



ANEXO DE JURISPRUDENCIA

**CURSO “PRINCIPIOS DE LA PREVENCIÓN
ESTRATÉGICA DEL DELITO”**

UNIDAD II: POLÍTICA CRIMINAL Y PREVENCIÓN DEL DELITO

- SENTENCIA EXP.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

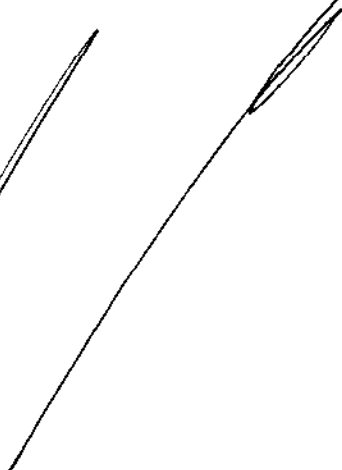
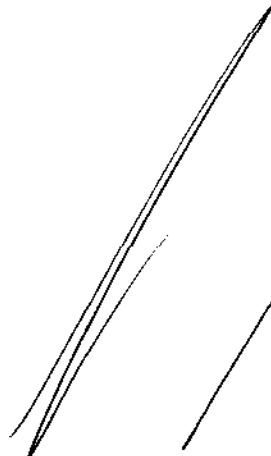
§5. Examen de constitucionalidad del artículo 173.3 del Código Penal respecto del derecho a la igualdad

§6. Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad

V. FALLO



28





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 173°, 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 reprochable. 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 interviene 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 párrafo 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 173º, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por las siguientes consideraciones:

Demanda de Inconstitucionalidad

1. Con fecha 3 de abril de 2012 diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, argumentando que tal norma 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, al acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como la interdicción de la arbitrariedad en materia penal (*ultima ratio* en la aplicación del Derecho Penal) y la protección preferente del interés superior de los niños y adolescentes.

Se advierte que los demandantes persiguen que se declare la inconstitucionalidad de la citada disposición, debiéndose como consecuencia de ello dejar 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 libre desarrollo de la personalidad*, 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) *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 de *intimidad y vida privada* de los adolescentes, puesto que 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

respecto de infecciones de transmisión sexual.

- iv) *El derecho a la igualdad y a no ser discriminado*, pues la norma cuestionada establece una regulación de razonabilidad cuando diferencia entre 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 promueve 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) *El principio de lesividad, de proporcionalidad y finalidad de las penas*, así como el carácter subsidiario del Derecho Penal.

Contestación de la demanda

2. El Procurador del Congreso de la Republica contesta la demanda considerando que ésta debe ser declarada infundada, argumentando que no contraviene la Constitución del Estado ni por el fondo ni por la forma, total o parcialmente, tampoco directa o indirectamente.
3. Señala también que existe una interpretación de la disposición penal impugnada que es conforme a la Constitución y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Republica mediante Acuerdo Plenario y que ha sido realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Republica mediante el Acuerdo Plenario N° 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* y de *indubio pro legisladore*, no puede considerarse que la disposición cuestionada sea inconstitucional.
4. Asimismo expresa 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, puesto que si bien expresa que es legítimo sancionar gravemente las relaciones sexuales realizadas con violencia, coerción o aprovechamiento de una posición dominante, mas aun si se trata de adolescentes, también señala que se debe expulsar la disposición penal impugnada del ordenamiento, trayendo esto como consecuencia que para tales casos se va a tener que aplicar los tipos penales establecidos para la violación sexual de mayores, los cuales contemplan sanciones menos severas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Delimitación del Petitorio

5. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad del artículo 1º de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173º, inciso 3) del Código Penal. Este artículo establece lo siguiente:

“Modifícanse 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.”

6. Le corresponde entonces a este Colegiado evaluar la constitucionalidad de la disposición cuestionada, siendo necesario analizar si existe una intervención injustificada en el ámbito constitucional de los derechos invocados por los demandantes. Es así que considero necesario establecer el objeto de la norma y los derechos fundamentales cuya protección persigue.

Posición del Estado frente a los derechos de los menores

7. La Constitución Política del Perú señala en su artículo 4º que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.” (subrayado y resaltado agregado)

8. Asimismo el artículo 43º del Código Civil señala que:

Son absolutamente incapaces:

- 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

El artículo 44º establece que:

Son relativamente incapaces:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

9. El Código de los niños y Adolescentes establece en los artículos I y II del Título Preliminar que:

“Artículo I: 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.”

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.”

Artículo II: Sujeto de derechos.-

El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.

Asimismo el artículo IV del mismo cuerpo legal establece que:

“Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes.”

El artículo IX de la referida norma señala que

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

El artículo 4° del Código del Niño y de los Adolescentes señala que:

“El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación."

10. Finalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada, mediante Resolución Legislativa N° 25278 de fecha 3 de agosto de 1990, señala en su Preámbulo que:

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

(...)

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

(...)

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (subrayado agregado)

Asimismo en el artículo 1° y 3° de la misma Convención se expresa que:

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.

Artículo 3°.-

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

11. Es claro entonces que el Estado, considerando la especial posición de los menores, ha buscado su protección a través de políticas estatales, normativas, etc, expresando un especial tratamiento que solo busca ser una garantía que blinde a los menores de cualquier atentado a sus derechos fundamentales.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad

12. La Constitución Política del Estado reconoce el derecho al libre desarrollo en el artículo 2, inciso 11. Sobre este derecho ha afirmado este Tribunal lo siguiente:

El derecho al libre desarrollo 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.

13. Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a 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.
 14. La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento “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.” (Exp. 03901-2007-PA/TC)
-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

15. Es bien cierto que, como sucede con otros derechos fundamentales, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un *orden constitucional*, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.
16. En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.
17. Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable. En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24º, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad [fund. jur. 5].
18. La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio.
19. Ese es el caso en el que se encuentra el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por un lado, en la medida en que el mismo derecho no se encuentra sujeto a una reserva de ley y, por otro, que las facultades protegidas por este tampoco se encuentran reconocidas de manera especial en la Constitución [como sucede, por el contrario, con las libertades de tránsito, religión, expresión, etc.], el establecimiento de cualquier clase de límites sobre aquellas potestades que en su seno se encuentran garantizadas debe efectuarse con respeto del principio de legalidad.
20. Ciertamente, los niveles de protección que han revestido constitucionalmente los derechos fundamentales no se agotan con las "garantías normativas" [reserva de ley y legalidad]. Aunque la Constitución de 1993 no contenga una cláusula semejante a las existente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución española de 1978, en virtud de la cual se establezca que en la limitación de los derechos el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

legislador deberá respetar su contenido esencial, lo cierto es que en nuestro ordenamiento tal limitación de los derechos se deriva de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario.

21. Como este Tribunal lo ha recordado en la STC 0014-2002-AI/TC, el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un “límite implícito [del Poder Legislativo] derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”. Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. “De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción” [Funds. jurs. 94 y 93, respectivamente].
22. En ese sentido, encontrándose el legislador de los derechos fundamentales obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.
23. Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional al cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en sí mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad. (STC N.º 2868-2004-AA/TC)
24. De lo expuesto se advierte que toda limitación impuesta legislativamente solo podrá considerarse constitucional no solo si respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho sino si cumple con el respeto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
25. En el caso de autos encontramos que la normativa cuestionada expresa que:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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."

26. Los demandantes afirman que tal disposición normativa afecta sus derechos los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, al acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, entre otros derechos.

El ente emplazado expresa, entre otros argumentos, que la disposición impugnada no afecta el principio de proporcionalidad, específicamente en cuanto a la idoneidad de la medida, refiere que la mencionada norma busca proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los mayores de 14 y menores de 18 años de edad, considerando que la medida adoptada es idónea. Respecto al principio de necesidad señala que del contenido de la demanda se observa que la citada disposición no plantea una medida alternativa que a la vez sea idónea para proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad entre 14 años y menos de 18, y que a la vez constituya una limitación y/o restricción más benigna al derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que la medida cuestionada no transgrede el principio de necesidad. Finalmente respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto señala el ente demandado que haciendo una comparación sobre el grado de protección al derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, con el grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de su sexualidad, es evidente que la medida cuestionada resulta proporcional superando por ello el test de proporcionalidad.

Análisis de la norma cuestionada

27. Se advierte de la lectura de la norma cuestionada que en puridad ha asumido una medida legislativa tendiente a proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, sancionando con mayor severidad a los que atenten contra ellos. La pregunta sería ¿Con la adopción de dicha medida legislativa para proteger el derecho a la indemnidad o intangibilidad sexual se interviene de manera injustificada y desproporcional el derecho al libre desarrollo de la personalidad en el ámbito del derecho a la libertad sexual? Y tal interrogante surge principalmente porque se considera que la medida legislativa no ha tomado en cuenta el consentimiento de los menores entre 14 y 18 años, afectándose así su derecho a la libertad sexual. La respuesta a dicha interrogante es positiva, puesto que el legislador al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

emitir la disposición cuestionada en su afán de proteger el derecho a la indemnidad sexual ha intervenido el derecho a la libertad sexual de los menores, siendo necesario evaluar –conforme lo ha hecho el proyecto puesto a mi vista– si dicha medida legislativa supera el test de proporcionalidad, debiendo analizar los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

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

28. Aquí evaluaremos si la medida legislativa adoptada es adecuada para lograr tal fin. Es así que tenemos que evaluar la relación de medio-fin, esto es si la medida legislativa adoptada cumple el fin propuesto por el legislador. En tal sentido si tenemos que el fin o propósito de la disposición cuestionada principalmente es la protección de derecho a la indemnidad sexual, constituyéndose éste en el bien jurídico tutelado por el derecho penal. ¿Qué es el derecho a la indemnidad sexual? Conforme lo expresa el proyecto en mayoría, 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 incompreensión del comportamiento” [DIEZ RIPOLLES. Jose Luis, “El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual” en: Anuario de Derecho Penal, N° 1999-2000, p. 14].

29. Por ende con la medida legislativa adoptada evidentemente se protege el derecho a la indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, puesto que, considerando su especial posición, el legislador ha buscado que queden exentas de cualquier daño derivado de una experiencia sexual, mas aun teniendo presente su estado de “formación” tanto psíquica como física. Por tanto la medida adoptada efectivamente logra dicho objetivo, ya que con ello se expresa a la sociedad que cualquier contacto sexual con menores entre 14 y 18 años será pasible de una sanción, actuando ésta como un efecto desmotivador.

