzgador), tales dudas deben resolverse a favor de su reconocimiento como delito ordinario y por lo tanto susceptible de ser conocido por la jurisdicción ordinaria.
- b) En cuanto a la identificación de un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas, se requiere, como ya se ha sostenido, que éste sea un bien jurídico particular y relevante para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a las instituciones castrenses.

A lo antes expuesto, cabe precisar, adicionalmente, que existen escasos bienes jurídicos, como *algunos contenidos* de la defensa nacional (que tiene también un ámbito militar conforme se desprende de los artículos 163° y 165° de la Constitución), que pueden ser afectados tanto por civiles como por militares, por lo que son susceptibles de ser protegidos tanto en el Código Penal (en el caso de los civiles) como en el Código de Justicia Militar (en el caso de los militares), debiendo resaltarse, en este último caso, que la afectación de aquel contenido del bien jurídico defensa nacional debe haberse producido en ejercicio de funciones exclusivamente militares. La razón de ser de las fuerzas armadas es fundamentalmente la defensa militar del Estado Constitucional.

Asimismo, cabe descartar de plano, por inconstitucional, aquellas interpretaciones, que teniendo en cuenta el criterio expuesto en el párrafo precedente, argumenten, por ejemplo, que un bien jurídico como la «vida» pueda ser susceptible de protección mediante el Código de Justicia Militar, pues en este caso este bien jurídico no constituye un bien institucional, propio o particular de las Fuerzas Armadas, ni la Constitución ha establecido un encargo específico a su favor, tal como ocurre con algunos contenidos del bien jurídico defensa

nacional. De este modo, el bien jurídico vida no pueden ser protegido por el Código de Justicia Militar sino por la legislación ordinaria.

De acuerdo a lo antes expuesto y conforme se desprende del artículo 173° de la Constitución, no son delitos de función y, por lo tanto, no son susceptibles de protección mediante el Código de Justicia Militar, bienes jurídicos tales como los derechos fundamentales. En efecto, derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la igualdad, la libertad sexual, el honor, la intimidad, entre otros, no constituyen bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, por lo que deben ser protegidos por la legislación ordinaria. Para que se configure un delito de función no basta con que la conducta prohibida sea realizada por efectivos militares *en actividad* y *en acto del servicio o con ocasión de él*, sino principalmente que tal conducta afecte bienes jurídicos estrictamente castrenses.

- c) c) Conforme al aludido artículo 173° de la Constitución que establece que “En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar”, existe, por exigencia de la propia Norma Fundamental, un ámbito de competencia material según el cual, únicamente los delitos de función pueden ser regulados en el Código de Justicia Militar. No obstante, de esta misma disposición constitucional se desprende un sentido interpretativo según el cual códigos, como por ejemplo el Código Penal, no pueden regular los delitos de función de los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

De este modo, cuando el artículo 46-A del Código Penal establece que “Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público (...)”, debe entenderse que la referencia hecha a los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional es respecto de aquellos actos que no constituyen delito de función, pues en tal caso es de aplicación el Código de Justicia Militar.

§3. Examen de constitucionalidad del Código de Justicia Militar Policial

39. 39. Antes de proceder al examen de constitucionalidad, es conveniente precisar que el pronunciamiento que aquí efectúa el Tribunal Constitucional se va a restringir básicamente a aquellas cuestiones planteadas por la demandante, por lo que sólo constituirá cosa juzgada aquella decisión del Tribunal, ya sea estimatoria o desestimatoria, sobre las materias cuestionadas en el presente proceso de inconstitucionalidad o sobre aquellas que este Colegiado haya decidido pronunciarse debido a la conexidad con tales materias.

6. El control de las disposiciones que consagran el delito de traición a la patria

40. 40. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 66° y 67° del Decreto Legislativo N.° 961, Código de Justicia Militar Policial (CJMP), que establecen lo siguiente:

Artículo 66.- Traición a la Patria

Será sancionado con pena no menor de treinta años y hasta cadena perpetua, el militar o policía, que durante conflicto armado internacional cometa alguna de las acciones siguientes:

1. Tomar las armas contra el Perú o sus aliados o formar parte en la organización militar del enemigo.
2. Inducir a personal militar o policial para pasarse al enemigo o favorecer dicha acción.
3. Colaborar estratégicamente, favoreciendo al enemigo o intentando favorecerlo, perjudicando la defensa nacional en los siguientes casos:
 - a. Entregando tropas, territorio, plaza, puesto o posición, construcción, edificio, armamento o cualquier otro recurso humano o material de la defensa o induciendo u obligando a otro a hacerlo.
 - b. Inutilizando, impidiendo o entorpeciendo el funcionamiento o utilización, de forma temporal o permanente, de cualquier recurso o medio necesario para la defensa nacional que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
 - c. Proporcionando al enemigo, potencia extranjera u organismo internacional, cualquier información, procedimiento, asunto, acto, documento, dato u objeto cuya reunión o explotación sirva para tal fin.
 - d. Proporcionando información falsa u omitiendo la exacta respecto del enemigo que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
 - e. Difundiendo noticias desmoralizadoras o ejecutando cualquier acción derrotista, entre el personal militar o la población que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
 - f. Sosteniendo inteligencia con el enemigo.
 - g. Negándose a ejecutar o dejando de cumplir, parcial o totalmente, una orden militar o alterándola arbitrariamente que cause grave daño a las operaciones militares policiales.
4. Conspirar o inducir para que otro Estado extranjero entre en guerra contra el Perú.
5. Ejecutar cualquier acto dirigido a favorecer las operaciones militares del enemigo o a perjudicar las operaciones de las fuerzas armadas peruanas. (...)

Artículo 67.- Traición a la Patria en tiempo de paz

Los supuestos del artículo anterior, en los casos que no exista guerra exterior, ni conflicto armado internacional, serán sancionados con pena privativa de la libertad no menor de veinte años, con la accesoria de inhabilitación.

Argumentos de la demandante

41. 41. La demandante refiere que los referidos tipos penales “no pueden ser considerados delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son el propio Estado y la defensa nacional, y particularmente el deber de fidelidad que el ciudadano tiene para con la Patria; intereses jurídicos que no son exclusivos ni únicos de las Fuerzas Armadas, y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, ya sea funcionario público o no”.

Sostiene, además, que una prueba de que estos delitos son delitos comunes es que los tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 325° al 334° del Código Penal (Delitos contra el Estado y la Defensa Nacional, Capítulo I Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria).

Argumentos del demandado

42. 42. El demandado sostiene que “Los hechos o preceptos previstos en el Art. 66° del Código de Justicia Militar Policial, no están previstos en el Art. 325° del Código

Penal, pues los primeros se refieren a hechos que sólo pueden efectuar quien ejerce autoridad militar: tomar armas entregadas por el Estado, entregando tropas bajo su mando, transmitiendo información adquirida en razón a su función, para luego entregarla al enemigo. En consecuencia (...) los preceptos y sanciones son totalmente diferentes, tanto en sus contenidos en los Arts.66° y 67° del Código de Justicia Militar, con respecto a los Arts. 325° al 330° del Código Penal”.

Asimismo, refiere que “La Defensa Nacional y los deberes con la patria, son intereses que se manifiestan con mayor incidencia en los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Sin duda, la Traición a la Patria en el caso de los militares, es una cuestión de indudable trascendencia para la seguridad del país: la función de los militares en este sentido se diferencia de la de cualquier ciudadano u otro funcionario público”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

43. Este Colegiado advierte que la cuestión a dilucidar no radica en verificar si el bien jurídico principalmente protegido mediante las disposiciones cuestionadas (la defensa nacional) tiene relevancia constitucional o no, pues ello resulta evidente si se tiene cuenta, entre otras previsiones, que el artículo 163° de la Constitución establece que “El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional. La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley”. Antes bien, la cuestión a dilucidar gira en torno a si las normas penales cuestionadas que protegen este bien jurídico -que puede ser afectado por cualquier persona, sea militar o no-, pueden ser consideradas como delito de función.
44. En tal sentido, es importante precisar que sobre el bien jurídico “defensa nacional”, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “de acuerdo con el mencionado artículo 163° de la Constitución, la Defensa Nacional es integral y permanente; por tanto, involucra al conjunto de acciones y previsiones que permiten la subsistencia y permanencia del Estado, incluyendo su integridad, unidad y facultad de actuar con autonomía en lo interno, y libre de subordinación en lo externo, posibilitando que el proceso de desarrollo se realice en las mejores condiciones (...). Es “integral” porque abarca diversos campos, como el económico, político, social, cultural, *militar*, etc.; y “permanente”, debido a que se trata de una actividad constante que se relaciona con sus sentidos preventivo y represivo”^{29[29]} [énfasis agregado].
45. Como se aprecia, dentro de este conjunto de acciones y previsiones que involucra la defensa nacional se encuentran ámbitos como el militar, por lo que en casos de conflicto armado internacional, se manifiesta con mayor intensidad un bien jurídico como *la defensa militar de la Nación*, el mismo que, al encontrarse relacionado con el potencial bélico de nuestras Fuerzas Armadas, puede ser protegido mediante la consagración de los delitos de función. De hecho, en situaciones de conflicto armado internacional, son los miembros de las Fuerzas Armadas quienes, dentro de las funciones que le asigna la Constitución, se

^{29[29]} Expediente N.º 0017-2003-AI/TC FJ 30

encuentran obligados a garantizar la subsistencia y permanencia del Estado. De tal modo, en este caso específico, algunos contenidos de la defensa nacional se configuran también como bienes jurídicos directamente vinculados con las funciones de las Fuerzas Armadas –y excepcionalmente de la Policía Nacional-, por lo que tales contenidos son susceptibles de ser protegidos mediante las respectivas normas penales del Código de Justicia Militar.

46. 46. Seguidamente, cabe examinar el cuestionado inciso 1) del artículo 66° del CJMP, que establece que “Será sancionado con pena no menor de treinta años y hasta cadena perpetua, el militar o policía, que durante conflicto armado internacional cometa alguna de las acciones siguientes: 1. Tomar las armas contra el Perú o sus aliados o formar parte en la organización militar del enemigo”. Mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que participando en un conflicto armado internacional (*en acto de servicio o con ocasión de él*), tome las armas contra el Perú o sus aliados o integre una organización militar enemiga, afectando la defensa nacional (*bien jurídico que contiene algunos ámbitos relacionados con la función militar y que compromete las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según los artículos 163°, 165° y 166° de la Constitución*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.
47. 47. Respecto de los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 66° y del artículo 67° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y en relación a las cuestiones planteadas en la demanda, el Tribunal Constitucional estima que no contravienen el artículo 173° de la Constitución.
48. 48. De otro lado, conviene ahora examinar si las referidas normas penales vulneran el principio de legalidad penal establecido en el artículo 2°, inciso 24, apartado “d” de la Constitución.

En efecto, la demandante ha sostenido que en el caso de normas penales como las aquí cuestionadas, “(...) estamos frente a un mismo hecho pero regulado bajo dos tipos penales distintos. Con el agravante de que ello posibilitaría que, de forma indistinta, la misma acción pudiera ser subsumida en cualquiera de los tipos penales y, en consecuencia, juzgada por los tribunales castrenses o por la justicia ordinaria”.

49. 49. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que en el presente caso las disposiciones cuestionadas no vulneran el principio de legalidad penal, toda vez que, conforme ya se ha sostenido, cuando el artículo 46-A del Código Penal hace referencia a los miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, debe entenderse respecto de aquellos actos que no constituyen delito de función, pues como se desprende del artículo 173° de la Constitución, sólo el Código de Justicia Militar puede contener los denominados delitos de función militar. Por tanto, no se aprecia la existencia de dos tipos penales (uno en el Código Penal y otro en el Código de Justicia Militar) que a la vez sean susceptibles de ser aplicados a los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

7. El control de las disposiciones que consagran los delitos de rebelión, sedición, motín y derrocamiento

50. 50. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 68°, 70°, 71°, 72°, 73°, 74°, 75°, y 76° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 68.- Rebelión de personal militar policial:

Comete delito de rebelión el personal militar policial, que en forma colectiva, se alza en armas para:

1. Alterar o suprimir el régimen constitucional.
2. Impedir la formación, funcionamiento o renovación de las instituciones fundamentales del Estado.
3. Separar una parte del territorio de la República,
4. Sustraer a la obediencia del Gobierno a un grupo, fuerza o parte de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

Será reprimido con pena privativa de libertad de cinco a quince años, con la pena accesoria de inhabilitación.

Artículo 70.- Sedición

Comete delito de sedición el militar o policía que tome las armas, en forma colectiva, para:

1. Impedir el cumplimiento de alguna norma legal, sentencia o sanción.
2. Incumplir una orden del servicio
3. Deponer a la autoridad, bajo cuyas órdenes se encuentren o impedir el ejercicio de sus funciones.
4. Participar en algún acto de alteración del orden público.

Será reprimido con pena privativa de libertad de tres a diez años, con la pena accesoria de inhabilitación.

Artículo 71.- Motín

Comete delito de motín el militar o policía, que en forma tumultuaria:

1. Se resiste o se niega a cumplir una orden de servicio
2. Exige la entrega de sueldos, raciones, bienes o recursos o efectuar cualquier reclamación.
3. Ocupa indebidamente una instalación, medio de transporte o lugar sujeto a autoridad militar o policial en detrimento de una orden superior o de la disciplina.

Será reprimido con pena privativa de libertad de uno a cinco años

Artículo 72.- Negativa del militar o policía a evitar rebelión, sedición o motín

No evitar la perpetración de los delitos de rebelión, sedición o motín o su desarrollo, cuando se cuente con los medios necesarios para hacerlo, será reprimido con pena privativa no mayor de la mitad del máximo señalado para el delito que se perpetra

Artículo 73.- Colaboración con organización ilegal

El militar o policía que instruye o dota de material bélico a cualquier grupo armado no autorizado por la ley, organización delictiva o banda, o colabora con ellos, aprovechando su función militar policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

Artículo 74.- Falsa Alarma

El militar o policía que cause falsa alarma en conflicto armado, confusión o desorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, que cause grave daño o afecte la operación militar o policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho años ni mayor de quince años.

Artículo 75.- Derrotismo

El militar o policía que con el fin de denigrar una guerra en la que intervenga el Perú, realice públicamente actos o profiera palabras de desprecio contra la misma, su condición o las operaciones bélicas o bien contra las fuerzas armadas peruanas; y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años.

Artículo 76.- Conspiración del personal militar policial.

El militar o policía que tomare parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.

Argumentos de la demandante

51. 51. La demandante refiere que los referidos tipos penales “no pueden ser considerados delitos de función, pues los bienes jurídicos afectados son los poderes del Estado y el orden constitucional, es decir, la organización política y social, así como la seguridad del funcionamiento y desarrollo de dicha organización. En suma: el normal ejercicio del régimen establecido constitucionalmente”.

Asimismo, refiere que “Tipos penales de estas características no guardan conexión alguna con los fines que deben cumplir las Fuerzas Armadas según la Constitución. Por lo mismo, tales intereses jurídicos no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Finalmente, aduce que estos delitos comunes se encuentran previstos en los artículos 346° y 350° del Código Penal.

Argumentos del demandado

52. 52. El demandado ha sostenido que los bienes referidos son del mayor interés de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: “que cualquier Personal militar o Policial de tales instituciones realicen cualquiera de tales conductas, es pasible de acarrear un grave daño para el país. Es decir, las consecuencias que un militar o policía puede ocasionar a partir de la comisión de tales delitos, son considerablemente diferentes de las que correspondería a un civil. Es lógico que su responsabilidad, por las misiones constitucionales encomendadas, es diferente de la de cualquier civil u otro funcionario del Estado”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

53. 53. En cuanto a la relación existente entre defensa nacional y seguridad interna, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta el extremo del artículo 163° de la Constitución que establece que la defensa nacional se desarrolla “en los ámbitos interno y externo”, ha sostenido que “mediante la ‘defensa interna’ se promueve y asegura el ambiente de normalidad y tranquilidad pública que se requiere para el desarrollo de las actividades y esfuerzos concurrentes a la obtención del bienestar general en un escenario de seguridad. Asimismo, supone la realización de acciones preventivas y de respuesta que adopta el gobierno permanentemente en todos los campos de la actividad nacional, para garantizar la *seguridad interna del Estado*. Esa seguridad puede verse afectada por cualquier forma de amenaza o agresión que

tenga lugar dentro del territorio nacional, sea que provengan del interior, exterior, de la acción del hombre o, incluso, de la propia naturaleza. El fin de las actividades de defensa interna es garantizar el desarrollo económico y social del país, impedir agresiones en el interior del territorio, viabilizar el normal desarrollo de la vida y acción del Estado, y garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales”^{30[30]} [énfasis agregado].

54. 54. Dentro de las actividades que deben garantizar la seguridad interna se encuentran actividades tales como las que desempeñan los Poderes del Estado, los gobiernos locales y regionales, así como los efectivos policiales, y, en lo que se refiere al artículo 137° de la Constitución, también los efectivos militares, entre otros. En efecto, en el ejercicio de las funciones que le asigna la Constitución, tales instituciones deben prevenir y responder cualquier amenaza o agresión que impida el normal desarrollo interno de la actividad estatal.
55. 55. Seguidamente, cabe examinar el cuestionado inciso 1) del artículo 68° del CJMP, que establece que “Comete delito de rebelión el personal militar policial, que en forma colectiva, se alza en armas para: 1. Alterar o suprimir el régimen constitucional”.
56. 56. Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en forma colectiva y *en acto del servicio o con ocasión de él*, se alce en armas para alterar o suprimir el RÉGIMEN CONSTITUCIONAL (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional*). En efecto, cuando se consagra como delito de función la conducta de un militar o policía que alzándose en armas busca alterar o suprimir el régimen constitucional, no se está buscando proteger un bien jurídico propio y particular de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, ni se está afectando la defensa militar de la Nación, sino antes bien se busca proteger un bien jurídico como el régimen constitucional, es decir, un régimen en el que existe un control efectivo de los poderes del Estado y existe una vigencia efectiva de los derechos fundamentales, entre otros aspectos, y que por lo tanto, por no ser un bien jurídico estrictamente castrense, debe ser protegido mediante la legislación penal común, tal como efectivamente sucede pues el artículo 346° del Código Penal lo siguiente: “El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación”, siendo de aplicación además los artículos 46-A y 353° del Código Penal, que establecen, respectivamente, que “Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, o autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público. En estos casos el Juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido (...)”, y “Los funcionarios, servidores públicos o miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional, que sean culpables de los delitos previstos en este Título, serán

^{30[30]} Expediente N.º 0017-2003-AI/TC fundamento 32.

reprimidos, además, con inhabilitación de uno a cuatro años conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 8”..

57. 57. En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.
58. 58. Respecto de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 68°, incisos 1 y 4 del artículo 70°, y el extremo del artículo 75° del CJMP que establece “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”, por idénticas razones a las expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional estima que contravienen el artículo 173° de la Constitución, por lo que resultan inconstitucionales.
59. 59. En el caso del artículo 70° del CJMP: “Incumplir una orden del servicio”, éste no resulta inconstitucional siempre y cuando se entienda, conforme al artículo 173° de la Constitución, que quien dicta la orden sea una autoridad militar.
60. 60. Por otra parte, cabe examinar el artículo 74° del CJMP. Mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en un conflicto armado o en donde las fuerzas armadas estuvieren presentes (*en acto de servicio o con ocasión de él*), cause falsa alarma o confusión o deorden entre el personal militar o policial o entre la población donde las fuerzas estuvieren presentes, respectivamente, causando grave daño o afectando la operación militar o policial, afectando el orden militar y la defensa nacional en conflicto armado (*bienes jurídicos que contienen un componente estrictamente militar y que comprometen las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según los artículos 163°, 165° y 166° de la Constitución*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.
61. 61. Respecto de los artículos 71°, 72° y 76° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y en relación a las cuestiones planteadas en la demanda, el Tribunal Constitucional estima que no contravienen el artículo 173° de la Constitución.

8. El control de las disposiciones que consagran los delitos de infidencia y posesión no autorizada de información

62. 62. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 78°, 79° y 80° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 78.- Infidencia

El militar o policía que se apropia, destruya, divulgue o publique, de cualquier forma o medio, sin autorización, o facilite información clasificada o de interés militar o policial, que manifiestamente perjudique o ponga en grave peligro la defensa nacional, orden interno o seguridad ciudadana, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación.

Artículo 79.- Posesión no autorizada de información

El militar o policía, que en conflicto armado internacional, posee y obtiene sin autorización, información clasificada o de interés militar, sin ánimo de entregar al enemigo o potencia extranjera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cinco años.

Artículo 80.- Infidencia culposa

El militar o policía que por culpa, destruye, divulga, dejar sustraer, extravía o permite que otros conozcan información clasificada o de interés militar, que manifiestamente perjudiquen o pongan en grave peligro la defensa nacional, orden interno o seguridad ciudadana, confiada a su custodia, manejo o cargo; será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Argumentos de la demandante

63. 63. La demandante refiere que estos tipos penales no pueden ser considerados como delitos de función, pues los bienes jurídicos son el propio Estado y la defensa nacional, y específicamente la defensa de la seguridad del Estado contra actos de violación de sus secretos, intereses jurídicos que definitivamente no son propios de las Fuerzas Armadas y que pueden ser afectados por cualquier ciudadano, ya sea funcionario público o no.

Asimismo, sostiene que estos delitos comunes se encuentran previstos en el artículo 330° del Código Penal.

Argumentos del demandado

64. 64. El demandado sostiene que el referido artículo 330° del Código Penal prescribe como 'Secretos de Estado: Revelación' aquella conducta mediante la cual el agente obra por lucro o cuando hace accesible a un Estado extranjero secretos que el interés de la República exige guardarlos, y que, sin embargo, los artículos 78° a 80° del CJMP están relacionados con la conducta de cualquier militar o policía que divulgue o publique, bajo cualquier modalidad, información clasificada de interés militar o policial, que ponga en peligro la defensa nacional, el orden interno o la seguridad ciudadana.

Refiere, además, que tales preceptos son totalmente distintos, tanto en su forma como en los hechos o circunstancias en que se producen los actos delictivos.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

65. 65. Sobre el particular, cabe mencionar, que sobre el *orden interno*, el Tribunal Constitucional ha sostenido que esta noción "es concurrente, complementaria y subsidiaria tanto del orden público como de la defensa nacional. Consiste en aquella situación de normalidad ciudadana que se acredita y mantiene dentro de un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades individuales y colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos. Tal concepto hace referencia a la situación de tranquilidad, sosiego y paz dentro del territorio nacional, la cual debe ser asegurada y preservada por el órgano administrador del Estado para que se cumpla o materialice el orden público y se afirme la Defensa Nacional (...) El orden interno es sinónimo de orden policial, ya que a través de la actividad que este implica se evita todo desorden, desbarajuste, trastorno, alteración, revuelo, agitación, lid pública,

disturbio, pendencia social, etc., que pudieran provocar individual o colectivamente miembros de la ciudadanía (...).^{31[31]}

Asimismo, sostuvo que “en atención al principio de corrección funcional (aquel por el cual la Constitución debe interpretarse de tal manera que las funciones de cada uno de los órganos del Estado no se vean alteradas) el alcance de las competencias complementarias de las Fuerzas Armadas debe ser comprendidas bajo el principio de subsidiaridad. Desde esta perspectiva, si hay otros órganos encargados de la defensa civil, del control del orden interno y de la promoción del desarrollo económico y social, la actuación de las Fuerzas Armadas en estos campos deberá restringirse a situaciones de estricta necesidad, sólo para aquellos casos en los que los órganos normalmente competentes no lo hagan, de manera que no se altere el orden competencial establecido en la Constitución”^{32[32]} [subrayado agregado].

En cuanto a la *seguridad ciudadana*, el Tribunal Constitucional ha precisado que ésta se constituye en uno de los aspectos que se encuentra comprendido dentro del orden interno. Así, sostuvo que “Fundamentalmente, el orden interno comprende tres aspectos: a) La seguridad ciudadana (protección de la vida, integridad física y moral, patrimonio, etc.); b) La estabilidad de la organización política (resguardo de la tranquilidad, quietud y paz pública, respeto de la autoridad pública); y c) El resguardo de las instalaciones y servicios públicos esenciales (edificaciones públicas e instalaciones que cubren necesidades vitales y primarias de la comunidad, tales como el agua, la energía eléctrica, etc.)”^{33[33]}.

66. 66. Seguidamente, cabe examinar el cuestionado artículo 78° del CJMP, que establece que “El militar o policía que se apropia, destruya, divulgue o publique, de cualquier forma o medio, sin autorización, o facilite información clasificada o de interés militar o policial, que manifiestamente perjudique o ponga en grave peligro la defensa nacional, orden interno o seguridad ciudadana, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco años ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación”. Mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad y en acto de servicio o con ocasión de él*), que se apropia, destruye, divulga o publica, de cualquier forma o medio, sin autorización, o facilite información clasificada o de interés militar o policial, y que manifiestamente perjudique o ponga en grave peligro bienes jurídicos como la defensa nacional, el orden interno o la seguridad ciudadana (*bienes jurídicos que tienen también un ámbito militar o policial, respectivamente, y que comprometen las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, según los artículos 163°, 165° y 166° de la Constitución*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.

67. 67. Respecto de los artículos 79° y 80° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que no contravienen el artículo 173° de la Constitución.

^{31[31]} Expediente N.° 0017-2003-AI/TC FFJJ 4, 5 y 7.

^{32[32]} Expediente N.° 0017-2003-AI/TC FJ 21.

^{33[33]} Expediente N.° 0017-2003-AI/TC FJ 8.

9. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario

68. 68. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 90°, 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102° y 103° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 90.- Delitos contra personas protegidas por el DIH

El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años. (...)

3. Trate de forma cruel o inhumana a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario causándole dolor o daños físicos o mentales, en especial torturándola, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

4. Viole o esclavice sexualmente, la obligue para la prostitución, prive de su capacidad de reproducción, la fuerce a unirse en matrimonio o en convivencia con otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años.

Similar sanción penal se impondrá al que mantenga confinada a una mujer protegida por el Derecho Internacional Humanitario que ha sido embarazada sin su consentimiento para influir en la composición étnica de una población o la obligue a abortar mediante violencia o grava amenaza. (...)

7. Ponga en peligro la vida o salud de una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, mediante alguna de las conductas siguientes:

a. Realizando experimentos sin su consentimiento previo o expreso, o que no sean necesarios desde el punto de vista médico ni se llevan a cabo en su interés. (...)

8. Imponga o ejecute una pena contra una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, sin que haya sido juzgada en un proceso judicial imparcial y sin las garantías del debido proceso previstas en el Derecho Internacional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 12 años.

Artículo 91.- Forma agravada

Si mediante los hechos descritos en el artículo precedente, numerales de 2 a 7, el autor causa la muerte de la víctima o lesión grave la pena será aumentada hasta en una mitad de la máxima prevista para el delito correspondiente.

En el supuesto del numeral 8 del artículo precedente se aplicará la misma agravante cuando el autor imponga o ejecute la pena de muerte. (...)

Artículo 95.- Métodos prohibidos en las hostilidades

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Ataque por cualquier medio a la población civil, o a una persona que no toma parte directa en las hostilidades, (...)

Artículo 96.- Forma agravada

Si el autor causa la muerte o lesiones graves de un civil o persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario mediante el hecho descrito en los numerales 1 a 6 del artículo anterior, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinticinco años. Si el resultado fuere lesiones leves el autor será reprimido con pena privativa de libertad no menor de nueve ni mayor de dieciocho(*)NOTA SPIJ años.

Capítulo III

Delitos contra el patrimonio y otros derechos

Artículo 97.- Saqueo, destrucción apropiación y confiscación de bienes

El militar o policía que, en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, saquee o, de manera no justificada por las necesidades del conflicto armado, destruya, se apodere o confisque bienes de la parte adversa será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años.

Capítulo IV

Delitos contra operaciones humanitarias y emblemas

Artículo 99.- Delitos contra operaciones humanitarias

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de quince años, el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Ataque a personas, instalaciones materiales, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o a objetos civiles con arreglo al Derecho Internacional Humanitario, (...)

Capítulo V

Delitos de empleo de medios prohibidos en la conducción de hostilidades

Artículo 102.- Medios Prohibidos en las hostilidades

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años el militar o policía que en relación con un conflicto armado internacional o no internacional:

1. Utilice veneno o armas venenosas.
2. Utilice armas biológicas o químicas (...)

Argumentos de la demandante

69. 69. La demandante sostiene que estos tipos penales no pueden ser considerados como delito de función pues “los bienes jurídicos afectados son las reglas mínimas de la guerra, las normas humanitarias que recoge el Derecho Internacional, las mismas que proscriben la realización de conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan clásicos bienes jurídicos como la vida, la integridad, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, el ambiente natural, el acceso a la justicia, etc., en ese contexto de especial desprotección y peligro para las víctimas (la guerra), y en el que la seguridad de sus bienes sólo depende la vigencia de esas reglas mínimas que impone el Derecho Internacional Humanitario”. Este interés jurídico, alegan, no es propio de las Fuerzas Armadas.

Argumentos del demandado

70. 70. El demandado alega lo siguiente: “¿Cuando las fuerzas armadas entren en conflicto armado externo e infrinjan las leyes y sus respectivos reglamentos sobre derechos humanos internacionales, lo investigarán y sancionarán bajo la premisa del Código Penal?, la respuesta es obvia, ¿por qué?, porque en todos los países del mundo y en el nuestro que debe estar a la altura de las circunstancias y la globalización, la fuerza armada se conforma en el Teatro de Operaciones, independientemente que ejerzan la defensa nacional, están sometidos a la justicia militar quienes operan en forma conjunta y coordinada con el Comando del Teatro de Operaciones, a fin de sancionar los excesos que pudiera ocurrir, lo que un Juez Civil no podría estar frente al fuego del enemigo para que cumpla tal rol”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

71. 71. Sobre el particular, cabe precisar, como lo ha sostenido este Colegiado en anterior oportunidad, que “la comunidad internacional reconoce la existencia de un núcleo inderogable de derechos, establecidos en normas imperativas del Derecho Internacional. Estas normas se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del *Derecho Internacional Humanitario* y del Derecho Penal Internacional”, y que el Perú ha recogido esta obligación jurídica al disponer, de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, que las normas relativas a los derechos y libertades, que la Constitución reconoce, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.^{34[34]}
72. 72. De este modo, es pertinente tener en consideración, entre otros, los Convenios de Ginebra: *Convenio I*, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña; *Convenio II* para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las Fuerzas Armadas en el mar; *Convenio III* relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y *Convenio IV* relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, todos ellos en vigor en el Perú desde el año 1956; así como el *Protocolo I*, adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y el *Protocolo II*, adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, ambos en vigor en el Perú desde el año 1990.
73. 73. Como tal, el Derecho Internacional Humanitario se constituye en aquel derecho aplicable a los conflictos armados, el mismo que tiene por finalidad reglamentar la forma como se llevan a cabo las hostilidades, fundamentalmente intentando evitar que los conflictos alcancen un punto de no retorno.^{35[35]}
74. 74. Seguidamente, se examinará el cuestionado inciso 1 del artículo 90° del CJMP, que establece que “El militar o policía que, con relación con un conflicto armado internacional o no internacional: 1. Mate a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario será reprimido con la pena privativa de libertad no menor de veinte años ni mayor de treinta años”.

Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en un conflicto armado internacional o no internacional (*en acto de servicio o con ocasión de él*), MATE a una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, afectando el bien jurídico VIDA (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.

^{34[34]} Expediente N.º 2798-2004-HC/TC FFFJ 6 a 8.

^{35[35]} Bouchet-Saulnier, Francois. *Diccionario práctico de derecho humanitario*. Ediciones Península, Barcelona, 2001, p. 246.

75. 75. Respecto de los incisos 2 a 9 del artículo 90°, los artículos 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102° y 103° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y por pretender afectar bienes jurídicos que no son propios ni particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, tales como la integridad física, psíquica o moral, la libertad sexual, libertad de tránsito, propiedad, tutela jurisdiccional efectiva, entre otros, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales,.

10. El control de las disposiciones que consagran los delitos de insulto al superior, coacción, injuria y difamación

76. 76. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 121°, 123°, 125° y 130° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 121.- Insulto al Superior- Agresión

El militar o policía que agrede a un superior, en actos de servicio, causándole lesiones leves, será sancionado con pena privativa de la libertad, de seis meses a dos años.

1. Si el delito se comete en conflicto armado o si se causa lesiones graves al superior, la pena privativa de la libertad será no menor de dos ni mayor de diez años.

2. Si el delito se comete frente al enemigo o si se causa la muerte del superior la pena privativa de la libertad será no menor de diez ni mayor de veinte años.

Artículo 123.- Coacción, injuria y difamación

El militar o policía que coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, en acto de servicio y que afecte gravemente la disciplina, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años.

Artículo 125.- Amenazas

El militar o policía que amenaza o pide explicaciones al superior con ocasión de órdenes legítimas con el propósito de no cumplirlas, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a dos años.

Artículo 130.- Agresión al servicio de seguridad

El militar o policía que agrede a un centinela, vigía o personal nombrado para desempeñar servicio de seguridad, siempre que afecte de manera grave al servicio o misión que cumple, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a cuatro años.

1.- Si se causa lesión grave, será sancionado con pena privativa de la libertad, no menor de cinco ni mayor a diez años.

2.- Si el delito se comete frente al enemigo en conflicto armado o causa la muerte será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor a quince años.

Argumentos de la demandante

77. 77. La demandante refiere que “los bienes jurídicos afectados son la integridad física y el honor (autovaloración y reputación), intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, refiere que estos delitos “comunes” ya se encuentran previstos en los artículos 121°, 122°, 130°, 132°, 365° y 366° del Código Penal.

Argumentos del demandado

78. 78. El demandado argumenta que el tipo consagrado en el artículo 121° del Código Penal es el de lesiones graves en perjuicio de civiles o particulares, cuando el agente pudo prever este resultado. En cambio, afirma, el artículo 121° del CJMP tiene dos supuestos: el primero, si las lesiones se cometen u ocasionan en conflicto armado y, el segundo, si el delito se comete frente al enemigo.

Asimismo, aduce que el artículo 130° del Código Penal se refiere a la injuria, calumnia y difamación, que son delitos que afectan el honor de las personas particulares o civiles, a las que se atribuye falsamente un hecho o delito y/o ofensa a la conducta en cuanto a su honor y reputación. En cambio, alega, el artículo 123° del CJMP se refiere a la coacción, injuria y difamación, cometidos por personal militar o policial en acto de servicio, contra el superior y además que afecte gravemente la disciplina.

Finalmente, sostiene que el artículo 130° del CJMP se refiere a la agresión del personal militar o policial en el cumplimiento de su servicio o misión, de los que se evidencia que no existe relación alguna con el artículo 366° del Código Penal.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

79. 79. En el presente caso, cabe examinar, en primer término, el primer párrafo del artículo 121° del CJMP, que establece que “El militar o policía que agrede a un superior, en actos de servicio, causándole lesiones leves, será sancionado con pena privativa de la libertad, de seis meses a dos años”.

Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que *en acto de servicio o con ocasión de él*, agrede a un superior, causándole LESIONES LEVES, afectando el bien jurídico INTEGRIDAD FÍSICA de una persona (*que no es un bien jurídico institucional de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que el extremo del primer párrafo del artículo 121° del CJMP que establece: “causándole lesiones leves” no forma parte de las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal extremo es inconstitucional.

80. 80. Respecto de los incisos 1 y 2 del artículo 121° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales los siguientes extremos “o si se causa lesiones graves al superior” y “o si se causa la muerte del superior”, respectivamente.
81. 81. De otro lado, cabe examinar, el artículo 123° del CJMP, que establece que “El militar o policía que coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, en acto de servicio y que afecte gravemente la disciplina, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años”.

Como se aprecia, en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que *en acto de servicio o con ocasión de él*, COACCIONE, INJURIE o DIFAME, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior, afectando bienes jurídicos como el HONOR DE UN INDIVIDUO o la LIBERTAD PERSONAL (*que no son bienes jurídicos institucionales de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que el extremo del artículo 123° del CJMP que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior” no forma parte de las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal extremo es inconstitucional.

Respecto del inciso 1 del artículo 130° y del extremo del inciso 2) del artículo 130° del CJMP que establece: “o causa la muerte”, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente y por afectar bienes jurídicos que no son estrictamente castrenses como la integridad física o la vida, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales. No lo son el primer párrafo del artículo 130° ni el extremo del inciso 2) del mismo artículo que establece: “Si el delito se comete frente al enemigo en conflicto armado”; pues en estos últimos casos se trata de una severa afectación de bienes jurídicos tales como el correcto desarrollo del servicio de seguridad o la defensa nacional, entre otros, al exigir que la conducta prohibida “afecte de manera grave al servicio o misión” o ésta se realice en “conflicto armado”.

Finalmente, cabe precisar, con relación al extremo del artículo 123° del Código de Justicia Militar Policial que busca prevenir respecto de aquella conducta que “afecte gravemente la disciplina”, que no es ajeno a este Colegiado, la importancia que posee el bien jurídico castrense «*disciplina que afecte las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional*», antes bien, en tanto órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, el Tribunal Constitucional debe velar por el escrupuloso respeto de las disposiciones constitucionales, principalmente de aquellas que consagran los derechos fundamentales, así como de aquellas que establecen las funciones y competencias de los órganos constitucionales y de las instituciones instauradas por la Norma Fundamental (encontrándose dentro de estas últimas las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional). Precisamente, en casos como los que plantea el referido artículo 123°, si bien esta norma penal pretende prevenir respecto de aquella conducta que vulnere o amenace vulnerar el bien jurídico *disciplina que afecte las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional* y tiene precisamente como sujeto pasivo a las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, lo hace apropiándose, inconstitucionalmente, de la protección de bienes jurídicos tales como la libertad personal o el honor de una persona, que no son bienes jurídicos de las instituciones castrenses y que además tiene como sujeto pasivo a una persona determinada (militar o policía de grado superior que se vio afectado en los mencionados derechos fundamentales). Mediante el delito de función militar sólo se pueden proteger bienes jurídicos propios de las Fuerzas Armadas, bienes jurídicos que sirvan para la defensa militar del Estado Constitucional.

11. El control de las disposiciones que consagran los delitos contra la administración militar policial

82. 82. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 132° y 134° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 132.- Empleo indebido de armas

El militar o policía que, estando al mando de una Unidad encargada de restablecer el orden interno o público, emplea o hace emplear las armas, sin causa justificada o sin orden expresa, o sin cumplir las formalidades previas para ello, siempre que se cause grave daño, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de diez años.

El que actúa por culpa será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años.

Artículo 134.- Contra la función y administración militar policial

El militar o policía que reciba indebidamente ventaja patrimonial, directa o indirectamente, imponga pagos, o acepte promesa de retribución, en beneficio propio o de terceros para hacer u omitir o retardar un acto propio de su función operativa del servicio o hacer un acto contrario a ella, en caso de operaciones militares o policiales, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, con la accesoria de inhabilitación.

Argumentos de la demandante

83. 83. La demandante sostiene que estos tipos penales no pueden ser considerados como delitos de función “pues los bienes jurídicos afectados son la seguridad pública y la administración pública, intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, aduce que el tipo penal ya se encuentra previsto en el artículo 393° del Código Penal.

Argumentos del demandado

84. 84. El demandado sostiene que “el artículo 393° del Código Penal se refiere a un tipo totalmente ajeno a la seguridad y defensa nacional, muy por el contrario se refiere a una corrupción pasiva (...) con menor sanción que la que prevé el Código de Justicia Militar Policial”.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

85. 85. En cuanto al examen del artículo 134° del CJMP, cabe mencionar que en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que haga, omita o retarde un acto propio de su función operativa del servicio o hacer un acto contrario a ella, en caso de operaciones militares o policiales (*en acto de servicio o con ocasión de él*), para recibir indebidamente ventaja patrimonial, directa o indirectamente, imponga pagos, o acepte promesa de retribución, en beneficio propio o de terceros, afectando el bien jurídico ADMINISTRACION PUBLICA (*que no es un bien jurídico institucional*,

propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.