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

30. En esta etapa de análisis es necesario evaluar si existe otra medida alternativa que se constituya en una medida menos gravosa al derecho intervenido (derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

31. Es así que el legislador al asumir determinada posición que afecte o restrinja en mayor o menor grado un derecho fundamental debe siempre evaluar todas las alternativas posibles a efectos de que para sancionar determinada conducta criminalizada se intervenga un derecho fundamental de la manera menos aflictiva.
32. A mi juicio considero que la disposición cuestionada ha sido la alternativa menos gravosa asumida por el legislador, puesto que al considerar que los menores entre 14 y 18 años de edad tienen una especial posición frente al Estado corresponde a éste asumir la posición más garantista a sus derechos, por ende al buscar proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores no encuentro una medida alternativa menos gravosa que garantice el derecho a la indemnidad sexual.
33. El proyecto en mayoría considera como una medida alternativa menos gravosa el “que se 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.” Respecto a dicha alternativa tomada como medida menos gravosa al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, considero de suma importancia expresar lo siguiente en atención a que considero no solo errada dicha alternativa sino también peligrosa:
- a) No solo la legislación nacional sino la legislación internacional han considerado a los menores como sujeto de derecho y de especial protección, puesto que por su “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Es así que no existe duda respecto a que los menores entre 14 y 18 años de edad, están en etapa de formación, por lo que su madurez tanto física y mental aun no se encuentran definidas, razón por la que el Estado asume el rol de protector y garante de sus derechos fundamentales.
 - b) Por ello mi pregunta sería ¿es válido el solo consentimiento del menor entre 14 y 18 años de edad, para que se exima de una sanción penal a una persona que tenga *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?* ¿Podríamos afirmar que el consentimiento de un menor entre 14 y 18 años de edad no se encuentra viciado y no puede ser objeto de manipulación o inducción por parte de otra persona?. Para mí las respuestas a estas interrogantes son capitales, ya que ello constituirá la razón por la que se puede considerar la medida adoptada como mas gravosa al derecho al desarrollo de la personalidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Respecto a la primera interrogante considero que el solo consentimiento de un menor entre 14 y 18 años de edad no puede ser considerado como válido, ya que precisamente por encontrarse en etapa de formación (física y psíquica) merece protección del Estado, no pudiendo considerar que su consentimiento implica una decisión pensada y razonada de manera adecuada. En tal sentido el expresar que el consentimiento de un menor exime de sanción penal a otra persona adulta, es grave y en algunos casos puede resultar hasta perjudicial para estos menores. Por ello es que el Estado –a través de la norma cuestionada– persigue la protección de la indemnidad sexual que es muy diferente a la libertad sexual, ya que precisamente conscientes de la falta de madurez de los menores se busca apartarlos de cualquier manipulación que los lleve a decidir tener relaciones sexuales sin juzgar las posibles consecuencias y peor aun sin advertir las reales intenciones de quien los induce a ello.

Respecto a la segunda interrogante expreso que precisamente la falta de madurez –por encontrarse en formación– de los menores entre 14 y 18 años, los hace vulnerables a efectos de que sean inducidos o engañados con el objeto de tener relaciones sexuales, siendo presa fácil de personas inescrupulosas que buscan aprovecharse sexualmente de éstos. Por ende si bien la medida legislativa adoptada es limitativa de los derechos de los referidos menores, no encuentro una medida alternativa menos gravosa a su derecho, puesto que el considerar como medida alternativa el despenalizar las relaciones sexuales sin violencia por el solo consentimiento de estos menores implica la desprotección por parte del Estado de estos menores, quienes no tienen la suficiente madurez física ni psicológica, haciéndolos –repito– vulnerables a personas inescrupulosas que pueden obtener un consentimiento que en sí ha sido manipulado o inducido, y hasta muchas veces comprado.

- c) Finalmente considero necesario señalar que existen casos en los cuales –sin duda– el consentimiento sea válido y real, en atención a que se acreditará la existencia de una relación sentimental en la cual no ha existido manipulación por parte de un tercero, supuestos que deberán ser evaluados y ponderados –caso por caso– por el juez penal que analice la causa, ya que no puede aplicarse de manera indiscriminada la norma penal, debiendo existir criterios válidos y constitucionales que ameritaran un ponderado estudio del juzgador.

34. En tal sentido la norma supera el sub principio de necesidad al no advertirse una medida menos gravosa al derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

35. Este sub principio implica 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” (STC N° 0023-2005-PI/TC). En otras palabras se busca un equilibrio entre el grado de satisfacción de un derecho y la afectación de otro derecho, de manera que la afectación no sea desproporcionada.
36. Considero que si bien la medida legislativa tiene una intervención en el derecho a la libertad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, de intensidad grave, también el grado de satisfacción de los bienes jurídicos que se pretende proteger a través de la medida legislativa adoptada es de intensidad elevada, puesto que principalmente se busca proteger el derecho a la indemnidad sexual de los menores entre 14 y 18 años de edad, desmotivando –con la sanción penal– la comisión de dicho delito, transmitiendo a la sociedad la preocupación del Estado por la búsqueda del bien para estos menores que por encontrarse en estado de formación no tienen la capacidad para decidir de manera libre y razonada.
37. Por lo expuesto la medida adoptada supera este sub principio, por lo que considero que la norma cuestionada no es inconstitucional, razón por la que la demanda debe ser desestimada por infundada.
38. Finalmente considero que no es necesario evaluar el sentido interpretativo propuesto por el emplazado, esto es 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*, puesto que dicho sentido interpretativo no se infiere de manera alguna de la disposición cuestionada.
39. No obstante lo expuesto considero que tal disposición trae consigo gran responsabilidad para los jueces penales del país, ya que deben evaluar los casos de manera razonada y ponderada, a efectos de no cometer excesos ni arbitrariedades.

Por las razones expuestas mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 1° de la Ley N° 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3) del Código Penal.

S.

VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

VICTOR ALFONSO ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Con el debido respeto que me merece la opinión de mis colegas al suscribir el proyecto en mayoría, disiento del mismo por lo que procedo a emitir el presente voto singular:

1. En efecto, con fecha 3 de abril de 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad y de los derechos sexuales como expresión de este; el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación por motivo de edad. Precisan también que existen afectaciones concretas que se pretenden invisibilizar con la modificación generada por el artículo 1 de la Ley N° 28704, las cuales serían los derechos a no ser privado de información, al acceso a servicio de salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes.
2. Atendiendo a la pretensión, lo que se persigue a través de la presente acción de inconstitucionalidad es que se deje sin efecto la penalización de “todo acto sexual consentido” ocurrido entre personas adolescentes de 14 a 18, con lo cual queda claro que nuestro pronunciamiento está dirigido a verificar si la ley materia de control resulta vulneratoria a derecho constitucional de los adolescentes.
3. A tal efecto nos remitimos a la norma cuestionada el mismo que a la letra dice:

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 parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la 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.*
4. Del texto de la norma y atendiendo a la pretensión, en efecto la Ley N° 28704, publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, con fecha 05 de abril de 2006, modificó el artículo 173° del Código Penal, - abuso sexual de menores de 14 años- mediante la cual se amplía la protección legal establecida solo para los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N° 00008-2012-PI/TC

LIMA

10609 CIUDADANOS

menores de catorce años de edad, por lo que a partir de su dación la protección también alcanza a los adolescentes entre catorce años de edad y menos de dieciocho; de esta forma mantener relaciones sexuales con un o una adolescente constituiría delito.

5. Al respecto nos remitimos al precedente legislativo, donde podemos advertir que en la formulación original el artículo 170° del Código Penal de 1991 respecto a los delitos sexuales estaba considerado como tipo base que tutelaba la libertad sexual, pues protegía el bien jurídico libertad sexual, mientras que el artículo 173 del texto original, tutelaba la indemnidad sexual, pues sancionaba el delito sexual contra los menores de 14 años. Según el texto original, el Código Penal Peruano sancionaba las agresiones sexuales contra los menores de 14 a 18 años a través del artículo 170° equiparando la pena a la violación sexual de adultos, cuando en realidad, materialmente por la condición de minoría de edad de la víctima, las agresiones sexuales contra menores resultaba mucho mas reprochable; no habiendo el legislador tomado en cuenta la Convención sobre los Derechos del Niño que había sido ratificada por el Perú un año antes de la promulgación del Código Penal.
6. La Convención sobre los Derechos del niño ratificada por el Perú mediante Decreto Ley N° 25278 del 04 de agosto de 1990, es el primer instrumento internacional jurídico vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales sobre los derechos del niño; y que, a partir de la suscripción por el Estado peruano, éste se obligó a brindar una mayor y preferente protección a los niños, niñas y adolescentes, los que son considerados como menores de edad hasta los 18 años. Así en su artículo 19°, la Convención reconoce la obligación de los Estados partes a adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño como toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual del que fueran víctima los menores de edad.
7. La Convención reconoce cuatro principios fundamentales como son: la no discriminación, el interés superior del niño, la supervivencia, el desarrollo, y la participación. Además debe tenerse en cuenta que desde el año 2001 se cuenta con el Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337) que obliga al Estado a brindar una atención integral a los niños, niñas y adolescentes maltratados o víctimas de violencia sexual, cuyo artículo I del Título Preliminar establece que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir, los 18 años de edad. Es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

en esa normatividad interna donde también se reconoce como principio, el “interés superior del niño”, por el cual el Estado peruano está obligado a estipular y llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño, conforme lo ha establecido este mismo Tribunal en uniforme jurisprudencia. Asimismo el artículo VII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, reconoce como fuente de interpretación y aplicación, a la Convención sobre los Derechos del niño.

8. Es como consecuencia de esta legislación supranacional e interna, que se incorpora un nuevo valor en la política criminal del Estado peruano, como es el de brindar a través de la ley penal (sustantiva, procesal y de ejecución), una mayor protección penal a los niños, niñas y adolescentes de las agresiones sexuales. Con la dación de la Ley 28251 se introdujo una serie de modificaciones en el Código Penal relativas a la prostitución infantil, a la pornografía infantil, y a la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del turismo. Asimismo se modifica el artículo 170 del Código Penal, incorporándose como circunstancia agravante del delito la violación de la libertad sexual (tipo base), el hecho de que la víctima sea menor de 14 a 18 años (tipo agravado). De esta manera a partir de esta modificatoria legal, el legislador penal distingue claramente las agresiones sexuales contra menores de edad de las producidas a mayores de edad y además, que las agresiones sexuales a menores de edad son mucho más graves y reprochables que las agresiones sexuales a mayores de edad (18 a más), por tanto ya no era posible sancionar un caso de abuso sexual de una menor de edad (14 a 18) como si fuera un caso de violación real de mayor de edad. Esta ley resulta relevante, pues a partir de ella, se establece el trato diferenciado a favor de una mayor protección penal de los menores de edad.
9. Este cambio de diferenciar las agresiones sexuales de menores de edad de las de adultos y de sancionar con mayor dureza los primeros fue a consecuencia del cumplimiento de la convención de los Derechos del Niño. Como se aprecia, el mayor reproche penal del abuso sexual de menores de edad se sustenta en garantizar su mayor protección, lo que se empieza a lograr con la modificación del Código Penal a través de la Ley 28251.
10. Mediante la Ley N° 28704 publicada el 05 de abril de 2006, se modifica el Código Penal y se traslada la agravante de la víctima menor de edad (14 a 18 años) del artículo 170, al inciso 3) del artículo 173, dándose de esta forma cumplimiento al compromiso internacional de la Convención del Niño y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

maximizando la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a los abusos sexuales.