86. 86. Distinto es el caso del artículo 132° del CJMP, pues esta norma penal pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que, estando al mando de una Unidad encargada de restablecer el orden interno o público (*en acto de servicio*), emplea o hace emplear las armas, sin causa justificada o sin orden expresa, o sin cumplir las formalidades previas para ello, siempre que se cause *grave daño*, afectando el bien jurídico correcto ejercicio del mando militar (*bien jurídico que es propio de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y relacionado con las funciones vitales de estas instituciones*). Por tanto, en la aludida norma penal se presentan las características básicas del delito de función, por lo que no contraviene el artículo 173° de la Constitución.

12. El control de las disposiciones que consagran los delitos de violación al deber militar policial y de excesos en la facultad de mando

87. 87. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 137°, 139°, 140° y 141° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 137.- Omisión de cumplimiento de deber en función operativa

El militar o policía que omite el estricto cumplimiento de sus obligaciones y de sus deberes en función operativa, en relación al personal a su mando directo, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses a ni mayor seis años.

Artículo 139.- Excesos en la facultad de mando

El militar o policía, que en el ejercicio de la función, se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

Si como consecuencia de los hechos que preceden, se causare:

- 1.- Lesiones graves, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a diez años, con la accesoria de inhabilitación.
- 2.- Muerte será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a veinte años, con la accesoria de inhabilitación.

Los delitos de lesa humanidad están excluidos en la aplicación de este artículo.

Artículo 140.- Modalidad culposa en el ejercicio de grado, jerarquía o mando

El militar o policía, que en acto de servicio, cause la muerte, lesiones o daños a un militar o policía, por negligencia profesional, imprudencia o impericia, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de ocho años.

Artículo 141.- Excesos en el ejercicio del mando en agravio del subordinado

El militar o policía que en acto de servicio militar o policial:

- 1.- Veje o ultraje gravemente al subordinado.
- 2.- Impida que el subordinado, presente, prosiga o retire recurso queja o reclamación.
- 3.- Exija al subordinado la ejecución indebida o la omisión de acto propio de sus funciones.

Será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.

Argumentos de la demandante

88. 88. La demandante alega que estos tipos penales no pueden ser considerados como delitos de función, pues los “bienes jurídicos afectados son el desempeño normal de la administración pública, la vida, la integridad física, el patrimonio y la libertad personal, intereses jurídicos que no son propios de las Fuerzas Armadas y pueden ser afectados por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, sostiene que estos tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 376°, 377°, 121°, 124°, 106°, 111°, 205° y 151° del Código Penal.

Argumentos del demandado

89. 89. El demandado refiere que la omisión de deber en función operativa sancionada por el artículo 137° del CJMP es una actividad propia de militares y policías por lo que constituyen delitos de función, que no corresponden al tipo indicado en el artículo 376° del Código Penal.

En cuanto a los excesos en la facultad de mando sancionados en el artículo 139° del CJMP, menciona que sólo los militares y policías en actividad ejercen mando debido a que son los que conducen las unidades militares y policiales, y que el artículo 377° del Código Penal es de naturaleza jurídica totalmente diferente y no se encuentra relacionada en absoluto con la función militar.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

90. 90. En cuanto al examen de los incisos 1 y 2 del artículo 139° del CJMP, debe precisarse que en las referidas normas penales no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante estas normas penales se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en el ejercicio de la función (*en acto de servicio o con ocasión de él*), se excede en las facultades de mando o de la posición en el servicio u ordenare cometer cualquier acto arbitrario en grave perjuicio del personal militar o policial o de terceros, causando LESIONES GRAVES o la MUERTE, afectando los bienes jurídicos INTEGRIDAD FÍSICA Y VIDA (*que no son bienes jurídicos institucionales, propios y particulares de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en las aludidas normas penales no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que estas son inconstitucionales.
91. 91. Respecto del artículo 140° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resulta inconstitucional. Asimismo, también son inconstitucionales los incisos 1 y 2 del artículo 141° del CJMP pues pretenden proteger bienes que no son propios y particulares de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional tales como el principio derecho dignidad, honor y determinados contenidos del debido proceso en sede administrativa.

13. El control de las disposiciones que consagran los delitos que afectan a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno

92. 92. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 142°, 143° y 144° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 142.- Afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno

El militar o policía, que en el ejercicio de sus funciones:

a) Dispone indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropia ilícitamente o sustrae, total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor a quince años, con la accesoria de inhabilitación. En el caso de combustibles o carburantes, sólo constituye delito cuando su valor sea superior a tres remuneraciones mínimas vitales.

b) Defrauda al patrimonio destinado a la defensa nacional, participando de manera concertada, directa o indirectamente, en la contratación, operación, aprovisionamiento, servicios o concesión de armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, valiéndose de su condición o la función que cumple, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor a veinte años.

Artículo 143.- Facilitamiento culposo

El militar que por culpa facilita la sustracción, extravío, desvío o la apropiación de dinero o cualquier bien mueble público o particular, puesto a disposición de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a seis años.

Artículo 144.- Avería o deterioro culposo

El militar que cause avería, deterioro o daño de importancia, en obras, depósitos, arsenales, edificios militares, naves, aeronaves, armamento, municiones o cualquier otro material de guerra, estando a cargo de su administración, manejo o funcionamiento, por culpa, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de seis años.

Argumentos de la demandante

93. 93. La demandante alega que estos tipos penales no pueden ser considerados como delito de función, pues “el bien jurídico afectado es el patrimonio, interés jurídico que no es propio de las Fuerzas Armadas y puede ser afectado por cualquier ciudadano, funcionario público o no”

Asimismo, sostiene que estos tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 185°, 190° y 384° del Código Penal.

Argumentos del demandado

94. 94. El demandado refiere que cuando el CJMP se refiere a la afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno, lo hace en razón a que éstos constituyen los medios con que cuentan las Fuerzas Armadas y Policía Nacional para el cumplimiento de los fines que le asigna la Constitución.

En cuanto al artículo 185° del Código Penal, sobre hurto simple, sostiene que el tipo descrito no corresponde al artículo 142° del CJMP por ser de una naturaleza jurídica

diferente, por cuanto el primero se refiere a la afectación de bienes privados o del Estado que no afectan la defensa nacional.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

95. 95. En cuanto al examen del párrafo a) del artículo 142° del CJMP, debe subrayarse que en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en el ejercicio de sus funciones (*acto del servicio*), dispone indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropia ilícitamente o sustrae, total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales, afectando el bien jurídico PATRIMONIO (*que no es un bien jurídico institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.
96. 96. Respecto del párrafo b) del artículo 142°, los artículos 143°, 144° y 73° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales.

14. El control de las disposiciones que consagran los delitos de certificación falsa y destrucción de documento militar policial

97. 97. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 147° y 149° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 147.- Certificación falsa

El militar o policía que expida certificación falsa en razón de la función o profesión en provecho propio o de terceros, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien a obtener cargo, puesto o función o cualquier otra ventaja, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

Artículo 149.- Destrucción de documento militar policial

El militar o policía que destruye, suprime u oculte, en beneficio propio o de terceros o en perjuicio ajeno, documento verdadero del que no podía disponer, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cuatro años.

Argumentos de la demandante

98. 98. La demandante alega que estos tipos penales no pueden ser considerados como delito de función, pues “el bien jurídico afectado es la fe pública, interés jurídico que no es propio de las Fuerzas Armadas y puede ser afectado por cualquier ciudadano, funcionario público o no”.

Asimismo, sostiene que estos tipos penales ya se encuentran previstos en los artículos 427°, 428° y 430° del Código Penal.

Argumentos del demandado

99. 99. El demandado argumenta que los preceptos del CJMP son diferentes y están vinculados únicamente a la función militar policial que afecte gravemente al servicio militar policial, “lo que quiere decir que la falsificación de un documento que no tenga índole militar y que ocurra en una instalación militar constituye un delito común sancionada por la jurisdicción ordinaria”. El artículo 146° del CJMP, alega, se refiere estrictamente al contenido militar policial del documento y siempre que éste al ser falsificado o adulterado, afecte gravemente las operaciones militares o policiales.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

100. 100. En cuanto al examen del artículo 147° del CJMP, cabe mencionar que en la referida norma penal no se presentan todos los requisitos que identifican a los delitos de función. Así, mediante esta norma penal se pretende sancionar la conducta del militar o policía (*en actividad*), que en razón de la función o profesión (*acto del servicio*), expida CERTIFICACIÓN FALSA en provecho propio o de terceros, sobre hechos o circunstancias que habiliten a alguien a obtener cargo, puesto o función o cualquier otra ventaja, siempre que el hecho atente contra la administración militar o policial, o el servicio, afectando el bien jurídico FE PUBLICA (*que no es un bien jurídico institucional, propio y particular de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional*). En consecuencia, teniendo en cuenta que en la aludida norma penal no se presentan las características básicas del delito de función, tal como lo exige el artículo 173° de la Constitución, el Tribunal Constitucional considera que tal norma es inconstitucional.
101. 101. Respecto del artículo 149° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en el párrafo precedente, el Tribunal Constitucional estima que resulta inconstitucional.

15. El test de proporcionalidad y la protección de bienes jurídicos estrictamente castrenses mediante el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario

102. 102. La demandante sostiene que son inconstitucionales los artículos 81°, 82°, 106°, 107°, 108°, 109°, 110°, 111°, 115°, 116°, 117°, 119°, 122°, 124°, 126°, 127°, 128°, 129°, 135°, 136°, 138°, 145° y 148° del CJMP, que establecen lo siguiente:

Artículo 81.- Ultraje a los símbolos nacionales militares y policiales.

El militar o policía que, públicamente o por cualquier medio de difusión, ofende, ultraja, vilipendia o menosprecia, por obra o por expresión verbal, los símbolos nacionales militares y/o policiales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa.

En el caso de conflicto armado externo, la pena privativa de la libertad será no mayor de cinco años y ciento veinte a ciento ochenta días-multa.

Artículo 82.- Ultraje a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú

El militar o policía que injuria, vilipendia, o menosprecia públicamente de obra, palabra por escrito o por cualquier otro medio a las Fuerzas Armadas o Policía

Nacional, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa.

En el caso de conflicto armado externo, la pena privativa de la libertad será no mayor de cinco años y ciento veinte a ciento ochenta días-multa.

Artículo 106.- Violación de consigna

El militar o policía que cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, que viole sus obligaciones o la consigna recibida, se embriaga durante el servicio, siempre que se ocasione daño grave al servicio o a la seguridad del objeto de la vigilancia, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años y sesenta a noventa días-multa.

Artículo 107.- Abandono de puesto de vigilancia

El militar o policía que cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, y abandona su puesto, sin orden o autorización superior o se deja relevar por orden de quien no corresponde, siempre que se ocasione daño grave al servicio o a la seguridad del objeto de la vigilancia, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años y noventa a ciento veinte días-multa.

Artículo 108.- Omisión de aviso o repulsión

El militar o policía que, en conflicto armado, cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, y que omite dar aviso o dar la alarma inmediata de aproximación del enemigo, o cualquier anomalía o no usar sus armas, en caso de ataque para repeler el peligro, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de diez años y noventa a ciento veinte días-multa. Si el delito se comete frente al enemigo, o si a consecuencia de la conducta punible, sufra grave daño el puesto u objeto confiado a su vigilancia, la pena privativa de la libertad será no menor de diez años y de ciento veinte días-multa.

Artículo 109.- Abandono de puesto

El militar o policía que abandona el puesto para el cual fue designado, que cumpliendo servicio de guardia, patrulla, escolta, avanzada, o integrando cualquier otra fuerza designada para cumplir una misión, o estando encargado de las comunicaciones, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con una pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años.

Si se comete el delito frente al enemigo en guerra externa o cuando pone en peligro a un numeroso grupo de personas o bienes, la pena privativa de la libertad será no menor de uno ni mayor de diez años.

Artículo 110.- Abandono de escolta

El militar o policía que abandona sin motivo justificado el servicio de escolta; y como consecuencia del abandono se cause grave daño al servicio y se perdiese vehículo, nave o aeronave, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de diez años.

El que abandona sin motivo justificado el servicio de escolta; y como consecuencia del abandono pereciese todo o parte de la tripulación o del personal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez años.

Artículo 111.- Seguridad de las instalaciones y bienes

El miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que por incumplimiento de alguna orden de su superior, o de sus deberes y obligaciones, causa daño a las instalaciones, bienes, documentos y/o armamento militar o policial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años.

Artículo 115.- Incapacitación voluntaria para el servicio

El militar o policía que, a sabiendas, se incapacita o da su consentimiento para ser incapacitado por mutilación, enfermedad o por cualquier otro medio con el fin de ser eximido definitivamente del servicio u obtener el pase a otra situación militar o policial, será sancionado con pena privativa de la libertad, no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Artículo 116.- Simulación

El militar o policía que simula una enfermedad o defecto físico con el fin de ser eximido definitivamente del servicio u obtener el pase a otra situación militar o policial, será reprimido con pena privativa de la libertad, no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Artículo 117.- Colaboración

El militar o policía que colabora o facilita la incapacidad o simulación a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa.

Si el agente fuera personal de la sanidad, además se aplicará la sanción de inhabilitación, conforme a lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 29 de éste Código, por un periodo de dos años.

Artículo 119.- Cobardía

El militar, en caso de conflicto armado, que se encuentre en zonas o áreas donde se cumplan operaciones de combate, y en presencia del enemigo:

1. Se sustraiga o intente sustraerse por temor al cumplimiento del deber militar de enfrentarlo y cumplir con los fines que le asigna la Constitución Política del Perú, será sancionado con pena privativa de libertad de dos a ocho años.
2. Provoque, por temor, el desbande de su personal o impida su reunión, causando alarma con el fin de causar confusión, desaliento y desorden, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a quince años.
3. Huya o incite a la fuga o de cualquier modo eluda su responsabilidad, de tal manera que afecte al personal militar, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de quince años.

Será reprimido con la misma sanción el policía que en conflicto armado, cometa las conductas mencionadas en los incisos anteriores.

Artículo 122.- Acto tendiente a agredir o amenazar

El militar o policía que en ocasión de servicio, ejecuta actos o toma las armas con demostración manifiesta de agredir o amenazar a un superior, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años.

Si el delito se comete frente al enemigo o en situación peligrosa para la seguridad del establecimiento militar o policial, nave o aeronave será sancionado con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de ocho años.

Artículo 124.- Insubordinación

El militar o policía que manifiestamente se niegue a cumplir órdenes legítimas del servicio emitidas por el Superior con las formalidades legales, o impide que otro la cumpla o que el superior la imparta u obliga a impartirlas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

- 1.- Si el delito se comete frente al enemigo en conflicto armado o empleando armas, la pena será privativa de libertad, de cinco a diez años.
- 2.- Si el delito se comete frente a personal militar o policial o restringiendo la libertad de tránsito del superior, la pena será privativa de la libertad no menor de uno ni mayor a ocho años.
- 3.- Si se causa a consecuencia de la insubordinación el fracaso de una operación militar o policial, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor a diez años.

Artículo 126.- Desobediencia

El militar o policía, que se negare a cumplir las disposiciones contenidas en las leyes, reglamentos o cualquier otro documento que norma las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

Artículo 127.- Desobediencia - incumplimiento de itinerario

El militar que, altere el itinerario o derrotero fijados por el Superior, recalar en lugares no ordenados, retardar o anticipar la salida o llegada a un punto determinado injustificadamente, siempre que se cause grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a cinco años.

Estará incurso en el delito anteriormente previsto el policía que lo cometa prestando servicio en zonas de emergencia y en operaciones conjuntas.

Artículo 128.- Excusa indebida

El militar o policía que se excusare de cumplir sus obligaciones o no esté conforme con el puesto o servicio a que fuese destinado, invocando males supuestos, valiéndose de influencias ajenas al servicio, o con cualquier otro pretexto, causando grave daño al servicio, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a dos años.

Artículo 129.- Desobediencia al servicio de seguridad

El militar o policía que desobedece la orden de un centinela, vigía o personal nombrado para desempeñar algún servicio de seguridad militar o policial, siempre que afecte de manera grave al servicio o misión que cumple, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor a dos años.

Artículo 135.- Reformas sin autorización

El miembro de las Fuerzas Armadas o Policial que hace u ordene hacer reformas en las obras o distribución interior de un buque o aeronave o vehículos de combate al servicio de las Fuerzas Armadas o Policial, sin la debida autorización, siempre que a consecuencia de la reforma se hubiesen perjudicado o limitado gravemente su utilización o se cause grave daño al servicio, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Artículo 136.- Daños a operaciones por culpa

El miembro de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que cause daño a las operaciones de guerra o conflicto, por culpa, sin tener la condición de Jefe o estar comandando unidad militar policial, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor a tres años.

Artículo 138.- Comando negligente militar o policial

El militar o policía que, ejerciendo el comando de una unidad, dependencia, nave o aeronave por culpa:

- 1.- Haga fracasar una operación militar o policial.
 - 2.- Pierda la plaza, fuerza, puesto, aeronave o cualquier otra unidad militar o instalación policial, cuyo mando tuviesen o cuya defensa se les hubiese confiado.
- Será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor a ocho años.

Artículo 145.- Información falsa sobre asuntos del servicio

El militar o policía que en el ejercicio de su función y en acto de servicio, a sabiendas, proporcione información falsa sobre asuntos del servicio o comunique órdenes en sentido distinto al que constare, causando el fracaso de la misión o

grave perturbación del servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor a seis años, con la pena accesoria de inhabilitación.

Artículo 148.- Uso indebido de insignias o distintivos

El militar o policía que en beneficio propio o de terceros, haga uso indebido de insignias o distintivos de identificación de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad no menor a tres ni mayor a seis años.

Argumentos de la demandante

103. 103. La demandante alega que “más allá de la trascendencia de determinados principios como el orden y la disciplina, la jerarquía, la obediencia y la subordinación, y su valor al interior de las Fuerzas Armadas, es cierto que su preservación no puede estar confiada a la justicia penal sino, única y exclusivamente, a la administración militar, la misma que puede establecer un régimen jurídico disciplinario”.

Asimismo, aduce que el CJMP califica conductas que constituyen meras infracciones de carácter administrativo, es decir, que carecen de gravedad suficiente, que no afectan bienes jurídicos de relevancia o protección constitucional y que no merecen tutela penal como delitos de función.

Finalmente, argumenta que los tipos penales aquí cuestionados contravienen el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, y además, que ninguno de ellos compromete algún bien jurídico de relevancia constitucional que posean dichos institutos castrenses.

Argumentos del demandado

104. 104. El demandado sostiene, que no se ha reparado “en la trascendencia que puede tener un acto de cobardía o el abandono de puesto de vigilancia en el caso de guerra. Así también, un acto de desobediencia en el ámbito castrense no puede ser equiparado con una desobediencia que se pueda cometer en el ámbito civil. Ello se relaciona directamente con las misiones constitucionales asignadas a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional que hacen que el mismo sistema de Defensa Nacional tenga efectividad”.

Asimismo, argumenta que la jurisdicción castrense, como justicia excepcional, tiene particularidades que se diferencian de los delitos que se juzgan en el ámbito ordinario, precisamente porque los bienes jurídicos de su esfera apuntan al mantenimiento propio de la institución, que sólo se consigue a través del mantenimiento de un orden y disciplina efectivos en sus cuadros.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

105. 105. Teniendo en cuenta lo ya expuesto sobre el principio de proporcionalidad como límite al legislador penal, este Colegiado estima que las disposiciones cuestionadas en este extremo deben ser sometidas al test de proporcionalidad con el objeto de verificar si limitan arbitrariamente derechos fundamentales tales como la libertad personal.

A modo de ejemplo, conviene analizar el cuestionado artículo 148° del CJMP, que establece que “El militar o policía que en beneficio propio o de terceros, haga uso indebido de insignias o distintivos de identificación de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de libertad no menor a tres ni mayor a seis años”.

Examen de idoneidad. Sobre el particular, cabe mencionar, en primer término, que de una interpretación teleológica de la medida legislativa adoptada (artículo 148° del CJMP), se desprende que esta disposición legal tiene como finalidad prevenir respecto de aquellas conductas que afecten o pretendan afectar un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional como es el “uso debido de insignias o distintivos de estas instituciones para la realización de las funciones que les asigna la Constitución”. Como tal, dada su relevancia constitucional este bien jurídico merece protección por parte del Estado.

En cuanto a la adecuación, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 148° del CJMP) es adecuada para lograr el fin de relevancia constitucional que se pretende y que se ha mencionado en el punto anterior.