11. Como podemos advertir, del texto original del Código Penal, el objeto de la norma por medio del artículo 173 se tutela el bien jurídico indemnidad sexual, y con la modificatoria hecha por la Ley N° 28704, la conducta de agresión sexual de menores reguladas en el artículo 170 (libertad sexual) pasaba ahora a ser considerada dentro de los delitos contra la indemnidad sexual del artículo 173°. Esta modificatoria legal marcó mucho más la diferencia entre los delitos de abuso sexual de víctimas menores de edad del caso de las víctimas mayores de edad, lo que se reflejó además en la mayor penalidad y prohibición de beneficios penitenciarios para los primeros, promoviendo con ello una mejor protección a los niños, niñas y adolescentes, garantizando así una mayor eficacia preventiva general y especial de los delitos de abuso sexual de menores, aspectos que no han sido tomados en cuenta en el voto en mayoría.

12. Este Tribunal en su STC N° 0012-2010-PI resolviendo la demanda inconstitucionalidad interpuesta en contra del artículo 2° y primer párrafo del artículo 3° de la Ley 28704, apuesta por la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4° de la Constitución y en la Declaración de los Derechos del Niño, mediante la cual se ha expresado que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”; así tenemos que en su fundamento 29) señala:

...[p]or su parte, los bienes constitucionales que procuran ser optimizados por vía de dicha intervención en la igualdad, eliminando el acceso a determinados institutos que reducirían el quantum de ejecución de la pena impuesta, son: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores, b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que las penas se cumplen en su totalidad en el caso de este delito, así como c) generar un primer efecto reeducador en el delincuente que incurra en éste.

Asimismo en su fundamento 30), precisa que “[a] juicio de este Tribunal, los tres bienes que buscan satisfacerse gozan de un valor importante en el sistema constitucional. En particular, la búsqueda de desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de edad tiene un peso axiológico intenso que justifica el trato diferenciado. Ello en razón de las siguientes consideraciones:

- a) El menor de edad se encuentra en comparación al mayor de edad, en una situación de inferior desarrollo psicosomático, lo que genera una menor capacidad de juicio y de resistencia física. Esta fue una consideración fundamental en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 1386 (XVI), del 20 de noviembre de 1959, y reiterada en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Legislativa N° 25278, de fecha 3 de agosto de 1990, y que entró en vigencia para el Estado peruano el 4 de octubre del mismo año. En ella se señala que el “ el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Asimismo, es básicamente esta consideración vinculada a la vulnerabilidad del niño y del adolescente, la que lleva al Código Civil a considerar al menor de 16 años, salvo en circunstancias extraordinarias, un incapaz absoluto (artículo 43° del Código Civil), y al menor entre 16 y 18 años, un incapaz relativo (artículo 44° del Código Civil).

- 6) Desde una perspectiva normativa, el niño y el adolescente no se encuentran, en abstracto, en una situación jurídica comparable con la de un adulto, toda vez que el artículo 4° de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger “especialmente al niño”. En este precepto reside la constitucionalización del denominado “interés superior del niño”, que no es sino la exigencia de asumir *prima facie* y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos. Asunto que, entre otras cosas, se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, interpretar el Derecho de forma tal que resulten optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios *pro homine* y *favor debilis*.

En relación con ello, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Este Tribunal ha considerado que de ello se desprende que tales funcionarios estatales deben estar dotados de una especial sensibilidad a la hora de resolver los problemas en que pudieran encontrarse envueltos [los menores de edad]; bien se trata de aspectos que pudieran calificarse de sustantivos, bien de asuntos que pudieran caracterizarse como procesales” (STC 0052-2004-PA/TC. Fundamento 8).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

c) El deber de especial protección del menor de edad encuentra sustento, asimismo, en el hecho de que la Constitución, en tanto compendio normativo de valores, debe ser apreciada también como un *ideal regulativo*, es decir, como un postulado normativo que confía en que el futuro siempre debe ser apreciado como una oportunidad para que la realidad social se asemeje cada vez más al ideal que la Constitución normativamente postula y exige. El presente está protegido por la Constitución, pero ella en su vocación de ser “vívida” cada más por la comunidad que gobierna, observa el futuro como una oportunidad para ser menos requerida, no en razón a un menor compromiso social con sus postulados valorativos, sino, por el contrario como consecuencia de ser cada vez más eficaz sin necesidad de ser aplicada coactivamente. Esa vocación y esperanza puesta en un mañana mas constitucionalizado de lo que está el presente, que este Tribunal aprecia en la Norma Fundamental, que exige hoy un particular rigor en el cuidado constitucional de los niños y adolescentes. Este es el fundamento trascendental que subyace a la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4° de la Constitución, y es, entre otras cosas, la razón por la que en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, se ha expresado con acierto “ que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.