Examen de necesidad. En el presente caso, tratándose de una disposición legal que limita el ejercicio del derecho fundamental a la libertad personal, se requiere de un juicio estricto, según el cual se exige que la medida adoptada por el Legislador, para ser constitucional, deba ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 148° del CJMP), que limita el derecho fundamental a la libertad personal, no resulta absolutamente *necesaria* para la consecución del fin que pretende, pues este pudo haber sido conseguido mediante otras medidas igualmente idóneas, pero menos restrictivas del aludido derecho fundamental. Así por ejemplo, mediante la utilización de disposiciones de derecho disciplinario, entre otros. En efecto, el derecho disciplinario (manifestación de la potestad sancionatoria del Estado menos aflictiva que el Derecho Penal), resulta también idóneo para proteger el aludido bien jurídico de las Fuerzas Armadas y Policiales, pero menos gravosa que el Derecho Penal. En otros términos, teniendo en cuenta el carácter fragmentario del Derecho Penal, el Estado, antes de limitar un derecho fundamental como la libertad personal (*mediante la aplicación de una pena privativa de libertad*) debe verificar y utilizar otros medios, tales como los que contiene el derecho disciplinario, entre otros, (*mediante la aplicación de sanciones tales como suspensiones, pases a situación de disponibilidad o pases a la situación de retiro*), para lograr la misma o mejor protección de un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

En este caso, a efectos de evitar una conducta (uso indebido de insignias o distintivos de identificación exclusivos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional), que afecte un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas o Policiales (como es el

uso debido de insignias o distintivos de estas instituciones para la realización de las funciones que le asigna la Constitución), se limita innecesariamente el derecho fundamental a la libertad personal de los efectivos de tales instituciones (aplicando penas privativas de libertad), cuando pueden emplearse otras medidas, menos aflictivas, como aquellas que contiene el derecho disciplinario (aplicando medidas de suspensión o pase a disponibilidad o a retiro, entre otras).

Adicionalmente a lo antes expuesto, coadyuva un elemento de indudable carácter objetivo, como es la existencia de una disposición, como la Ley N.º 28338, de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, publicada en el diario oficial el 17 de agosto de 2004, en la que, en el caso de los *efectivos policiales*, contiene disposiciones, por ejemplo, con un contenido que se confunde con el aquí cuestionado artículo 148º del CJMP, que establece que el uso indebido de insignias o distintivos de identificación exclusivos de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor a tres ni mayor a seis años. Así, el párrafo 37.2.47 del artículo 37º de la Ley N.º 28388, establece que constituye infracción grave “Utilizar insignias de mando que no correspondan al grado y/o categoría que ostentan”, la misma que puede ser sancionada, conforme al artículo 42º de la aludida ley, con suspensión de 2 a 15 días o pase a la situación de disponibilidad de 2 a 7 meses. Como se aprecia, ante una misma conducta de un efectivo policial, que protege un mismo bien jurídico, el Legislador Penal ya estableció en el año 2004 (Ley N.º 28338), una *sanción* que es sustancialmente diferente y menos aflictiva que aquella establecida en el año 2006 (Código de Justicia Militar Policial).

En consecuencia, no habiendo superado el examen de necesidad, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 148º del CJMP, afecta el principio de proporcionalidad y consecuentemente el derecho fundamental a la libertad personal, por lo que resulta inconstitucional.

Respecto de los artículos 115º, 116º, 117º y 125º del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional estima que resultan inconstitucionales.

Asimismo, el referido artículo 148º del CJMP también es inconstitucional en el extremo en el que incluye a los efectivos policiales, por vulnerar el principio de legalidad penal (garantía de *lex certa*), pues determinados supuestos de hecho del tipo penal contenido en el artículo 148º del CJMP se asimilan a aquellos contenidos supuestos de hecho ya contenidos en el tipo disciplinario previsto en el párrafo 37.2.47 del artículo 37º de la Ley N.º 28338, existiendo duplicidad de contenido, dando lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad de los órganos de investigación u otras autoridades, quienes podrían subsumir la misma conducta en distintos tipos (uno penal y otro disciplinario).

106. 106. De otro lado, este Colegiado estima que no sucede lo mismo en el caso de las disposiciones cuestionadas que establecen sanciones para aquellas conductas de efectivos militares o policiales en situaciones de conflicto armado. Así, conviene examinar el artículo 108º del CJMP, que establece: “El militar o policía que, en conflicto armado, cumple funciones de centinela o vigía designado para desempeñar algún servicio de seguridad, y que omite dar aviso o dar la alarma inmediata de

aproximación del enemigo, o cualquier anomalía o no usar sus armas, en caso de ataque para repeler el peligro, será sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de diez años y noventa a ciento veinte días-multa. Si el delito se comete frente al enemigo, o si a consecuencia de la conducta punible, sufra grave daño el puesto u objeto confiado a su vigilancia, la pena privativa de la libertad será no menor de diez años y de ciento veinte días-multa”.

107. 107. Verifiquemos seguidamente si la disposición cuestionada supera o no el test de proporcionalidad y, consecuentemente, si se limita arbitrariamente derechos fundamentales como la libertad personal.

Examen de idoneidad. Sobre el particular, cabe mencionar en primer término que de la interpretación teleológica de la medida legislativa adoptada (artículo 108° del CJMP), se desprende que esta disposición tiene como finalidad prevenir respecto de aquellas conductas que afecten o pretendan afectar un bien jurídico propio de las Fuerzas Armadas, y de manera excepcional de la Policía Nacional, como es el “correcto funcionamiento del servicio de seguridad *en conflicto armado*”. Como tal, dada su relevancia constitucional este bien jurídico merece protección por parte del Estado.

En cuanto a la adecuación, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 108° del CJMP) es adecuada para lograr el fin de relevancia constitucional que se pretende y que se ha mencionado en el punto anterior.

Examen de necesidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que la medida legislativa cuestionada (artículo 108° del CJMP), que limita el derecho fundamental a la libertad personal, resulta necesaria para la consecución del fin que pretende, pues tal fin no se podría conseguir mediante otras medidas. En efecto, tratándose de conductas que se producen en un conflicto armado, en el que existe una grave situación de conflicto, *prima facie*: a) entre dos Estados (conflicto armado internacional), o b) en un Estado, entre sus Fuerzas Armadas –excepcionalmente con el apoyo de la Policía Nacional–, y grupos armados disidentes que llevan a cabo operaciones militares continuadas y concertadas (conflicto armado no internacional); la conducta del efectivo militar que participando como centinela omite, por ejemplo, dar aviso sobre la proximidad del enemigo, no podría ser prevenida mediante el derecho disciplinario, pues sanciones tales como la suspensión, pase a la situación de disponibilidad o pase a la situación de retiro resultarían insuficientes para disuadir al resto de efectivos respecto de la realización de esta conducta.

En consecuencia, habiendo superado el examen de necesidad, corresponde verificar si la medida legislativa cuestionada, que limita la libertad personal, es proporcional en sentido estricto, con el fin de relevancia constitucional que pretende.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto. Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que en el caso de la medida legislativa cuestionada el grado de realización del fin de relevancia constitucional de esta medida (prevenir respecto de aquellas conductas que afecten o pretendan afectar el correcto funcionamiento del servicio de seguridad en conflicto armado), es, por lo menos, equivalente al

grado de afectación de la libertad personal (afectada mediante la imposición de una pena privativa de libertad).

108. 108. Por tanto, teniendo en cuenta que el artículo 108° del CJMP ha superado el test de proporcionalidad y, consecuentemente, no vulnera el derecho fundamental a la libertad personal, el Tribunal Constitucional estima que este extremo de la demanda debe ser desestimado.
109. 109. Respecto de los cuestionamientos de los artículos 81°, 82°, 106°, 107°, 109°, 110°, 111°, 119°, 122°, 124°, 126°, 127°, 128°, 129°, 135°, 136°, 137°, 138°, 145° y 146° del CJMP, por idénticas razones a las expuestas en los párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional estima que deben ser desestimados.
110. 110. Igualmente, por las mismas razones antes expuestas, es constitucional el artículo 82° del CJMP, salvo, el extremo que establece: “será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa”.

Efectos de la sentencia

111. 111. Dadas las circunstancias especiales del presente caso y teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley N.° 28301), tiene, en el proceso de inconstitucionalidad, funciones esenciales tales como: a) la *valoración* de la disposición sometida a enjuiciamiento, a partir del canon constitucional, para declarar su acomodamiento o no a ese canon; b) la labor de *pacificación*, pues debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso; y, c) la labor de *ordenación*, toda vez que, sus decisiones, ya sean estimatorias o desestimatorias, tienen una eficacia de ordenación general con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho –en especial sobre los órganos jurisdiccionales–, y sobre los ciudadanos en general; considera, como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir, que al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones.
112. 112. En el caso de los artículos 68°, 70° (incisos 1 y 4), 90°, 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102°, 103°, 134°, 139° (incisos 1 y 2), 140°, 141° (incisos 1 y 2), 142°, 143°, 144°, 147° y 149°, entre otros, del Código de Justicia Militar, que son declarados inconstitucionales por afectar el artículo 173° de la Constitución, por no constituir delitos de función, y teniendo en cuenta los efectos nulificantes de la presente sentencia, y como consecuencia, el archivo de los respectivos procesos penales ante la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional advierte que la autoridad judicial militar respectiva deberá comunicar de este hecho al Ministerio Público para que este actúe conforme a sus atribuciones constitucionales.
113. 113. En el caso los artículos 115°, 116°, 117°, 125° y 148° del Código de Justicia Militar Policial declarados inconstitucionales por no superar el principio de proporcionalidad y cuyos bienes jurídicos de relevancia constitucional podrían ser protegidos por mecanismos tales como los que prevé el Derecho Disciplinario, entre

otros, y teniendo en cuenta los efectos nulificantes de la presente sentencia, que ocasionará el archivo de los respectivos procesos penales ante la jurisdicción militar, el Tribunal Constitucional debe exhortar al Congreso de la República para que en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y dentro de un plazo razonable, pueda establecer aquellas medidas legislativas que estipulen sanciones disciplinarias u otras que tengan por finalidad cautelar tanto los bienes jurídicos que pretendían ser protegidos por las antes mencionadas disposiciones declaradas inconstitucionales, como aquellos otros bienes jurídicos que estime pertinentes, debiendo tenerse en consideración, además, que el artículo 2°, inciso 24, apartado “b” establece que “(...) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. 1. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales los artículos 68°, 70° (incisos 1 y 4), 90°, 91°, 92°, 93°, 95°, 96°, 97°, 98°, 99°, 100°, 101°, 102°, 103°, 115°, 116°, 117°, 125°, 130° (inciso 1), 134°, 139° (incisos 1 y 2), 140°, 141° (incisos 1 y 2), 142°, 143°, 144°, 147°, 148° y 149° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, así como las siguientes disposiciones:
 - a) a) El extremo del artículo 75° que establece “y que atenten contra la integridad, independencia y poder unitario del estado”.
 - b) b) El extremo del artículo 82° que establece: “será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y con sesenta a ciento ochenta días-multa”.
 - c) c) El extremo del primer párrafo del artículo 121° que establece: “causándole lesiones leves”.
 - d) d) El extremo del inciso 1 del artículo 121° que establece: “o si se causa lesiones graves al superior”.
 - e) e) El extremo del inciso 2 del artículo 121° que establece: “o si se causa la muerte del superior”.
 - f) f) El extremo del artículo 123° que establece: “coaccione, injurie o difame, de palabra, por escrito o con publicidad a un superior”.
 - g) g) El extremo del inciso 2) del artículo 130° que establece: “o causa la muerte”.
2. 2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo que se refiere al cuestionamiento de los artículos 66°, 67°, 71°, 72°, 73°, 74°, 76°, 78°, 79°, 80°, 81°, 106°, 107°, 108°, 109°, 110°, 111°, 119°, 122°, 124°, 126°, 127°, 128°, 129°, 132° 135°, 136°, 137°, 138°, 145° y 146° del Decreto Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, y en lo demás que contiene.
3. 3. Precisar que los efectos de cosa juzgada que se produzcan como consecuencia de la presente sentencia se limitan a aquellas materias cuestionadas del Decreto

Legislativo N.º 961, Código de Justicia Militar Policial, que han merecido un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

4. 4. Declarar que forma parte del fallo lo expuesto en los Fundamentos N.ºs 59, 112 y 113.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ

UNIDAD III: EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

0019-2005-PI/TC.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0019-2005-PI/TC**

SENTENCIA

**DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 21 de Julio de 2005

**Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República
(demandantes) c. Congreso de la República (demandado)**

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.

Magistrados firmantes:

**ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

EXP. N.º 0019-2005-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO
LEGAL DE MIEMBROS DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes de julio de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra el Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º del Código Penal.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso: Proceso de inconstitucionalidad.

Demandantes: 31 Congresistas de la República.

Normas sometidas a control : Artículo Único de la Ley N.º 28568.

Bienes constitucionales cuya afectación se alega:

Derecho a la igualdad ante la ley (inciso 2 del artículo 2º de la Constitución) y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)

Petitorio: Que se declare la inconstitucionalidad del Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º

del Código Penal, y que, consecuentemente, se declaren nulos todos sus efectos.

III. NORMA CUESTIONADA

La norma impugnada es la Ley N.º 28586, cuyo Artículo Único dispone:

“Artículo Único.- Modifícase el artículo 47º del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 47º: El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención”.

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 8 de julio de 2005, 31 Congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.

Manifiestan que si bien es cierto que la libertad personal es piedra angular del Estado contemporáneo, no es un derecho fundamental ilimitado y por ello debe estar sujeto a limitaciones previstas por ley, autorizadas por mandato judicial motivado y, excepcionalmente, llevadas a cabo por la policía, en caso de flagrancia delictiva; y que la detención preventiva debe ser la *ultima ratio* en la decisión del juzgador, pues se trata de una grave limitación de la libertad física, motivo por el cual se justifica que sea tomada en cuenta para el cómputo de la pena privativa de libertad.

De igual modo, sostienen que en nuestro ordenamiento procesal penal, la denominada detención domiciliaria no es propiamente una detención, y sí más bien una medida de comparecencia, de modo que no sólo tiene carácter humanitario, sino que su dictado es una potestad discrecional del juzgador, cuando considere que no hay concurrencia de los requisitos para dictar un mandato de detención. En tal sentido, remitiéndose a jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aducen que los efectos personales que la detención domiciliaria genera sobre el ámbito de la libertad personal del individuo no son los mismos que aquellos que tienen lugar con la detención preventiva, por lo que homologar el tratamiento de la detención domiciliaria con la detención preventiva, tal como lo hace la ley cuestionada, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución.

Asimismo, sostienen que la ley impugnada también vulnera el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado

a la sociedad (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), pues dichos fines no pueden ser cumplidos en el domicilio.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 18 de julio de 2005, el apoderado del Congreso de República contesta la demanda refiriendo que la ley cuestionada ha sido derogada mediante la Ley N.º 28577, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio del presente año, motivo por el cual solicita que el Tribunal Constitucional declare que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

El Tribunal Constitucional considera que, en la presente causa, deben abordarse los siguientes aspectos:

- **Con relación al objeto de pronunciamiento:**

a) Delimitar el objeto de control en la presente causa, para lo cual será pertinente precisar cuáles son los extremos normativos de la ley impugnada que los demandantes consideran inconstitucionales.

b) Determinar si la derogación de la ley impugnada tiene como efecto la sustracción de la materia controvertida.

- **Con relación al fondo del asunto:**

c) Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención preventiva sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

d) Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención domiciliaria sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Para tales efectos, en el siguiente orden, corresponderá:

- d.1) Determinar la naturaleza jurídica de la detención domiciliaria, por un lado, así como sus diferencias sustanciales con la detención judicial preventiva y con la pena privativa de libertad, por otro.
- d.2) Analizar los criterios desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación al arresto domiciliario.
- d.3) Evaluar el tratamiento que la ley impugnada dispensa al arresto domiciliario a la luz del principio de igualdad.
- d.4) Analizar las distintas teorías sobre la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, desde la perspectiva del Derecho Penal.
- d.5) Analizar la relación entre el Derecho Penal y la Constitución.
- d.6) Analizar los fines de la pena desde una perspectiva constitucional.
- d.7) Determinar si la ley impugnada afecta de modo desproporcionado los fines de la pena en el Estado social y democrático de derecho, para lo cual será necesario acudir al *test* de proporcionalidad.

- **Con relación a los efectos de la sentencia:**

e) Determinar sus efectos en el tiempo.

f) Determinar sus alcances en lo que a los procesos en trámite se refiere.

-
-

VI. FUNDAMENTOS

1. Los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28658, promulgada por el Presidente del Congreso el 3 de julio de 2005 y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, mediante la cual se modifica el artículo 47º del Código Penal.
2. Concretamente, la ley cuestionada dispone:
“Artículo Único.- Modifícase el artículo 47º del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 47º.- El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención.”

§1. Delimitación del petitorio

3. Del tenor de la demanda se advierte que los recurrentes no han cuestionado la constitucionalidad *in toto* del aludido artículo, pues sólo consideran inconstitucional el primer párrafo del precepto en cuanto dispone que el tiempo de arresto domiciliario se abona al cómputo de la pena privativa de libertad, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto; mas no que, para esos mismos efectos, se tome en consideración el tiempo de detención preventiva sufrido.

En consecuencia, desde el punto de vista de la disposición (texto lingüístico impugnado), debe concluirse que los recurrentes consideran inconstitucional la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del precepto impugnado.

§2. Sobre la supuesta sustracción de la materia

4. La ley cuestionada ha sido derogada por la Ley N.º 28577, promulgada por el Presidente de la República el 8 de julio del presente año, y publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, motivo por el cual, ante todo, es preciso determinar si, tal como sostiene el demandado, en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.
5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el Caso ITF (STC 0004-2004-AI /acumulados), en el sentido de que
“(…) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los

efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.” (Fundamento 2)

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83° del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204° de la Constitución establezca:

“La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto.” (subrayado agregado).

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia.

§3. El abono del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad

7. El Tribunal Constitucional considera que no existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado a razón de “día por día” con la pena privativa de libertad. Y ello a pesar de su distinta naturaleza.

Este Colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2° de la Constitución) en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidas en la Norma Fundamental, principalmente en su artículo 139°.

La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida de que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable de que se pretende obstruir la actividad probatoria, sea porque se tienen los mismos elementos para temer la evasión en la aplicación de una eventual sentencia condenatoria; y siempre que su dictado resulte compatible con los principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad. (Caso Siva Checa. STC 1091-2002-HC, Fundamento 5 y siguientes).

8. Empero, más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente

análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión.

Tal como afirma Klaus Tiedemann, siguiendo al Tribunal Constitucional Federal Alemán,

“(…) la prisión preventiva es un mal, pero no es una pena, pues se trata de un mal a través del cual no se realiza el elemento normativo del reproche de la culpabilidad, ni a su través se ha de realizar retribución alguna (BverfGE 19, 342); sin embargo, el efecto fáctico de la pena se manifiesta en el hecho de que el tiempo de la prisión preventiva se abona al cumplimiento de la condena cuando ésta ha tenido lugar (§51 StGE)”. (*Constitución y Derecho Penal*. Lima: Palestra, 2003, p. 32”).

9. De ahí que la antigua y constante previsión en nuestro ordenamiento legal referida a la aplicación del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad (artículo 31° del Código Penal de 1863, artículo 49° del Código Penal de 1924 y artículo 47° del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), sino que, *strictu sensu*, por exigencia de tales principios, es una obligación legislativa.

Las materialmente idénticas incidencias sobre el derecho fundamental a la libertad personal, no pueden ser relativizadas en virtud de algún paradigma teórico (la distinta naturaleza jurídica entre una detención preventiva y una sanción punitiva), permitiendo que, en los hechos, una persona purgue prisión por un tiempo mayor a aquel previsto en la ley al momento de la comisión del delito. Ello no sólo implicaría una desproporcionada afectación del derecho a la libertad individual, sino una evidente vulneración del principio de legalidad penal (literal f, inciso 24 del artículo 2° de la Constitución).

10. En consecuencia, en los fundamentos siguientes el Tribunal Constitucional centrará su análisis en determinar si dicha constitucionalidad también se puede predicar respecto al arresto domiciliario, o si, acaso, en este extremo, la disposición cuestionada vulnera algún derecho, principio y/o valor constitucional.