13. Sin embargo esa protección justificada de parte del legislador de proteger a los menores de 18 años de los abusos de parte de los adultos, no permitió observar que la medida también restringe el libre desarrollo de la personalidad en su amplia expresión de los menores adolescentes, quienes en busca de su desarrollo y exploración de vida sexual mantienen relaciones sexuales con el peligro de que producto de ello la menor salga embarazada y ello conlleve a que el menor de 14 a 18 sea considerado con infractor y por ello purgue una pena privativa de la libertad de 25 años, cuando en dicha exploración operó el consentimiento mutuo.
14. Que el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo IX del Título preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, ha establecido que “ *toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio de interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos*”. Siendo que dentro de ese respeto está el derecho a su libre desarrollo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

de su personalidad y atendiendo a las estadísticas respecto al inicio sexual de los adolescentes en comparación con otros países que el inicio sexual de los adolescentes se inicia a los 12 años; al respecto el Perú no es ajeno a ello, tal es así que se ha permitido la entrega de métodos anticonceptivos en los colegios, con lo cual demuestra que el inicio sexual de los adolescentes es evidente, máxime si los mismos adolescentes se expresan señalando que la ley debe favorecerlos y no perseguirlos; esto demuestra una clara omisión de parte del legislador respecto a la inimputabilidad de las relaciones sexuales entre menores de 14 a 18. Sin embargo dicha omisión no puede permitir que se declare la inconstitucionalidad de la norma, pues atentaría contra el bien superior del niño y lo establecido en la convención de los derechos del niño ratificado por el Perú, pues no solo se estaría despenalizando al menor infractor (14 a 18 años), sino también a los mayores de 18 años.

15. Siendo esto así, y si bien es cierto la norma materia de control al disponer que las relaciones sexuales con un menor de 14 a 18 años será reprimido con pena no menor de 25 ni mayor de 30 años, no está diferenciando si el agente es menor o mayor edad, omisión que no puede conllevar a una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, pues esta ha sido emitida para proteger a los menores de 14 a 18 años de los abusos sexuales cometidos por adultos, con lo cual se estaría atentando contra el bien superior del niño y en contra de la convención de los derechos del niño ratificado por el Perú, pues no solo se estaría despenalizando al menor infractor (menor de 14 y menor de 18 años), sino también a los mayores de 18 años; por lo que se hace necesario sin declarar la inconstitucionalidad del inciso 3) del artículo 173 en stricto, proceder a elaborar una sentencia interpretativa aditiva al haberse determinado la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, procediendo a interpretar el texto que consideramos incompleto por atentar con el bien superior del niño en su libre desarrollo de su personalidad y el respeto de sus derechos.

Por las consideraciones expuestas, mi voto es porque:

1.- Se declare **INFUNDADA** la demanda
2.- **INTERPRETESE**; que el inciso 3) del artículo 173° del Código Penal, conforme a los fundamentos del presente voto y atendiendo a su real pretensión, **no es inconstitucional** siempre que se interprete que:

- La relación sexual consentida entre adolescentes menores de 14 a 18 años **está exenta de responsabilidad penal**;



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

3.- La policía nacional, el Ministerio Público y todos los jueces de la república deben acatar este criterio bajo responsabilidad.

4.- Asimismo, bajo los efectos retroactivos que debe tener la presente sentencia por imperio de la ley más favorable en materia penal, debe revisarse los procesos en los que se haya condenado o procesado a los que se encuentren dentro del alcance de esta interpretación.

5.-EXHORTAR al congreso de la República para que en la brevedad, atendiendo a los fundamentos expuestos, legisle con mayor precisión la diferenciación expresada en la presente sentencia.

6.EXHORTAR al órgano Ejecutivo, al órgano Legislativo, y otros organismos encargados del Estado, se preocupen por desarrollar una mejor educación sexual de la población adolescente así como el respeto a su libre desenvolvimiento dentro de la sociedad.

Sr

CALLE HAYEN

Lo que certifico:

VICENTE ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



UNIDAD III: FUNCIÓN POLICIAL PREVENTIVA

- SENTENCIA EXP.2050-2002-AA-TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento singular, adjunto, del señor Aguirre Roca.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Flor de Milagros Ramos Colque a favor de Carlos Israel Ramos Colque, contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de mayo de 2002, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 29 de diciembre de 2000, en representación de su hermano don Carlos Israel Ramos Colque, interpone acción de amparo contra la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000 y la resolución suprema ficta derivada como consecuencia de la reconsideración formulada, con el objeto de que se declare su inaplicabilidad y se disponga la reincorporación del afectado en el servicio activo de la Policía Nacional del Perú, con todos sus derechos, beneficios, goces y preeminencias inherentes a su grado, así como el abono por el tiempo de su permanencia en situación de retiro hasta la efectivización de su reposición. Refiere que actúa en representación de su hermano por carecer éste de documento de identidad. Manifiesta que a consecuencia de hechos suscitados en la ciudad de Puno con fecha 25 de noviembre de 1998, su hermano, quien se venía desempeñando como Alférez de la Policía Nacional del Perú, fue comprendido en una arbitraria investigación, en la que no se tuvo en cuenta que su condición era la de víctima y no la de agresor. Producto de ella fue sancionado disciplinariamente hasta en tres oportunidades por los mismos hechos: el 3 de enero de 1999 con 6 días de arresto simple; el 12 de enero de 1999 con 15 días de la misma medida y el 4 de octubre de 2000 con el pase a la situación de retiro por medida disciplinaria. En dicho contexto, tampoco se ha tomado en cuenta que el Consejo Superior de Justicia de la IV Zona Judicial de la PNP, con sede en Cusco, no sólo lo absolvió de las supuestas infracciones funcionales, sino que incluso mandó abrir instrucción contra otro efectivo policial, por haber cometido, en su agravio, delito de insulto al superior, conforme lo acredita mediante instrumentales que adjunta.

El Procurador Público del Ministerio del Interior a cargo de los asuntos judiciales de la Policía Nacional contesta la demanda negándola y contradiciéndola, por considerar que el demandante fue pasado a la situación de retiro por medida disciplinaria, a causa de haber incurrido en graves faltas contra el servicio, el honor, el decoro y los deberes policiales. Por otra parte señala que lo resuelto en la vía judicial es independiente y no afecta lo resuelto en la vía administrativa

El Primer Juzgado Especializado en Derecho Público, a fojas 85, con fecha 30 de noviembre de 2001, declaró fundada la demanda, por considerar que, si bien mediante la cuestionada resolución suprema se anularon las sanciones impuestas, ello no implica que no se este frente a la vulneración del principio ne bis in idem, agregando que existe relación de causalidad y dependencia recíproca entre el procedimiento administrativo disciplinario seguido contra el actor y el proceso que se le siguió ante la IV Zona Judicial de la Policía del Cusco.

La recurrida revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, por estimar que en el proceso de amparo no existe etapa probatoria y por ello la posibilidad de tutela de derechos queda condicionada a que el acto lesivo sea manifiestamente arbitrario.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP, de fecha 4 de octubre de 2000, mediante la cual se resolvió pasar al beneficiario de la situación de actividad a la de retiro por medida disciplinaria, lo que se considera que viola su derecho constitucional al debido proceso.
2. Al desestimar la pretensión, la recurrida ha sostenido que la alegada violación del principio del ne bis in idem no es tal, pues las fuerzas armadas y policiales, por su estructura jerarquizada, especialidad y disciplina, se rigen por sus propias leyes, conforme lo establece el artículo 168º de la Constitución y, por lo tanto, el artículo 101º del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP puede disponer que las sanciones impuestas sean elevadas por el Jefe Superior, cuando se considere que la sanción aplicada es insuficiente.
3. Diversos son los temas que detrás del recurso extraordinario se plantean. A saber, a) los alcances del artículo 168º de la Constitución y, en particular, la situación en la que se encuentran las leyes y reglamentos que regulan el status jurídico de los miembros de la Policía Nacional del Perú; b) el régimen jurídico de las medidas disciplinarias aplicables en dicho órgano policial; c) los alcances y el ámbito protegido del principio ne bis in idem y, d) el derecho de defensa y el procedimiento administrativo disciplinario.

§1. Constitución, Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú y Reglamento Disciplinario

Alcances del artículo 168º de la Constitución Política del Estado

4. El artículo 168º de la Constitución preceptúa que "Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú". Mediante dicha disposición, la Constitución ha establecido una reserva de ley para la regulación de todo lo que concierne a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Lo que quiere decir que la Constitución ha encomendado al legislador ordinario para que por medio de una ley ordinaria

o una norma con rango de ley, que cuente necesariamente con alguna forma de intervención parlamentaria en su gestión (v.gr. a través del decreto legislativo) regule las materias a las que se ha hecho referencia.

El artículo 168° de la Constitución, por cierto, no sólo alude a que mediante una ley se regulen las materias que ella señala. También menciona a los reglamentos respectivos. Sin embargo, tal alusión a los reglamentos no puede entenderse en el sentido de que éstos tengan el mismo rango que las leyes para diseñar el ordenamiento jurídico de las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú. A juicio del Tribunal, tal capacidad para regular, mediante reglamento, lo concerniente a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de tales institutos armados, ha de ser *secum legem*; esto es, completando lo que en las leyes correspondientes se establezca.

En segundo lugar, cuando el artículo 168° de la Constitución refiere que la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, habrán de ser determinadas por "las leyes y los reglamentos respectivos"; con ello se enfatiza que el ámbito de los institutos armados y el status jurídico de los profesionales de las armas debe ser objeto de una regulación particular, no en el sentido de conferir privilegios y otorgar inmunidades, sino para legislar asuntos propios de los institutos armados y policiales.

Como tantas veces se ha afirmado, no hay norma jurídica alguna que pueda encontrarse desligada de la Norma Suprema, que es la que preside, informa y fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico. Y de esa situación no se escapan, ni podrían hacerlo, las leyes y reglamentos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. De ahí que el Tribunal Constitucional no comparta el criterio sostenido por la recurrida, según el cual si las leyes y reglamentos que regulan el régimen disciplinario de la PNP establecen que se pueden elevar e imponer sanciones violatorias del principio del *ne bis in idem*, ellas están justificadas en el artículo 168° de la Constitución.