§4. El derecho fundamental a la libertad personal como derecho regulado en su ejercicio

11. El inciso 24 del artículo 2° de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.

La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es

una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales.

12. Sin embargo, como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.

Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta “optimizando” la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.

13. Porque el derecho a la libertad personal no es ilimitado, es que resulta válido que el legislador haya previsto distintas medidas cautelares que bajo, criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pueden incidir sobre el, a efectos de garantizar el éxito del proceso penal. Las dos medidas más limitativas previstas en nuestro ordenamiento jurídico procesal penal son la detención judicial preventiva y el arresto domiciliario. Pero, ¿se trata de medidas, en esencia, análogas?.

Ya se ha hecho referencia a la similitud sustancial, a nivel fáctico, que existe entre las condiciones del cumplimiento de la detención preventiva y la pena privativa de libertad, lo que constitucionalmente justifica que el tiempo de detención preventiva se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, ¿existe tal similitud sustancial?

Esta interrogante exige que este Tribunal analice el tratamiento que el ordenamiento jurídico dispensa al arresto domiciliario, y las particulares características de dicha medida cautelar.

§5. El arresto domiciliario

14. Existen dos grandes modelos de regulación de esta medida cautelar que han sido objeto de recepción en la legislación comparada.

El primero es el modelo *amplio* de detención domiciliaria, que se caracteriza por las siguientes notas: a) la detención domiciliaria es considerada como una medida alternativa a la prisión provisional; b) tiene carácter facultativo para el Juez; c) el sujeto afecto a dicha medida puede ser cualquier persona, y d) la medida puede ser flexibilizada por razones de trabajo, de salud, religiosas, entre otras circunstancias justificativas. Este modelo ha sido acogido, por ejemplo, por Bolivia, Chile y Costa Rica. En estos supuestos, las legislaciones suelen acudir a la nomenclatura “arresto domiciliario” antes que a la de “detención domiciliaria”, a efectos de evitar confusiones con la detención preventiva.

El segundo modelo es el *restringido*, y sus notas distintivas son: a) la detención domiciliaria es una medida sustitutiva de la prisión provisional; b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión provisional, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (vale decir, madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia. La Ley de Enjuiciamiento Criminal española ha adoptado este modelo. Lo propio ha acontecido con el Código Procesal Penal peruano de 2004, aún no vigente.

15. El régimen del Código Procesal Penal de 1991, específicamente en el inciso 1 de su artículo 143° (vigente a la fecha), define al arresto domiciliario no como un mandato de detención, sino como una medida de comparecencia. Es decir, antes que ser una detención en sentido técnico, es una alternativa frente a ésta, pues el precepto aludido es claro en señalar que:

“Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención”.

En otras palabras, corresponderá dictar alguna de las medidas de comparecencia previstas en los distintos incisos del artículo 143° (entre las cuales se encuentra incluido el arresto en el domicilio), cuando no se cumplan copulativamente los requisitos previstos en el artículo 135° del mismo cuerpo de leyes, para dictar un mandato de detención. Dichos requisitos son:

“1. Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

(...)

2. Que la sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de libertad; y,

3. Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la Ley para el delito que se le imputa. En todo caso, el juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida”.

16. De acuerdo al artículo 143°, el arresto domiciliario puede ser dictado en cualquier supuesto; lo cual quiere decir, *prima facie*, que no se concibe como un sustituto de la detención preventiva. De hecho, prácticamente la totalidad de supuestos en los que se ha dictado esta medida ha comprendido casos de personas en perfecto estado de salud. No obstante, el referido artículo también permite que esta medida cautelar se imponga como un sustituto de la prisión preventiva para casos excepcionales, es decir, cuando se trate

“(…) de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente”.

Este tratamiento legal de la detención domiciliaria denota la existencia de una fórmula *mixta* respecto a los dos modelos reseñados en el Fundamento 14, *supra*.

17. En tal sentido, bien puede afirmarse que, a la vista del ordenamiento procesal penal vigente, con la salvedad hecha a los supuestos de personas valetudinarias, el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva son instituciones procesal penales sustancialmente distintas. De ahí que sea un despropósito acudir a ordenamientos que recogen modelos *restringidos* para justificar el tratamiento que debe otorgarse al arresto domiciliario en nuestro medio.
18. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, no puede considerar al ordenamiento infraconstitucional, por sí solo, como el factor determinante de sus interpretaciones. Motivo por el cual, es necesario revisar si, desde una perspectiva constitucional, puede equipararse el arresto domiciliario con la detención preventiva. Para tales efectos, debe recurrirse al uniforme criterio que este Tribunal ha expuesto sobre el particular y que, dentro de este contexto, constituye jurisprudencia vinculante para todos los poderes públicos.
19. Así, en el Caso Chumpitaz Gonzales (STC 1565-2002-HC), en el que se pretendió cuestionar la constitucionalidad del dictado de un arresto domiciliario, este Colegiado señaló:
- “[L]o primero que este Tribunal Constitucional debe destacar, teniendo en consideración los términos en que se ha formulado la pretensión, es que el análisis del presente caso no es sustancialmente igual a otros que, con anterioridad, se haya pronunciado (...).
- En efecto, en el presente caso se cuestiona que el juzgador haya decretado contra el beneficiario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, mientras que en los casos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se cuestionaba supuestos de detención judicial preventiva. Tales figuras, desde luego, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios, pues es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, la detención judicial preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial, se trata siempre de una medida cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, en términos plenarios, de la libertad locomotora del afectado con ella.” (Fundamento 2).

Este criterio ha sido invariablemente reiterado en diversas causas resueltas en esta sede (Caso Fernandini Maraví, STC 0209-2002-HC, Fundamento 2; Caso Bozzo Rotondo, STC 0376-2003-HC, Fundamento 2; entre otros).

20. Por su parte, en el Caso Villanueva Chirinos (STC 0731-2004-HC), estableció lo siguiente:
- “El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la detención domiciliaria y la prisión preventiva responden a medidas de diferente naturaleza jurídica, en razón al distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad personal del individuo.

No cabe duda que la detención domiciliaria supone una intromisión a la libertad menos gravosa, pues resulta una menor carga psicológica, debido a que no es lo mismo permanecer por disposición judicial en el domicilio que en prisión, siendo menos estigmatizante (...)" (Fundamento 7).

21. Basándose en estos criterios jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional precisó en el Caso Arbulú Seminario (STC 1725-2002-HC) que no es posible acumular el plazo de la detención domiciliaria al plazo de la detención preventiva para efectos de establecer si ha vencido, o no, el plazo máximo de detención del artículo 137° del Código Procesal Penal. Primero, porque dicho plazo sólo es aplicable a la detención preventiva; y, segundo, porque, tal como ha establecido este Tribunal en el Caso Berrocal Prudencio (STC 2915-2002-HC, Fundamentos 18 a 31) en relación con la detención judicial preventiva, en criterio que, *mutatis mutandis*, es aplicable a la detención domiciliaria, para determinar si existe, o no, afectación del derecho a que la libertad personal no sea restringida más allá de un plazo razonable, no es un elemento determinante la fijación de un plazo legal, sino el análisis de ciertos criterios a la luz de cada caso concreto.

Estos criterios son: a) la diligencia del juez en la merituación de la causa; b) la complejidad del asunto; y c) la conducta obstruccionista del imputado.

22. Teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento el arresto domiciliario tiene elementos jurídico-justificatorios menos estrictos que la detención preventiva, en su aplicación concreta se han advertido distintas permisiones de imposible verificación en un modelo *restringido*. Es el caso de concesiones tales como que la elección del lugar en el que se aplique la medida corra a cargo del imputado, y no del juez, o de permitirse que la persona acuda a su centro de labores durante plazos fijos. Asimismo, han existido casos en los que el inculcado sometido a arresto domiciliario,

"(...) con autorización judicial, puede egresar de su domicilio a fin de realizar gestiones ante el colegio profesional del que es agremiado (fue el caso del ex vocal Daniel Lorenzzi Goicochea, quien acudió al Colegio de Abogados de Lima a fin de hacer frente a un proceso administrativo); puede votar en las elecciones gremiales; emitir voto en las elecciones generales; asistir a hospitales y clínicas cuando su salud lo requiera (fue el caso de Alex Wolfenson Woloch, quien en pleno juicio oral, visitó frecuentemente a su dentista)". (Informe: *Comentarios a la Ley N.º 28568 que modificó el artículo 47º del Código Penal sobre arresto domiciliario*. Justicia Viva. Lima, julio, 2005).

23. Así pues, tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el *ius ambulandi* se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel.

§6. Obligación del legislador de respetar el principio de igualdad en el tratamiento de las instituciones

24. En consecuencia, si bien cabe alegar una sustancial identidad entre los efectos personales de la prisión preventiva y los que genera la pena privativa de libertad, lo cual justifica que el tiempo de aquella se abone para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención, en modo alguno puede sostenerse lo mismo en lo que a la detención domiciliaria respecta.

Sin embargo, el legislador, a través de la ley impugnada, dispensó igual trato a ambos supuestos (el arresto domiciliario y la detención preventiva), con lo cual implícitamente está afirmando que la detención domiciliaria genera la misma incidencia sobre la libertad personal que la producida mientras se cumple pena privativa de libertad en un centro penitenciario. En otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar una “identidad matemática” entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y ésta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria.

Tal hecho, de conformidad con lo expuesto, resulta manifiestamente irrazonable y contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada.

Dicho criterio, además, como correctamente se advirtió en la audiencia pública de esta causa, el día de hoy, daría lugar a que más tarde pueda pretenderse el cumplimiento de penas privativas de libertad no en un centro de reclusión, sino en el domicilio del sentenciado, lo que evidentemente sería un despropósito, si se tiene en cuenta que el inciso 21 del artículo 139 de la Constitución, exige el cumplimiento de las penas privativas de la libertad en un establecimiento penal, a efectos de que se logren los fines del régimen penitenciario, esto es, la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139 de la Constitución).

25. Este Colegiado considera también que ello afectaría el principio de igualdad. En efecto, tal como ha sostenido,

“(…) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos.” (Caso Regalías Mineras, STC 0048-2004-AI, Fundamento 61).

El principio de igualdad proscribía la posibilidad de que el legislador otorgue idéntico tratamiento a dos instituciones sustancialmente distintas, sin base objetiva y razonable que justifique su decisión.

26. No obstante, podría pretenderse alegar la razonabilidad de la disposición impugnada desde la perspectiva del derecho a la libertad personal de los penados. En efecto, desde este enfoque, más allá de la ausencia de identidad entre los efectos personales que genera el arresto domiciliario, por un lado, y la detención preventiva y la pena privativa de libertad, por otro, es factible argumentar que, con tal medida, el derecho a la libertad personal de los penados se optimiza, pues el tiempo de

cumplimiento de la pena en un centro penitenciario se reduciría considerablemente o, incluso, en determinados supuestos, sencillamente no tendría lugar. Se trataría de un supuesto en el que, si bien se dota al derecho fundamental a la libertad personal de un “contenido adicional” ajeno a su contenido constitucionalmente protegido, en última instancia resulta “favorecida” la libertad en su nivel subjetivo.

27. Ocurre, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, por obligación, no agota su función de supremo intérprete de la Constitución en una mera valoración de los derechos fundamentales en su vertiente subjetiva. Tal perspectiva, por parcial e insuficiente, desemboca inexorablemente en un grave error que generaría prelaciones absolutas entre los propios derechos fundamentales, o entre estos y los otros bienes esenciales para la convivencia democrática en un Estado social y democrático de derecho.

De ahí que toda previsión que favorezca al derecho subjetivo a la libertad personal más allá de su contenido constitucionalmente protegido, sólo resultará válida si no afecta de modo desproporcionado el cuadro material de valores reconocido en la Carta Fundamental; es decir, en la medida en que no vacíe los contenidos o desvirtúe las finalidades que los otros derechos fundamentales (en sus dimensiones subjetiva y objetiva) cumplen en el ordenamiento jurídico o, en general, aquella que cumplen los bienes esenciales a los que la Constitución explícita o implícitamente concede protección, por resultar imprescindibles para la consolidación de todo Estado social y democrático de derecho, y para que éste pueda hacer frente a toda amenaza contra los principios constitucionales en que se sustenta.

28. Así las cosas, si bien la pretendida identidad entre un arresto domiciliario y la pena privativa de libertad permite que el penado se encuentre menos tiempo confinado en un centro de reclusión, o incluso, que no ingrese nunca a éste a pesar de haber incurrido en un delito, es preciso preguntarse si acaso ello no desvirtúa los fines que el poder punitivo del Estado cumple en una sociedad democrática.

29. Para arribar a una respuesta satisfactoria ante tal interrogante, es preciso, primero, determinar cuáles son los fines que la pena cumple en un Estado social y democrático de derecho. En segundo término, establecer si dichos fines deben ser considerados como bienes constitucionalmente protegidos. Y, finalmente, determinar si el precepto impugnado los ha afectado de modo desproporcionado, para lo cual será preciso acudir al *test* de proporcionalidad.

§7. Teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad

A) Teoría de la retribución absoluta

30. Son distintas las teorías de los fines de la pena desarrolladas en la doctrina. Una es la teoría de la retribución absoluta, cuyos exponentes son Kant y Hegel. Según ella, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda virtualidad en la generación de un mal al delincuente, de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”.

Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución Política, conforme al cual

“La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.”

B) Teoría de la prevención especial

31. Por otra parte, la teoría de la prevención especial o también denominada teoría de la retribución relativa, centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cuando menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo como propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, desde que internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posterior reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución:

“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.”

C) Teoría de la prevención general

32. La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal.

Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito.

Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin, los resume del siguiente modo:

“(…) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.”

(*Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. En: Determinación judicial de la pena. Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28).

D) Teorías de la unión

33. Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial, son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.

§8. Derecho Penal y Constitución

34. Expuestas las distintas teorías en torno a la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, corresponde evaluar la temática desde una perspectiva constitucional, para lo cual conviene, ante todo, analizar la relación entre el Derecho Penal y el sistema material de valores reconocido en la Constitución.

35. El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Como correctamente apunta Carbonell Mateu,

“Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional.” (*Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37)

36. En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena.

§9. Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional

37. 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. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

38. Sin embargo, 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; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

Existen, distribuidas, una serie de competencias entre distintos órganos constitucionales expresamente dirigidas a combatir el delito. Así, el artículo 166° de la Constitución, prevé que la Policía Nacional,

“(…) tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público o privado. Previene investiga y combate la delincuencia (…).”

Es de destacarse, asimismo, la función primordial que el artículo 59° de la Constitución confiere al Ministerio Público en la salvaguardia de los intereses públicos que se puedan ver amenazados o afectados por el delito:

“Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir, desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a pedido de parte.
6. (…).”

Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal

“(…) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial.”
(Caso Antejurisdicción Política. STC 0006-2003-AI, Fundamento 18).

En efecto, es al Poder Judicial -encargado de ejercer la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138° de la Constitución)- a quien corresponde establecer las responsabilidades penales. Ello quiere decir que el Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal, y con la independencia que la

Constitución le concede y exige (inciso 2 del artículo 139° e inciso 1 del artículo 146° de la Constitución), debe finalmente reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente.

39. Por otra parte, el particular daño que el delito genera en el Estado social y democrático de derecho motiva que su flagrancia o el peligro de su inminente realización, sea causa expresamente aceptada por la Constitución para la limitación de diversos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el inciso 9 del artículo 2° de la Constitución establece que:

“Toda persona tiene derecho:

(...)

9. A la inviolabilidad de domicilio. Nadie puede ingresar en él, ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración (...).”

Mientras que el literal f, inciso 24 del artículo 2°, señala:

“Nadie puede ser detenido, sino por mandato escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. (...).”

Asimismo, el literal g, inciso 24 del mismo artículo estipula:

“Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos en la ley.(...)”

Incluso, el delito flagrante se constituye en un límite a la inmunidad parlamentaria de los congresistas (artículo 93° de la Constitución).

40. En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en

“(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)”
(artículo 44° de la Constitución),

se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2° de la Constitución).

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de

desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139° de la Constitución).

41. Es preciso destacar, sin embargo, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

42. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material.

Es más, ninguna medida tendiente a la resocialización del imputado (prevención especial), podría anular el efecto preventivo general, sobre todo en su vertiente positiva, pues, como ha establecido la Corte Constitucional italiana:

“(…) al lado de la reeducación del condenado, la pena persigue otros fines esenciales a la tutela de los ciudadanos y del orden jurídico contra la delincuencia” (Sentencia N.º 107/1980, Fundamento 3).

Dicha Corte, en criterio que este Tribunal comparte, rechaza

“que la función y el fin de la pena misma se agoten en la `esperada enmienda´ del reo, pues tiene como objeto exigencias irrenunciables de `disuasión, prevención y defensa social´” (Idem).

Mientras que la Corte Constitucional colombiana ha destacado que

“Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador en favor del imputado, no puede (...) contrariarse el sentido de la pena que comporta la respuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias” (Sentencia C-762/02, Fundamento 6.4.5)

En consecuencia, toda ley dictada como parte de la política criminal del Estado será inconstitucional si establece medidas que resulten contrarias a los derechos fundamentales de las personas, procesadas o condenadas. Pero también lo será si no preserva los fines que cumple la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.

§10. Aplicación del *test* de proporcionalidad a la ley impugnada

43. Destacados los fines de la pena como bienes constitucionalmente protegidos, corresponde evaluar la disposición cuestionada a la luz del *test* de proporcionalidad. En otras palabras, corresponde evaluar si la norma cuestionada ha desvirtuado la finalidad que cumple la pena privativa de libertad en el orden constitucional.

44. Tal como quedó dicho, el fin que persigue la ley en cuestión, *prima facie*, no puede ser considerado como constitucionalmente inválido, toda vez que optimiza la libertad personal del penado al reducir el tiempo de purgación de pena en un establecimiento penitenciario. Y, desde luego, la medida adoptada, esto es, permitir que para tales efectos se abone el tiempo de arresto domiciliario al cómputo de la pena impuesta, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto, resulta idóneo para alcanzar dicho objetivo.
45. Sin embargo, ¿resulta razonable que el tiempo de arresto domiciliario (con las características que tiene en nuestro ordenamiento procesal penal vigente) sea computado “día por día” con la pena privativa de libertad?
46. Para este Tribunal Constitucional, una medida como la descrita vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. Ello alcanza mayores y perniciosas dimensiones en una sociedad como la nuestra en la que, de por sí, la credibilidad de la ciudadanía en los poderes públicos se encuentra significativamente mellada.
47. Las funciones de valoración, pacificación y ordenación de este Tribunal lo obligan, en la resolución de cada causa, y más aún si se trata de un proceso de inconstitucionalidad, a no prescindir de los signos que revela la realidad concreta relacionada con la materia de la que se ocupa la ley que es objeto de control. En atención a ello, es preciso destacar que al 10 de junio del presente año, de las 75 personas a las que se había impuesto la medida de arresto domiciliario, 50, es decir, más del 66%, eran personas acusadas de encontrarse vinculadas con actos de corrupción tanto de la década pasada como recientes (Diario *La República* del 10 de junio de 2005, p. 6). Es decir, se trata de conductas que no sólo resultan contrarias al orden jurídico penal, sino que se riñen con los más elementales designios de la ética y la moral, y consiguientemente, con los valores hegemónicos de la axiología constitucional.

Tal como afirma el Preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, ratificada por el Estado peruano el 4 de abril de 1997,

“[L]a corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

(...) la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; (...)”.

Estos factores despejan toda duda respecto a la inconstitucionalidad del precepto impugnado, ya que anula todo fin preventivo-general de la pena privativa de libertad, al equipararla al arresto domiciliario. Es evidente que la punición benevolente de hechos que generan un repudio social absoluto y que afectan en grado sumo diversos bienes jurídicos de particular relevancia constitucional, mina la confianza de la población en el Derecho, con el consecuente riesgo para la consolidación del cuadro material de valores recogido en la Carta Fundamental.

48. Por otra parte, la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad.
49. Asimismo, aun cuando las medidas tendientes a la rehabilitación y resocialización del penado que dispensan nuestros centros carcelarios no son óptimas, la posibilidad de que dichos objetivos se cumplan será menor, mientras se reduzca el tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad.
50. Por las razones expuestas, este Tribunal considera inconstitucional la disposición impugnada en el extremo que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto domiciliario.

Ello significa que es inconstitucional la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del artículo 47º del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28568.

§11.Efectos en el tiempo de la presente sentencia

51. En mérito a la “fuerza de ley” atribuida a las sentencias del Tribunal Constitucional, y a la luz de una interpretación que concuerda el artículo 204º de la Constitución, que establece la función de este Tribunal de dejar sin efecto las leyes que resulten incompatibles con la Norma Fundamental, con el artículo 103º de la Constitución, que establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo, el legislador del Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 83º, que:

“Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103º (...) de la Constitución.(...)”.

Es decir, dicho precepto autoriza a que, en virtud de una sentencia de este Colegiado expedida en los procesos de inconstitucionalidad, se declare la nulidad de resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo.

52. No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente.

La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación.

De ahí que, como quedó dicho, por ejemplo, las leyes inconstitucionales que conceden algún beneficio para el reo no podrán desplegar tales efectos porque, siendo el control difuso un poder-deber de toda la judicatura (artículo 138º de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación retroactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución.

La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos.

53. Asimismo, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable debe ser ponderada a partir de una equilibrada valoración comparativa con la finalidad que cumplen las penas en contextos de especial convulsión social. Así, por ejemplo, si en dicho escenario

“(…) se agravan las penas de los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas para evitar el pillaje y los saqueos que propicia tal situación excepcional, no resultará desproporcionada la imposición de tales penas cuando en un momento posterior a la vigencia temporal de dicha ley penal se juzguen los hechos acaecidos durante la misma y se aplique, no la nueva ley más favorable, sino la anterior más dura. La nueva ley se debe a que ha cambiado el contexto fáctico relevante para la valoración penal concreta de la conducta, pero no la valoración penal que merecen los comportamientos realizados en tales circunstancias. Es más: el legislador seguirá considerando que la pena anterior era la más adecuada a la solución del conflicto suscitado -era la mínima necesaria y proporcionada para proteger ciertos bienes en ciertas circunstancias-, por lo que lo que produciría la aplicación de las nuevas penas, las más leves, es la parcial desprotección de ciertos bienes sociales esenciales”. (Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. *Sobre la retroactividad penal favorable*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 38).

54. Es indudable que el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se encuentra en directa relación con el derecho fundamental a la libertad personal del condenado. En consecuencia, el primer límite a la aplicación retroactiva de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad se encuentra en los supuestos en los que dicha retroactividad genere una afectación del derecho fundamental a la libertad personal.

Sucede, sin embargo –y tal como se ha expresado en la presente sentencia-, que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad

personal el hecho de que se permita que el tiempo de arresto domiciliario impuesto a cualquier persona (con excepción de las valetudinarias), sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Por el contrario, dicha previsión resulta manifiestamente inconstitucional, por desvirtuar la finalidad de las penas en el Estado social y democrático de derecho.

55. La función integradora del Tribunal Constitucional ha comportado que en reiteradas ocasiones tenga que supeditar la determinación de los efectos de sus sentencias a la optimización de la fuerza normativo-axiológica de la Constitución, evitando de esa manera que, en virtud de un análisis literal y asistemático de las normas que regulan la materia, se contravengan las principales funciones de los procesos constitucionales, cuales son:

“(...) garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”. (Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

56. Así, por ejemplo, en el Caso Legislación Antiterrorista (STC 0010-2002-AI), en relación con el artículo 103º de la Constitución, este Colegiado ha sostenido que:

“(...) tal regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio setentiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N°. 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo (...).”

57. De esta manera, reafirmando sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, este Colegiado llevó a cabo un justo *balancing* entre los derechos subjetivos de las personas acusadas de la comisión del delito de terrorismo y el interés de la sociedad de reprimir un delito de inestimable gravedad para la estabilidad del orden democrático, y frente al que el Constituyente había mostrado su especial repudio (literal f, inciso 24 del artículo 2º, y artículos 37º y 173º de la Constitución).

58. Esta exigencia del Estado Constitucional no es menos intensa en el ámbito internacional de los derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha efectuado similar ponderación al dejar en manos de los diferentes Estados la decisión sobre la libertad personal de las personas involucradas en actos terroristas, a pesar de haberse acreditado la afectación de su derecho al debido proceso:

“Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo -en un plazo razonable- un nuevo proceso que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizando ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados. La Corte no se

pronuncia sobre la libertad provisional de estos, porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente.” (Caso Castillo Petruzzi. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Serie C, núm. 41).

59. Una ponderación no menos equilibrada se requiere en un asunto en el que, como en el presente caso, se encuentra directamente involucrada la eficacia de la lucha anticorrupción prevista por el Estado peruano como su principal objetivo en el diseño de la política criminal de los últimos 5 años. No sólo por una cuestión de connotación sociológica, sino porque, en el plano normativo-constitucional, tal como ocurre con el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas, el espionaje, la traición a la patria y el genocidio, el Constituyente ha advertido la dimensión particularmente disvaliosa de los actos de corrupción, por la magnitud de daño que provocan al cuadro material de valores reconocido por la Constitución.

Es así que, como una medida preventiva, ha considerado en el artículo 41° de la Constitución que

“Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer una declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley”.

E incluso hace alusión a una de las concretas manifestaciones de los delitos de corrupción y a reglas específicas a aplicarse en el procesamiento de delitos de dicha índole:

“Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial. La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo para su inhabilitación para la función pública. El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.

60. El cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, la consecución de la plena eficacia de los fines de la pena privativa de libertad en un Estado social y democrático de derecho, en especial en aquellos supuestos en los que es impuesta a los individuos que han incurrido en actos de corrupción, es un valor de especial relevancia en el ordenamiento constitucional.
61. Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.

Y es que, tal como quedo dicho en el Fundamento 5, *supra*, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula los efectos de la norma, o lo

que es lo mismo, su capacidad reguladora, por lo que, una vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla.

62. En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82° del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales.

63. Del mismo modo, los jueces o tribunales que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los medios impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

64. Precísese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los dos fundamentos precedentes, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

Una interpretación distinta supondría reconocer que el Estado social y democrático de derecho carece de los instrumentos que permiten garantizar la plena vigencia de los principios en los que se sustenta, así como de los derechos y libertades que está llamado a defender; lo que para este supremo intérprete de la Constitución resulta, a todas luces, inaceptable.

65. El Tribunal Constitucional lamenta que el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial no hayan advertido el serio daño a la lucha contra la corrupción que la ley impugnada cometía, así como la manifiesta inconstitucionalidad en que incurría. Es por ello que exhorta a los poderes públicos a guardar *in suo ordine* una especial diligencia en el combate contra este flagelo social, que debe ser extirpado no sólo mediante medidas sancionatorias, sino también a través de una intensa política educativa que incida en los valores éticos que deben prevalecer en todo Estado social y democrático de derecho.

§12. Relaciones entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el control difuso

66. La jurisprudencia de este Colegiado es meridianamente clara al negar algún tipo de identidad sustancial entre los elementos justificatorios y los efectos personales del arresto domiciliario con la detención judicial preventiva (*Cfr.* Fundamentos 19 a 21 *supra*). En consecuencia, estima conveniente recordar al Poder Judicial que, de conformidad con el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional,

“Los Jueces interpretan y aplican la leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales,

conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

En tal sentido, al momento de evaluar si les corresponde ejercer el poder-deber de aplicar el control difuso contra una determinada ley (artículo 138 de la Constitución), todos los jueces y magistrados del Poder Judicial, bajo las responsabilidades de ley, se encuentran en la obligación de observar las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional que tengan conexión manifiesta con el asunto, lo que, conviene enfatizar, no ha sido efectuado por la judicatura al momento de conocer algunas causas en las que se solicitó la aplicación de la norma impugnada.

67. Finalmente, aun cuando en nuestro ordenamiento no se encuentra previsto un control jurisdiccional-preventivo de constitucionalidad de la leyes, existe, sin embargo, de conformidad con el artículo 108° de la Constitución, la obligación del Congreso de la República y del Poder Ejecutivo de ejercer ese control en un nivel político-preventivo, para cuyos efectos tienen la obligación de observar los criterios vinculantes sentados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; máxime en aquellos asuntos relacionados con el diseño de la política criminal y legislativa del Estado orientada a enfrentar aquellos hechos delictivos que, como los actos de corrupción, afectan la estabilidad, la seguridad, la justicia y la paz ciudadanas en las que se sustenta todo Estado social y democrático de derecho.

VII. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.
2. Declarar la inconstitucionalidad de la frase “y domiciliaria” del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28658. En consecuencia,

A) Con relación al efecto normativo de esta sentencia:

Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto.

B) Con relación al efecto en el tiempo de esta sentencia y a su aplicación a procesos en trámite:

Ningún juez o magistrado de la República puede aplicar el precepto impugnado, por haber cesado en sus efectos.

En tal sentido, de conformidad con los Fundamento 62 y 63, *supra*, las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que

todavía no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado los efectos inconstitucionales de la ley impugnada.

Del mismo modo, los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Precítese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los fundamentos 62 y 63 *supra*, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial *El Peruano*, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

3. Exhorta al Poder Judicial a resolver los procesos penales, en los que existan personas privadas de su libertad, dentro de un plazo máximo de 36 meses, de conformidad con el artículo 137° del Código Procesal Penal.
4. Exhorta al Congreso de la República para que, en el Presupuesto 2006, considere plazas suficientes que permitan a los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público resolver la totalidad de los procesos penales seguidos por delitos de corrupción.
5. Exhorta al Ministerio Público a velar por el cabal cumplimiento del principio de legalidad en los procesos judiciales y al cumplimiento de los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional.
6. Exhorta al Consejo Nacional de la Magistratura para que exija los informes trimestrales respecto de los procesos penales en los que no se hayan realizado diligencias durante un plazo razonable, que facilitarían el vencimiento del plazo máximo de detención judicial preventiva.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

UNIDAD III: EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Ej. Supr. R.N. N° 1336-2012-Apurimac, ponente: Rodriguez Tineo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1336 – 2012
APURIMAC

Lima, diez de enero de dos mil trece.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas mil sesenta y dos, del dos de diciembre de dos mil once, que absolvió a Jorge Asunción Sifuentes Valverde de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública -peculado y malversación de fondos-, y por delito contra la Fe Pública -falsificación de documentos, sub tipo adulteración de documento privado- en agravio de la Municipalidad Provincial de Abancay y la Policía Nacional del Perú – El Estado.
Interviene como ponente el señor Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el Fiscal Superior a fojas mil ochenta y tres alega que el Tribunal Superior no ha valorado que el procesado ha reconocido no haber entregado el dinero a las diversas dependencias policiales. Tampoco ha tenido en cuenta que la pericia contable no tiene valor probatorio debido a que se sustentó en boletas de venta adulteradas.

SEGUNDO: Que la acusación de fojas quinientos ochenta atribuye al procesado Jorge Asunción Sifuentes Valverde, en su condición de Jefe del Estado Mayor de la Policía Nacional del Perú -Región Policial de Apurímac-, que con fecha trece y veinte de marzo de dos mil nueve recibió dos cheques por las sumas de mil trescientos noventa y cinco nuevos soles con setenta y cinco céntimos, y mil ochocientos diecisiete nuevos soles con ochenta céntimos, correspondiente a la recaudación de multas por infracciones de tránsito de los meses de diciembre de dos mil ocho y enero de dos mil nueve, con el objetivo de hacerlos efectivo y parte de ellos distribuirlos a las Sub Unidades de Tránsito de las Comisarías de Abancay, Bellavista, Tamburco, Carahuasi, Lambrama, Chalhuanca y Radio Patrulla – Apurímac. Empero, un porcentaje lo destino indebidamente a la compra de una batería para un vehículo policial de placa de rodaje JY - dos mil cuatrocientos cincuenta y ocho, la adquisición de un cristal para el escritorio de la Oficina del Jefe de Estado Mayor y tres cuadros con bastidores para el gimnasio, sin acreditar la utilización de un saldo ascendente a quinientos cuarenta y un nuevos soles con diecisiete céntimos, monto que se habría apropiado el Coronel PNP Jorge Asunción Sifuentes Valverde.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1336 – 2012
APURIMAC

TERCERO: Que con el Informe número cuarenta y seis - dos mil nueve-XVIDIRTEPOL-APURIMAC/JEM de fojas cuarenta y seis se desvirtúa la supuesta falta de documentación sustentatoria del dinero entregado al encausado. En este dictamen se hace mención que cumplió con adjuntar las boletas de ventas de las empresas Decoraciones Nuevo Mundo, Comercial Chinitos, Ferretería Aymarino y JHT Hardware y Software. También con las actas de constatación en los referidos establecimientos comerciales, en presencia del representante del Ministerio Público. Además, de la realizada en la Oficina de la Jefatura de Estado Mayor de la XVI - Dirección Territorial de Apurimac, efectuado por el Fiscal Rommel Rubén Padilla Mendoza el día veintisiete de octubre de dos mil nueve de fojas doscientos diecinueve, mediante el cual se constató en el vehículo policial, marca Toyota, de placa de rodaje JY - 2458, la batería marca ENERJET. Igualmente, un cuadro con marco con el mapa del departamento de Apurímac y un cristal para escritorio en la Oficina del Jefe del Estado Mayor de la Región Policial de Apurimac y tres cuadros con bastidores con figura de físico culturistas para el gimnasio, adquiridos por el encausado Jorge Asunción Sifuentes Valverde por un valor aproximado de trescientos setenta y ocho nuevos soles, que era parte de los novecientos diecinueve punto diecisiete nuevos soles, quedando un saldo de quinientos cuarenta y uno punto diecisiete nuevos soles.

CUARTO: Que del mismo modo, se ha desvirtuado la comisión del delito de peculado con el dictamen pericial contable ampliatorio de fojas mil treinta y siete, que concluyó “De la documentación existente en autos por infracciones de tránsito de la Policía nacional del Convenio N° 001-2008, los meses de diciembre – 2008 y enero – 2009 el importe de S/. 3,213.58, los mismos que han sido rendidos en su totalidad por el Coronel Sifuentes. Incluso con el importe de S/. 2.07 a favor por exceso de gastos, tal como se detalla en Anexo N 01, con la observación de que no se distribuyó la alicuota a las comisarías de Abancay, Bellavista, Radio Patrulla, Curahuasi, Tamburco, Huanipaca, Casinchihua, Lambrama y Chalhuanca. También se ha determinado, que de los fondos entregados al Mayor Marco Ayvar, Jefe de DVPOLTRAN existe un saldo por distribuir de S/. 1.37 (...)”.

Por lo demás, debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiariedad y *ultima ratio* que informa el derecho penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal para la solución de los conflictos de relevancia jurídica, donde sólo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de

429

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1336 – 2012
APURIMAC

las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan al ámbito penal, los que a su vez configuren un alto grado de insoportabilidad social. Por consiguiente, dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no son significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado. En consecuencia el comportamiento del imputado no constituye apropiación.

QUINTO: Que, en el caso del delito de malversación de fondos tampoco se acreditó que se haya afectado el servicio o función encomendada. En autos no existe elemento alguna que haga inferir que se perjudicó el control o fiscalización del tránsito vehicular. Cabe precisar respecto a los hechos objeto de acusación, que los delitos de Malversación de Fondos y Peculado son conductas típicas diferentes, pues aún cuando protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el Peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado, y su característica más relevante es que los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no sale de la esfera patrimonial del Estado, como si sucede en el caso de Peculado. En el caso de autos los hechos constituirían una probable apropiación pero de ninguna manera un cambio de destino de los caudales públicos.

Al no existir mayores pruebas que demuestren la comisión de este ilícito penal, la absolución es conforme a Derecho.

SEXTO: Que, en cuanto al delito contra la Fe Pública, no puede atribuirse adulteración de la boleta de venta N° 0064 al encausado, porque Fred Yunis Salazar Vignatti y Norma Delgado Medina no sólo han reconocido haberla emitido, sino que por una omisión no comunicó a las autoridades competentes la modificación de su dirección comercial. En todo caso corresponde a una infracción tributaria y no así el delito que se le imputa. Este evento tampoco puede constituir el delito *sub judice*.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil sesenta y dos, del dos de diciembre de dos mil once, que absolvió a Jorge Asunción Sifuentes Valverde de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública -peculado y malversación de fondos-, y

4d

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1336 – 2012
APURIMAC

por delito contra la Fe Pública -falsificación de documentos, sub tipo adulteración de documento privado- en agravio de la Municipalidad Provincial de Abancay y la Policía Nacional del Peru – El Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.
S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALADARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

UNIDAD IV: EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

STC. Exp. N° 0014-2006-PI/TC

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0014-2006-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

De 19 de enero de 2007

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima c. Congreso de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N.º 28726, Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46º, 48º, 55º, 440º y 444º del Código Penal, artículo 135º del Código Procesal Penal.

Magistrados firmantes:

**LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI**

MESÍA RAMÍREZ

Sumario

- I. Asunto
- II. Datos generales
- III. Normas cuestionadas
- III. Antecedentes
- IV. Materias constitucionalmente relevantes
- V. Fundamentos
- VI. Fallo

EXP. N.º 0014-2006-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CONO NORTE
DE LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de enero de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Ple Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Presidente; Gonzales Ojea, Vicepresidente; Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, del magistrado Vergara Gotelli , y el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Alva Orlandini

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados del Cono Norte Lima contra la Ley N° 28726, que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	:	Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante	:	Decano del Ilustre Colegio de Abogados Del Cono Norte de Lima.
Disposición sometida a control	:	Ley N° 28726.
Disposiciones constitucionales	:	Artículo 139°, inciso 3 de la Constitución.
Petitorio	:	Se declare la inconstitucionalidad de todos los extremos de la Ley N° 28726, debiendo extenderse los efectos de la inconstitucionalidad a la Ley N° 28730.

III. NORMAS CUESTIONADAS

LEY N.º 28726 (LEY QUE INCORPORA Y MODIFICA NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 46, 48, 55, 440 Y 444 DEL CÓDIGO PENAL, Y EL ARTÍCULO 135 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL)

Artículo 1.- Incorpora incisos al artículo 46 del Código Penal, Incorpóranse al artículo 46 del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor:

“12. La habitualidad del agente al delito.

13. La reincidencia”.

Artículo 2.- Incorpora artículos al Código Penal

Incórpóranse al Código Penal los artículos 46-B y 46-C, con el siguiente tenor:

“Artículo 46-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados.

Artículo 46-C.- Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se tra menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”.

Artículo 3.- Modifica los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal. Modifícanse los artículos 48, 55 440 y 444 del Código Penal, de acuerdo a los textos siguientes:

“Artículo 48.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad. Si el condenado cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-lí aplicada. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años (...)

7. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado.

Artículo 444.- Hurto simple y daño

El que realiza cualquiera de las conductas previstas en los artículos 185 y 205, cuando la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas o con sesenta a ciento veinte días-multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el bien sustraído o dañado.

La misma pena se impondrá si el agente realiza la conducta prevista en el primer párrafo del artículo 189-A, cuando la acción recae sobre ganado cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital”.

Artículo 4.- Modifica el artículo 135 del Código Procesal Penal.

Modifícase el inciso 2) del artículo 135 del Código Procesal Penal, de acuerdo al texto siguiente:

“Artículo 135.-

(...)

2. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito”.

III. ANTECEDENTES

A) Argumentos del demandante

a.1. Con fecha 8 de junio de 2006, don Jorge Ogres Sausa Cornejo, Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, en representación de esta institución solicita que se declare la inconstitucionalidad del texto íntegro de la Ley 28726 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de mayo de 2006), que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal, al incorporar inconstitucionalmente mediante sus cuatro artículos las figuras de reincidencia y habitualidad al Código Penal y al Código Procesal Penal debiendo extenderse esta declaración de inconstitucionalidad a la Ley N.º 28730 –que modifica el artículo VIII del Título Preliminar, los artículos 50 y 51 del Código Penal y adiciona un párrafo a su artículo 69–.

a.2. Alega que la mencionada ley al incorporar institutos procesales como la reincidencia y la habitualidad a efectos de la determinación de la pena, transgrede el derecho constitucional al debido proceso, por cuanto para determinar la pena en un proceso a un reincidente o un habitual, la aumenta tomando en consideración hechos por los cuales ya se recibió una pena, lo que atenta contra el principio *ne bis in idem*.