§2. Derechos constitucionales de los miembros de la Policía Nacional del Perú y potestad disciplinaria

5. Sin embargo, tal necesidad de que las leyes y reglamentos de la Policía Nacional del Perú y, en general, de las Fuerzas Armadas, no sean bloques o compartimientos aislados de la Constitución Política del Estado, tampoco quiere decir que el régimen disciplinario militar, en lo que aquí interesa poner de relieve, esté exento de un tratamiento singular, derivado no sólo de la referencia explícita a que las leyes y reglamentos respectivos normen "la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional" (artículo 168° de la Constitución), sino, fundamentalmente, de los principios especiales a los que están sujetos tanto las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional del Perú. Y es que el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un órgano como la Policía Nacional, que

se encuentra estructurado jerárquicamente, impone que los derechos de sus miembros deban sujetarse a determinadas singularidades.

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España, en doctrina aplicable *mutatis mutandis*, en el ámbito policial y "militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales [comunes] , pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar" (STC 21/1981).

6. Las medidas disciplinarias que puede imponerse a los miembros de la PNP, según el artículo 90° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, son: amonestación verbal, amonestación escrita, apercibimiento, arresto simple, arresto de rigor, pase a la situación de disponibilidad y pase a la situación de retiro.

El arresto de rigor como sanción administrativa privativa de la libertad dictada por un funcionario carente de facultades jurisdiccionales

7. Aunque al actor se le haya aplicado inicialmente arresto simple, uno de los temas recurrentes en el ámbito del ejercicio de las potestades disciplinarias en sede policial tiene que ver con el denominado por el Reglamento del Régimen Disciplinario "arresto de rigor". Se trata de una sanción disciplinaria que se aplica al personal de la Policía Nacional del Perú por haber "cometido grave falta que afecte la moral, la disciplina o el servicio policial" y, según expresa el artículo 109° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-97-IN, "impone al infractor la obligación de su cumplimiento sin interrupción en un ambiente especial de la instalación policial indicada por la Superioridad cumpliendo tareas señalada específicamente...".

Está fuera de cualquier duda que el arresto de rigor constituye una sanción administrativo–disciplinaria. Así se la ha contemplado, en efecto, en el Título VI del referido Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, cuyo artículo 90° empieza afirmando que las sanciones mencionadas son, precisamente, "sanciones disciplinarias". Pero no se trata de una simple sanción administrativa, sino de una que, al imponer la obligación de sufrirla en un ambiente especial de la instalación policial indicada por la superioridad, se traduce en una restricción del ejercicio de la libertad personal de los miembros de la PNP. Y lo es, pues, sucede que durante el lapso que dure, deberá cumplirse en un "ambiente especial de la instalación policial".

El problema es, por tanto, analizar si tal sanción constituye una violación del derecho reconocido en el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, que prescribe que "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en

caso de flagrante delito". Con dicho precepto constitucional, entre otras cosas, se garantiza que la detención de una persona, con excepción del supuesto de comisión de flagrante delito, se imponga con respeto del principio de jurisdiccionalidad, esto es, que sea dispuesto necesariamente por un juez competente.

Cabe, no obstante, advertir que tal garantía de la libertad personal no se extiende a cualquier supuesto de restricción, sino que está directamente relacionada con la "detención" de una persona, es decir, con medidas que supongan una privación de la libertad. Evidentemente, ese no es el caso ni del denominado arresto simple ni del denominado arresto de rigor, que más bien constituyen o implican una restricción de la libertad. Y para ambos, no es de aplicación el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, sino su ordinal "b", a tenor del cual "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley".

Ello significa que, en la medida que el arresto simple o de rigor de los miembros de la Policía Nacional del Perú constituyan sanciones disciplinarias y se encuentren previstas en la ley, su imposición por un superior jerárquico no es, per se, inconstitucional. Y es que el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un órgano como la Policía Nacional, que se encuentra estructurado jerárquicamente, exige que medidas de esta naturaleza, en cuanto no impliquen privación de la libertad personal, deban ser entendidas como consustanciales con la naturaleza de la institución a la que pertenecen sus miembros.

El mismo criterio ha tenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien en la sentencia del 8 de junio de 1976, ha establecido limitaciones a esa "acción disciplinaria por lo que se refiere a las garantías procesales, al distinguir entre arrestos que implican una restricción de libertad (los llamados simples y gravados) y aquellos que implican una privación de libertad (arrestos estrictos) y establecer que en estos últimos casos han de aplicarse las garantías procesales contenidas en el artículo 6° del Convenio Europeo, extendiendo así al ámbito disciplinario castrense los derechos propios del orden penal contenidos en dichos artículos" (citado por la STC 21/1981).

De manera que, en principio, no es inconstitucional que el legislador establezca la posibilidad de que funcionarios que carecen de facultades jurisdiccionales puedan imponer las sanciones disciplinarias de arresto simple y arresto de rigor, con el objeto de salvaguardar el principio de disciplina y jerarquía castrense.

Arresto de rigor y violación del principio de legalidad

8. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que el arresto de rigor, regulado por el artículo 95° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.º

009-97-IN, viola el principio de legalidad consagrado por el ordinal "d" del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, según el cual "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".

Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la ley.

El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N.º 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Como se ha señalado, "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como..." ley o norma con rango de ley. (STC de España 61/1990).

9. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168° de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (Derecho administrativo sancionador, Editorial Tecnos, Madrid 1994, Pág. 260), "provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración

del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella".

10. No es ese el caso de lo que sucede con las "faltas" que ameritarían la imposición de la sanción denominada arresto rigor. En primer lugar, el Decreto Legislativo N.º 745, Ley de Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú, simplemente no contemplan los supuestos de hecho considerados como antijurídicos, esto es, las faltas que habilitarían la aplicación de la sanción en referencia. Éstas