B) Argumentos del demandado

Con fecha 21 de marzo de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada en todos sus extremos, argumentando que la ley impugnada vulnera los derechos constitucionales invocados en la demanda.

Sostiene que al haberse modificado el artículo 46º, que se refiere al momento de la determinación de la pena, se ha puesto en cuestionamiento la dimensión material del principio *ne bis in idem*, para verificar si existe una doble sanción en el supuesto en que el juez tenga en consideración “la habitualidad del agente del delito” y la “reincidencia”; que, en consecuencia, sólo podrá hablarse de reincidencia o de habitualidad partiendo de la comisión de un “nuevo delito doloso”, lo que quiere decir que la pena imponerse no está dirigida a sancionar a alguien “por un delito por el cual ya ha sido sancionado absuelto”; y que el Estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente, lo cual no representa una nueva sanción. Agrega que tampoco se puede afirmar que existe una vulneración del principio del *ne bis in idem* en su versión procesal, pues no existe un doble juzgamiento del primer delito cometido por el que ya se fue condenado, en caso de reincidencia, ni frente a un doble juzgamiento de los anteriores delitos en el caso de habitualidad en el delito, ya que lo que se juzga es “nuevo delito doloso”, cuya comisión hace que, según los antecedentes del agente, se configure reincidencia o la habitualidad, que solo constituyen circunstancias agravantes.

Respecto al derecho constitucional a la igualdad, en el que la parte demandante cuestiona las modificaciones que la Ley N.º 28726 introduce a los artículos 46º, y 440º, incisos 5 y 7 del Código Penal, así como al artículo 135º del Código Procesal Penal, argumenta que el solo hecho de que se produzca un tratamiento diferente por causas objetivas y razonables, como cuando se produce la reincidencia y la habitualidad, no supone un atentado a la igualdad ante la ley o, dicho de otro modo, una intervención en la prohibición de discriminación; que en el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos se encuentra incluido el deber de sancionar; y que la posibilidad de que el Estado, a través de su órgano jurisdiccional, sancione con más severidad la frecuencia en la comisión de los delitos

dolosos, constituye un medio conducente a lograr que el Estado cumpla con su deber primordial, “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y, a la vez, desterrar la impunidad, que a su vez se traduce en la obligación del Estado de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, y que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.

Asimismo, en cuanto a la violación del derecho de presunción de inocencia, aduce que tanto la reincidencia como la habitualidad habrán de incidir al momento de la determinación de la pena, es decir, al momento en que ya se ha probado la culpabilidad del procesado, con lo que queda desvirtuada la presunción de inocencia al haberse producido la prueba en contrario; y que sólo se puede hablar de reincidencia y habitualidad partiendo del supuesto que se ha cometido un “nuevo delito doloso”, lo que implica que anteriormente se ha cometido por lo menos un delito doloso”.

Agrega que, en este caso, es indiscutible que se iniciará un nuevo proceso penal, pero en el cual no se presumirá la culpabilidad del procesado por el hecho de haber cometido uno o más delitos dolosos anteriormente, sino que se presumirá su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad, momento en el cual se configurará dependiendo de cada caso en concreto, un supuesto de reincidencia o de habitualidad, que habrán de constituir circunstancias agravantes.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado considera que el esclarecimiento de la controversia de autos requerirá:

- a) Delimitar el análisis de la temática desde la perspectiva del derecho penal y la Constitución.
- b) Determinar cuáles son los fines que la pena cumple en un Estado social y democrático de derecho.
- c) Analizar la noción de reincidencia y habitualidad y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú.
- d) Analizar la reincidencia y el principio del *ne bis in idem*.
- e) Analizar la reincidencia y el principio de culpabilidad.
- f) Analizar la reincidencia y el principio de proporcionalidad.
- g) Analizar la inconstitucionalidad de la habitualidad.

V. FUNDAMENTOS

Constitución y derecho penal

1.

Previamente este Colegiado estima oportuno efectuar algunas precisiones. En primer lugar, el análisis de las instituciones jurídicas que realiza el Tribunal Constitucional es un desarrollo que necesariamente, debe tener su punto de partida en la propia Constitución; y ello porque es la Ley Fundamental, en los actuales Estados constitucionales democráticos, la que establece los fundamentos tanto del derecho público como del derecho privado. En segundo lugar, en la medida que la Constitución es una norma jurídico-política y manifestación suprema del ordenamiento jurídico, en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho, y lo que Pellegrino Rossi

denomina *les têtes de chapitres* ^[1].

2.

En tal sentido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones jurídicas fundamentales dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política criminal^[2]. De ahí que, en último término, las bases del derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.

3.

La influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar, sin más, las instituciones “propias” del derecho penal y *desde* el derecho penal, sino que también determina el contenido, a través de su interpretación y sus sentencias institucionales penales, haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con la Constitución. Es a través de la interpretación y la argumentación constitucionales que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal.

Constitución y “derecho penal del enemigo”

4.

En sentencia anterior (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17), este Colegiado ha precisado q
“(…) la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos delinquentes incidentalmente y desde su *status* en tanto tales, de aquellos otros que delinquent en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe alternativa más que su total eliminación”.

5.

Prosigue: “Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio p democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional convierta en un derecho penal “simbólico”, sino que debe responder severa y eficazmente, dentro marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

Fines constitucionales de la pena

6.

Este Tribunal (STC 0019-2005-PI/TC, fundamentos 30-33), se ha referido a las diversas teorías en torno a la finalidad de la pena. Así, de acuerdo con la *teoría de la retribución absoluta*, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda su virtualidad en la generación de un mal al delincuente; de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”. Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución, conforme al cual “[l]a defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

7. De otro lado, la *teoría de la prevención especial* –también denominada teoría de la retribución relativa– centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cu menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo com propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, des internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posteri reinserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el artículo 139° inciso 22 de la Constitución, cuando señala que “[s]on principios y derechos de la fu jurisdiccional: (...) [e]l principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reedu rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.
8. Por su parte, la *teoría de la prevención general* circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su pe ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e inter significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatori que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo indivi proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto intimidatorio.
9. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito. Por ello, son efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin resume diciendo que “(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el ‘ejercicio de la confianza en el derecho’ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que result cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado”^[3].
10. Finalmente, las teorías de la unión sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.
11. Ahora bien, desde una perspectiva constitucional la delimitación de una conducta como antijurídica, es decir aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad pers constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (*principio de lesividad*). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de derecho fundamental. “Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de e concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos c necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la Norma Fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índ

que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional”^[4].

12. En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un margen razonablemente amplio para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

13. Sin embargo, 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 al principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; por consiguiente, serán el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

14. Es dentro de este marco constitucional que el Tribunal Constitucional debe emprender el control constitucional de las disposiciones impugnadas en su constitucionalidad, referidos a las instituciones de la reincidencia y de la habitualidad.

Análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28726 que incorpora la reincidencia y la habitualidad

15. El análisis de la Ley N° 28726, que incorpora la reincidencia y la habitualidad como criterios para la determinación de la pena operando como agravantes genéricos, comportará determinar su correspondencia o contradicción con el principio constitucional del *ne bis in ídem*. Ello en razón de que constituye el cuestionamiento principal enarbolado por el demandante. Este cometido se abordará constitucionalmente, para lo cual habrá de determinarse la noción de reincidencia y habitualidad, los alcances de sus configuraciones en el ordenamiento jurídico nacional y el análisis de su incidencia en cada uno de los intereses constitucionales que pudieran ser vulnerados. Esto permitirá conocer aquellas aristas que guarden arreglo constitucional y aquellas que no lo hagan.

16. Por tanto, en el presente caso no cabe fundar el análisis de la ley reputada como inconstitucional en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por el Tribunal Constitucional. Resulta así que para resolver la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada han de obviarse la mayor o menor solidez de las construcciones jurídico dogmáticas, pues su utilización como parámetro supondría tanto que se ha indebidamente partido por una determinada postura doctrinal acerca de la naturaleza y la *ratio* de las instituciones de la reincidencia y la habitualidad, postura que, aun pudiendo ser compatible con los mandatos constitucionales, no es la única posible en relación con ellos.

La noción de reincidencia y habitualidad y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú

17. En primer término, la reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus co-

anteriores, con miras a determinar la graduación de las penas. Por ello, se ha señalado que: ‘reincidencia se ocupa de los problemas de las disposiciones legales que habilitan mayor poder punitivo en razón de que la persona, con anterioridad, haya sido condenada o sufrido pena por otro’^[5]. Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de un anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley.

18.

Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en la calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce subsunción, la conducta es calificada con el *nomen iuris* que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de las sanciones: una sanción por la comisión *per se* del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona.

La reincidencia y el principio *ne bis in ídem*

19.

Teniendo en cuenta que el demandante denuncia la inconstitucionalidad de la reincidencia por atentar contra el principio *ne bis in ídem*, resulta imperioso conocer el contenido de este principio para contrastarlo con los alcances de la reincidencia, de modo que se pueda identificar la existencia de lesión sobre aquél. El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio *ne bis in ídem*, ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC (fundamento 2) donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho debido proceso, contemplado en el artículo 139°, numeral 3 de la Constitución. Esta pertenencia y dotación de contenido se produce en virtud de la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

20. En la referida sentencia se sostuvo que el principio *ne bis in ídem* ostenta una doble configuración: una de carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que una persona sea objeto de procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la reincidencia prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Este Tribunal la ha desarrollado en el fundamento 3.a de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC mencionada, en los siguientes términos:

21.

En su formulación material, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

22. El principio del *ne bis in ídem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia y lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos –como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp N.º 0002-2001-AI/TC, fundamento 6– a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.
23. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se consta que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in ídem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia en la misma manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo delito y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.
24. El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración– no recibe una pena adicional por agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento– no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo a este razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causa genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*.

La reincidencia y el principio de culpabilidad

25. El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de represión penal que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprochable a quien los cometió. La culpabilidad o reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad por las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado.
26. El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos; así: “[e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia culpable, de antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad)”. Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido”^[6].

- 27.

Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno del principio *ne bis in ídem*, que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es acto estatal sancionatorio.

28. El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal “d” del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución. Su texto es el siguiente: “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo cometarse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infru punible”.
29. Este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC (fundamento 44 *et pássim*) algunos de los alcances de este principio. Uno de ellos es el m determinación legal del delito, por el cual éste debe ser claramente determinado por ley, de mod expreso e inequívoco (*lex certa*), evitando la promulgación de leyes que contemplen tipos j características poco definidas o abiertas, pudiendo existir un margen limitado de indeterminación como consecuencia de la propia naturaleza del lenguaje.
30. De lo vertido se desprende que –tipificado previa y claramente el delito y cometido éste– el Es encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y n otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamie que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. El principio de legalidad penal, ent restringe la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el anál cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal.
31. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reproable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito, que consist calificación de reproable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad.
32. El segundo principio del que se deriva el principio de culpabilidad en el ordenamiento constitucional es el principio de proporcionalidad de las penas. Este Tribunal se ha expresado anteriormente sobre tema en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC, (fundamento 138 *et pássim*) señalando que el principio de proporcionalidad de las penas ha sido constitucionalizado en el artícu 200° de la Constitución, en su último párrafo. Este principio tiene implicancias en las diversas etapa del proceso dirigido a la imposición de una sanción penal, como son la determinación legal de la pena, la determinación judicial o, si corresponde, la determinación administrativa penitenciaria de la pena.
33. Dentro de ellos, el contexto relevante para efectos del cuestionamiento hecho por el accionante es el de determinación de la pena, es decir, el momento en que el legislador genera una norma que establece un tipo penal y le impone un cierto tipo de sanción. En este escenario, el princ proporcionalidad de las penas es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas

materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley.

34.

Este principio ha sido descrito en la aludida sentencia (fundamentos 197 y 198) en el sentido que, en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, éste no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que, al momento de establecer las penas, éstas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. La Constitución considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre la adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador determinar, junto con los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo.

35. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites que establece la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En tal sentido, el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprochable resulte el acto respecto a la persona responsable.

36.

De este modo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido, la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad es constitucionalizado y que es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico. Corresponde, ahora, establecer si la reincidencia como factor a considerar para establecer la determinación de la pena vulnera el principio de culpabilidad.

37.

Ha sido señalado que la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado. El principio de culpabilidad clásico previsto para delitos comunes exige que el grado de reprobación de una persona por un acto ilícito sea configurado desde la valoración de tal acto y no de otro. En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conducta descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados.

38.

Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito "A", la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que

llamaremos “B”, para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe “B”, esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito “A”, y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito “A” de modo aislado.

39. Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2º, inciso 24, literal “f”, 37º, 140º y 173º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondera de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional.

La reincidencia y el principio de proporcionalidad

40. El Tribunal Constitucional considera conveniente determinar si la intervención del legislador, incorporar la reincidencia como agravante genérica en el Código Penal, ha respetado o no el principio de proporcionalidad, lo que a continuación será objeto de análisis.
41. Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifiquen como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2º, inciso 24) el cual se concreta también en el hecho de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto no significa, sin embargo, que las intervenciones del legislador o las restricciones que recaigan en los derechos fundamentales sean ilimitadas o absolutamente abiertas, sino, por el contrario, que estas deben ser plenamente justificadas –proporcionales– respecto a la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales.
42. Siendo ello así, se debe aplicar en el control constitucional de los artículos modificados por la Ley N° 28726 el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, a fin de determinar la legitimidad constitucional de la disposición antes aludida. En primer lugar, se efectuará el análisis a la luz del principio de idoneidad. Este subprincipio exige que la ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.
43. A juicio de este Tribunal, los artículos modificados cumplen con el subprincipio de idoneidad. En efecto, el legislador ha previsto, a través de tal disposición, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44º de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido.
44. En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si es que el legislador debió advertir la existencia de otras alternativas igualmente idóneas pero menos gravosas que las introducidas en la Ley N° 28726. Este Tribunal estima la

inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura de reincidencia y habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger.

45. En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este Tribunal advierte que la Ley N° 28726 cumple también con este subprincipio. Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros.

46. En ese sentido, cabe señalar que “[d]os aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su ‘nocividad social’). (...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico” ^[7].

47. La cuestión, por tanto, de si la adjudicación de una pena a una persona reincidente ha cumplido o no su finalidad, no es una cuestión ajena a la sociedad democrática. Ella tiene un interés sustancial en conocer si la ejecución de la pena ha cumplido con los objetivos perseguidos por el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En definitiva, el Tribunal es de la opinión que la intervención del legislador en el derecho a la libertad personal, a través de las disposiciones modificatorias en la Ley N° 28726, no infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso; por lo que dicha ley ha de ser considerada como constitucionalmente legítima.

Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la habitualidad

48. En el derecho penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempos distintos e independientes unos de otros. En esa misma sede se han formulado determinadas críticas a la habitualidad, por entender que ésta no puede ser explicada en cuanto hecho antijurídico que se materializa repetidamente a través del tiempo, sino a partir de una justificación psicológica atendiendo a que el delincuente habitual, al manifestar una proclividad al delito, revela una personalidad de naturaleza patológica expuesta en una conducta antisocial, renuente a internalizar los mandatos legales y a actuar en virtud de ese conocimiento normativo.

49. Otras objeciones que se han formulado es que representa una característica propia del autor, que incide en su modo de vida, sin que esto signifique la existencia de un hábito en relación a un delito particular o un conjunto de delitos, sino una propensión al delito en general, en la que basta que varios delitos ilícitos independientes entre sí puedan ser atribuidos a un solo autor en un determinado periodo de tiempo. En términos conceptuales se sostiene que la habitualidad encarna una reminiscencia a un derecho penal

de autor, donde la valoración jurídico-penal trasciende el hecho como aspecto nuclear de la imputación, y se traslada a un hombre delincuente (*uomo delinquente*), penetrando en la esfera profunda de su personalidad y enjuiciando negativamente su conducción de vida en sociedad, al tratarse de un sujeto que revela significativa “peligrosidad” para los intereses sociales comunitarios.

50.

De hecho, el Tribunal Constitucional no desconoce estas críticas de un sector de la doctrina penal contra de una institución jurídico-penal como la habitualidad. Sin embargo, es claro que el constitucional de la habitualidad pasa por que este Tribunal precise previamente que el cc constitucional abstracto de las leyes no se realiza en función de las construcciones doctrinaria realizadas en materia penal sobre la habitualidad, sino en función del conjunto de derechos, principios y valores que incorpora nuestra Constitución. De modo tal que el parámetro de validez constitucional de la ley impugnada al cual el Tribunal debe recurrir es la propia Norma Fundamental y no la doctrina penal, por muy autorizada que esta sea.

51. Preciado ello, el demandante sostiene (fojas 3) que

la norma materia de inconstitucionalidad 28726 es espuria y bastarda e inconcebible en un sistema penal garantista en el cual no se puede legislar en función a un derecho penal de autor, vulnerador de los principios contenidos en el Título Preliminar del propio código penal que establece los principios de lesividad y proporcionalidad. Todo ello provoca un trato desigualitario y discriminatorio dentro de un proceso penal entre los procesados que delinquen por primera vez y de los que ya han delinquido atentando contra el principio de resocialización como límites a la potestad sancionadora del Estado.

52.

El Tribunal Constitucional disiente del argumento del demandante porque, en primer lugar, no es el Código Penal el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquél incorpore determinados principios jurídicos. En segundo lugar porque, a juicio de este Colegio, la habitualidad no necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. Y es que no debe olvidarse que la reeducación, reincorporación y la resocialización, previstas en el artículo 139°, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44° de la Constitución.

53.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el legislador, a quien le corresponde definir la política de persecución criminal del Estado, tiene un margen de razonabilidad para ello, pero con límites como los derechos fundamentales de las personas; límites que, por lo demás, este Colegio no estima sobrepasados por las leyes ahora impugnadas. Lo que no obsta, como es obvio, para que los jueces penales, al momento de considerar la habitualidad como una agravante de la pena, motiven suficiente y objetivamente sus decisiones jurisdiccionales, respetando siempre las garantías procesales y sustantivas que se derivan del derecho fundamental al debido proceso, tal como dispone el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar

INFUNDADA

la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
MESÍA RAMÍREZ**

**EXP. N.º 0014-2006-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CONO NORTE
DE LIMA**

**VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO
VERGARA GOTELLI**

Emito el presente voto en discordia por los fundamentos siguientes:

1.
Corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad que cuestiona la Ley N.º 28726, *“Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal”*. Esta ley incorpora la habitualidad y la reincidencia en materia penal y disminuye el presupuesto procesal para la detención provisional de tres a un año.
2.
La demanda en mención interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima fue admitida a trámite por este colegiado según resolución de fecha 06 de octubre del 2,006, en l obviamente se admiten como válidos los argumentos del actor que dicen del cumplimiento de

exigencias de concurrencia de los correspondientes presupuestos procesales y condiciones de la acción. Si bien en la aludida resolución intervine admitiendo a trámite la referida demanda por considerar que el Colegio de Abogados demandante tenía la legitimidad para obrar activa extraordinaria, luego de un exhaustivo análisis he llegado a la conclusión que dicha cualidad no le asiste para cuestionar todo tipo de ley en todos los casos, por las razones que a continuación fundamento.

3.

Se afirma que el derecho procesal constitucional es la fusión del derecho constitucional con el derecho procesal,

“...sin embargo, aunque comparte de los principios y estructura de dos ramas tradicionales ampliamente consolidadas, como son el derecho procesal y el derecho constitucional, existen actuales parámetros para pensar en la autonomía científica del Derecho Procesal Constitucional...” y es que *“(...) los primeros cimientos del derecho procesal constitucional según se ha mencionado fueron aportados por Kelsen y posteriormente por otros connotados procesalistas como Piero Calamandrei, Eduardo J. Couture y Mauro Cappelletti –que desde perspectivas diferentes se acercaron al Derecho Constitucional- no fue sino los aportes de Hector Fix Zamuco, a partir de la publicación de sus primeros ensayos en el año 1956, la disciplina empieza a adquirir verdadero contenido sistemático partiendo de los principios del procesalismo científico, a luz del derecho comparado y de sus reflexiones sobre la defensa procesal de la constitución (...)...”* (Derecho Procesal Constitucional Peruano, Domingo García Belaunde, Págs. 65 y 66).

Es decir, a partir del entrecruzamiento del derecho constitucional con el derecho procesal al que abrumadora euforia consideran que el derecho procesal constitucional viene a constituir una novedosa, autónoma como ajena a ambos derechos, el material o sustantivo y el formal o (instrumental), que encontramos en la propia Constitución, sin advertir como lo dice Juan Monreal Gálvez que la Constitución está conformada, en sus aspectos fundamentales, por normas instrumentales. Queremos decir así que el proceso constitucional es tributario del derecho procesal en general, participando de sus instituciones que recogidas dentro de nuestro derecho positivo interno en el Código Procesal constituye normatividad supletoria e integradora como expresamente lo reconoce el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

4.

El Proceso en general y en abstracto constituye un todo sostenido por la ciencia procesal basada en principios que le dan al proceso coherencia y racionalidad. De allí que Eduardo J. Couture expresa *“...Toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y ese principio es, en sí mismo un partido tomado en elección entre varios análogos que el legislador hace, para asegurar la realización de la justicia enuncia la Constitución...”*

(Estudios de Derecho Procesal T III, pág. 51). Agregan a su turno Jorge W. Peyrano y Julio C. Chiappini *“...La condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso recibe el nombre de derecho procesal constitucional. No se trata de una rama autónoma del derecho procesal sino una cierta posición científica, de un punto de vista metodológico y sistemático desde el cual se puede examinar el proceso en sus relaciones con la Constitución...”* (Estrategia Procesal Civil, pág. 203).

5.

Volviendo al tema de la inconstitucionalidad demandada y estando a lo precedentemente considerado es preciso analizar la especialidad requerida en el numeral 7 del artículo 203 de la vigente Constitución Política del Perú para poder apreciar que estamos en un caso de legitimidad para obrar activa extraordinariamente contemplada por la citada norma constitucional, pudiéndose por el distinguir en el proceso ordinario la existencia de dos clases de legitimidad para obrar activa: ordinaria, otorgado en general a todo justiciable y la extraordinaria otorgada por la ley a personas expresamente determinadas por ésta; en cambio tratándose del proceso constitucional, la legitimidad para obrar activa a que se refiere el referido artículo 203 de la Constitución es, no cabe duda, la

legitimidad extraordinaria a que hacemos referencia y por tanto quienes la ejercitan con correspondiente demanda tienen que ser sólo y necesariamente las personas que el texto de la ley señala a exclusividad. En este caso debemos subrayar que estamos reafirmando que dicha extraordinaria legitimidad del citado artículo constitucional nace, mas allá que de la ley, de la propia Constitución Política del Estado. Y si esto es así significa entonces que si la demanda constituye ejercicio del derecho de acción para requerirle al propio Estado la expulsión de una norma con categoría de ley, solo puede hacerlo quien o quienes específica y expresamente están autorizados por la norma, lo que entraña la imposibilidad de llegar a una sentencia de mérito si la demanda ha interpuesta por persona no autorizada, aun cuando dicha demanda por error haya sido admitida a trámite. Decía Chiovenda que no puede dictarse una sentencia sobre el tema de fondo propuesto cuando ésta llevaría a una imposible ejecución; en el presente caso creo yo que la falta de legitimidad activa entraña la ausencia de interés en el demandante para exigir lo que la ley le tiene reservado a otras personas con exclusividad. Si por el “*nemo iudex sine actore*” exigimos la formulación necesaria de una demanda para que pueda existir proceso, el “*sine actione agere*”, vale decir la falta de acción en el demandante, o la ausencia de titularidad en cuanto a la pretensión constituye un condicionamiento para que solo el señalado extraordinariamente con dicha titularidad por la ley sea quien puede presentar la demanda y ninguna otra persona. Omar Cairo Roldán en su obra “Justicia Constitucional y Proceso de Amparo” señala en la página 65, en lo referente a la legitimidad para obrar activa extraordinaria, lo siguiente: “...*El derecho de acción es la atribución de todo sujeto de derecho para pedir al Estado que resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre ambigüedad de relevancia jurídica. El Estado, en consecuencia, tiene el deber de brindar tutela jurisdiccional a un sujeto que ejerza el derecho de acción mediante el acto procesal llamado demanda. Sin embargo, esta tutela solo podrá consistir en un fallo válido sobre el fondo cuando en la demanda esté presente además de otros elementos, la legitimidad para obrar...*”.

Es en razón de esta imposibilidad de llegar a un pronunciamiento de mérito, aun cuando la demanda de inconstitucionalidad en el presente caso haya sido admitida a trámite, irregularmente, que procede como expresión de salvamento la declaración invalidatoria de oficio, recurriendo a la aplicación supletoria del artículo 121 del Código Procesal Civil en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que prevé la integración a que hacemos referencia. Esta es la denominada en la doctrina sentencia inhibitoria que obliga al Juez, por excepción, no obstante haber aplicado el saneamiento procesal que prohíbe la vuelta a la discusión sobre la temática de la validez de la relación procesal, a un pronunciamiento inhibitorio para anular todo o parte del actuado por no poder decir en su decisión el derecho que corresponde desde que la demanda merece la calificación de improponible. Y esto, repetimos, se da ante la imposibilidad de una decisión de fondo porque sería ésta inejecutable. Precisamente este Tribunal en el Exp. N.º 10168-2006-PA, evacuó una sentencia de 7 de marzo del año en curso en cuyo fundamento 3, dijo “... *la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República... se ha pronunciado a favor de la nulidad de oficio... conforme al artículo 121 del Código Procesal Civil... todo Juez, incluyendo los de la Corte Suprema, tiene competencia para pronunciarse mediante decisión debidamente motivada, sea declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal. En igual sentido el artículo 176 del mismo cuerpo normativo establece la facultad de los Jueces incluidos los de la Corte Suprema, para pronunciarse de oficio respecto de las nulidades insubsanables...*”. En el presente caso, afirmamos que la demanda de inconstitucionalidad debió ser rechazada in limine por no corresponderle al Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima la legitimidad para obrar activa que extraordinariamente contempla el artículo 203 de la Constitución Política

del Estado por ausencia de la especialidad a la que se refiere el numeral 7º del dispositivo constitucional citado.

6.

En este tema de la legitimidad para obrar extraordinaria en razones de especialidad, señala Osvaldo Alfredo Gozaíni en cuanto al necesario interés de los Colegios Profesionales para poderse constituir titulares de la legitimidad extraordinaria activa, a fojas 135 – 136 de su obra “Los problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales”, que “...*Una modalidad de ellos aunque con matices que lo singularizan son los intereses de categoría (también llamados profesionales) que se encuentran*

y determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, Médicos, Abogados, Escribanos, Ingenieros, Arquitectos, etc.). Almagro los analiza como intereses sociales (variante de los difusos), con la peculiaridad que cuando actúan, la individual parece heroica ante el poderío del problema que enfrenta, siendo preferible esta acción del grupo para fortalecer la consecución de los fines de interés sectorial...”.

7.

De lo que acabamos de exponer queda claro que la legitimidad procesal o para obrar es la identificación que exige que quienes están en el proceso y actúan en él como parte tienen que ser personas que conformaron la relación sustantiva o material subyacente, todo esto visto desde luego desde un orden que podríamos calificar de normal, lo que significa también que extraordinariamente la ley pueda otorgarle legitimidad para obrar activa a personas distintas a las que formaron parte de esta relación sustantiva. Significa entonces que la legitimidad procesal activa extraordinariamente necesariamente nace de la ley y aleja la posibilidad de llevar al proceso a las personas que ordinariamente pueden hacer actividad procesal satisfaciendo las exigencias de la legitimidad procesal ordinaria, es decir cualquier justiciable que considera la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional en requerimiento de tutela jurídica, persona que por tanto como lo señalara Peyrano le permite cualquiera demandar a cualquiera, por cualquier cosa y con cualquier grado de razón, incluso hasta sin ella extremadamente, lo que significaría y significa que hay demandas que inician un proceso pero que en la sentencia tendrán que ser rechazadas por infundadas. Pero recalamos que cuando la legitimidad para obrar activa es extraordinaria, necesariamente nace de la ley y por tanto solo pueden ejercitar derecho de acción quienes están llamados como demandantes por la propia disposición de la exclusividad que encierra la aludida legitimidad extraordinaria nace de la propia Constitución Política en el caso de autos. Hemos dicho concretamente por tanto que cuando la legitimación extraordinaria la ejercitan personas no llamadas para este encargo, el Juez que admite la demanda se descalifica para una decisión de fondo al momento de sentenciar.

8. El artículo 203 de la Constitución Política del Perú establece que:

“...están facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado;
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad...”

Es evidente que la Constitución ha establecido quiénes tienen la legitimidad para obrar activa extraordinaria como condición de la acción de inconstitucionalidad, siendo el artículo citado excluyente y específico. El inciso 7) del artículo 203° de la carta magna agrega, como novedad frente a las Constituciones ya derogadas, la legitimidad a los Colegios de Profesionales, estableciendo, como límite, que éstos están legitimados para demandar sólo y exclusivamente en lo que concierne a su especialidad. ¿Y cuál es la especialidad de los Colegios Profesionales?. Específicamente tenemos que precisar cuál es la especialidad de los Colegios de Abogados como instituciones en atención a sus fines e intereses corporativos, distintos de los intereses que puedan abrigar los Abogados que conforman la institución por tratarse de personas naturales distintas a la persona jurídica que los integra.

9.

Los Colegios Profesionales, de acuerdo con nuestra Constitución, se definen como instituciones autónomas de Derecho Público Interno, lo que quiere decir que su creación, a diferencia de

asociaciones y sindicatos, está sujeta a la decisión del legislador a través de una ley. La obligatoriedad de la colegiación está ineludiblemente vinculada con el ejercicio de una profesión determinada; esta imbricación justifica su previsión constitucional. La Constitución, además de definir la naturaleza jurídica de estas instituciones corporativas también les reconoce un aspecto importante como es el de su autonomía. No obstante, la autonomía reconocida a estas instituciones no puede significar ni puede derivar en una autarquía; de ahí que sea importante poner en relieve que la legitimidad de los Colegios Profesionales será posible solo y en la medida que su actuación se realice dentro del marco establecido por nuestro ordenamiento constitucional. En dicho sentido la especialidad está referida al ámbito en que se desarrolla cada Colegio Profesional, así como a los aspectos gremial, administrativo, ejercicio profesional de los agremiados, etc., lo que quiere decir que cuando dicho artículo los legitima para interponer una demanda de inconstitucionalidad lo hace en la razón de que la ley que se cuestiona puede afectar el ámbito en el que se desarrolla como ente regulado por la determinada ley. Un ejemplo de ello es la demanda de inconstitucionalidad recaída en el expediente 0027 – 2005 – AI, interpuesta por el Colegio de Periodistas del Perú contra la Ley N° 26937, expedida por el Congreso de la República, que establece la no obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio profesional del periodismo. En este caso se evidencia que la norma impugnada es directamente vinculada con la agremiación de los profesionales especializados en periodismo (legitimidad activa extraordinaria). En casos contrarios el Tribunal Constitucional declaró improcedente demandas de inconstitucionalidad por falta de legitimidad para obrar extraordinariamente activa del Colegio demandante. Así por excepción tenemos que la decisión recaída en el expediente 0005-2005-AI/TC, en el que el Colegio de Abogados de Ica demandó la inconstitucionalidad de la Ley N.º

28427, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005, resolución en la que sostuvo que *“...debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en Derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en el ordenamiento jurídico...”*.

Ese mismo criterio sirvió de fundamento para rechazar las demandas de inconstitucionalidad recaídas en los expedientes: 006-2005-AI, 011-2005-AI, 018-2005-AI, 009-2006-AI/TC, entre otras.

10. Para el caso de los Colegios de Abogados debemos tener en cuenta que la Real Academia Española ha definido al Abogado como el licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en todo proceso judicial como labor mayormente recurrida, siendo el Colegio de Abogados la institución de derecho público interno con autonomía suficiente que reúne a estos profesionales para la defensa del gremio en todos los temas referidos al libre ejercicio de la abogacía, correspondiéndole institucionalmente no sólo la defensa gremial sino el control que la sociedad le encomienda de la conducta de los colegiados para lo que al crearse se fijan estatutariamente facultades de gobierno y de legislación interna como administrativa, verbigracia, disciplina, con lo que se quiere decir que el referido Colegio no es especialista en la materia. Consecuentemente al no tener dicha especialidad específica no puede indiscriminadamente cuestionar todas o cualquiera ley que da el Congreso de la República. Entonces los Colegios de Abogados carecen de legitimidad para demandar indiscriminadamente la inconstitucionalidad de cualquier ley como en algunos casos suelen pretender. Esto explica que el numeral 7° del citado artículo 203° de nuestra Constitución, tratándose de los Colegios Profesionales de Abogados, que existen en todo el territorio nacional, en número aproximado de 28, distinga la legitimación activa a solo en razón de la **"materia de su especialidad"**, lo que nos obliga al rechazo – que puede ser liminar – cuando la ley acusada de inconstitucionalidad por el Colegio de Abogados demandante no constituye tema de especialidad. Si bien los Colegios de Abogados agremian profesionales en derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sino solamente aquellas que regulen materias propias de cada una de estas agrupaciones de profesionales; esto quiere decir que si alguna ley atenta, o contraviene el ejercicio, autonomía, agremiación, etc. de éstos, podrán cuestionarla puesto que

afectación es directa a materia de su especialidad, es decir cuando entra el juego de interés colectivo a que se refiere el profesor Gozaíni.

11. Aparte de la consideración de la especialidad de los Colegios Profesionales es de rigor precisar que la Constitución quiere, y no podría ser de otra manera, con la literatura utilizada, señalar a los Colegios por cada una de las profesiones existentes, es decir, un Colegio de Abogados con alcance nacional, igualmente Colegio de Ingenieros, un Colegio de Arquitectos, un Colegio Médico, un Colegio de Enfermeros, etc. y no como en el caso de los Abogados los 28 Colegios sectoriales que existen en la República puesto que ello significaría en abstracto que el Tribunal Constitucional se podría ver actualmente en la necesidad de conocer 28 demandas por cada Colegio de Abogados en relación a una misma ley y que si los Colegios de Abogados en todo el territorio de la República no fueran 28 sino 500 o 1,000, por decir alguna cifra expansiva, también el Tribunal tendría que ver en repetición un número igual de demandas sobre la misma ley. Es evidente pues que cuando el referido inciso 7° del artículo 203 de la Constitución le da extraordinariamente la legitimidad para obrar activa a los Colegios Profesionales según especialidad, se está refiriendo a las agrupaciones profesionales que representan un interés común con alcance nacional. La especialidad se encuentra entonces en lo que le corresponde a cada Colegio Nacional Profesional y no a la dispersión de Colegios que puedan existir y existen dentro de la República tratándose de los Colegios de Abogados. Lo contrario significaría la recusación de la ley extraordinaria expresamente contemplada por la norma constitucional citada.

12. Pero lo precedentemente expuesto no es todo en referencia al tema en análisis desde que en nuestro devenir histórico tenemos expresiones que corroboran la señalada autoridad de un solo Colegio a nivel nacional. Así el artículo 308 del derogado Decreto Ley 14605 – Ley Orgánica del Poder Judicial publicado el 26 de julio de 1963, permitió que para cada Distrito Judicial exista un Colegio de Abogados, llegando a contarse actualmente 28 Colegios de Abogados con alcance sectorial. Ante la aludida dispersión de Colegios de Abogados la ya inexistente Federación Nacional de Abogados agrupaba a los Colegios de Abogados de la República) reunida en la Segunda Conferencia Nacional de Decanos de Colegios de Abogados del Perú (octubre 1967) solicitó al gobierno de turno reconocimiento legal como una entidad única; así es como el derogado Decreto Ley 18177 – “*A petición de los Decanos creó la Federación de Colegios de Abogados*” - 14 de abril de 1970 -, que en el artículo 1° precisó: “...*La Federación Nacional de Abogados del Perú representa a la profesión de abogados en todo el país...*”. Concordante con ello el artículo 2 del mismo decreto ley señaló en su inciso 1 que era atribución de la mencionada Federación representar a la profesión de abogado en todo el país. El artículo 290° de la Ley Orgánica del Poder Judicial que entró en vigencia el año 1991 también permitió la existencia de un Colegio de Abogados por cada Distrito Judicial, hecho que se repitió en el artículo 285° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, publicado el 02 de junio de 1993. Frente a la publicación de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial bajo esas mismas condiciones en lo referido a los Colegios de Abogados se publicó el Decreto Ley 25892, que derogó el Decreto Ley 18177 (27 de noviembre del año 1992) y en su segunda disposición transitoria disolvió la Federación Nacional de Abogados para regular de manera precisa en sus artículos del 1° al 4° que la Junta de Decanos ostenta la representación a nivel nacional para la defensa del gremio. La Constitución Política del Perú, vigente desde 1993, al señalar que los colegios profesionales pueden demandar la inconstitucionalidad de una norma solo en materia de especialidad partió a no dudar de los precedentes normativos citados, lo que lleva a considerar que el texto constitucional en análisis está referido a la titularidad de solo instituciones profesionales con alcance nacional. En el caso de los Abogados es incuestionable pues que antes de la entrada en vigencia de la Constitución actual tuvo ese alcance nacional la Federación Nacional de Abogados del Perú y que ahora, dentro del vigor de la Constitución de 1993, la representación nacional de los

abogados no le corresponde a ninguno de los colegios de abogados sectoriales existentes y dispersos en el territorio de la República, en número de 28, sino a la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

13. El Decreto Ley 25892 establece:

Artículo 1:

A partir de la vigencia del presente Decreto Ley, los Colegios Profesionales que no sean de ámbito nacional tendrán una Junta de Decanos.

Artículo 2:

Son atribuciones de las Juntas de Decanos las siguientes:

inciso 1: Coordinar la labor institucional y dirimir los conflictos que pudieran surgir entre los respectivos Colegios;

inciso 2: Promover y proteger, a nivel nacional, el libre ejercicio de la profesión correspondiente

inciso 3: Fomentar estudios de especialización en las respectivas disciplinas y organizar certámenes académicos; y,

inciso 4: Ejercer las demás atribuciones que señale la ley y los estatutos pertinentes.

Artículo 4:

Las Juntas de Decanos que se constituyan conforme a lo dispuesto en el presente Decreto ley, aprobarán sus respectivos estatutos...

Este Decreto fue reglamentado por el Decreto Supremo N.º 008-93-JUS, que dispone que los Colegios Profesionales que no sean de nacional tengan una Junta de Decanos, y es muy preciso en su artículo 2º cuando señala:

a) **Representar** a la profesión correspondiente ante los organismos nacionales e internacionales.

Por su parte el Estatuto de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, aprobado en Asamblea de Instalación de la Junta de Decanos de fecha 25 de junio del 2,003, en su artículo 1º, señala que toma como base legal formación las normas antes referidas y en su artículo 3 y 5 establece que:

Artículo 3:

La Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú es el máximo organismo representativo de la profesión de Abogado, ante los organismos del sector público y privado e instituciones profesionales, gremiales y de cualquier otra índole, dentro del país y en el exterior.

La representación a que se refiere el párrafo anterior es imperativa y no requiere por tanto ratificación de ningún otro organismo, y es ejercida por el Presidente de la Junta de Decanos, por sus personeros legales, o por quienes en cada caso designe el Consejo Directivo.

Título III: De sus atribuciones:

Artículo 5: (...)

d) Promover, proteger y defender a nivel nacional el libre ejercicio de la profesión de abogado.

Para este caso sui generis de dispersión de Colegios de Abogados son pues de aplicación el Decreto Ley 25892, el Decreto Supremo N.º 008-93-JUS y el Estatuto de la Junta de Decanos a que me he referido precedentemente. De ellos extraemos en conclusión que es la Junta de Decanos representada por su Presidente la que tiene representación frente a organismos nacionales o internacionales, vale decir entonces, que la facultad de demandar ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad alguna ley, que como tal tiene alcance nacional, recae precisamente sobre el que Preside la corporación nacional cuando se trata de la especialidad referida. Es decir, el inciso 7º del artículo 203 de la Constitución Política del Perú exige un representante nacional por cada profesión puesto que, sin ninguna distinción legitimidad extraordinaria para demandar la inconstitucionalidad sin especialidad la tiene el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo.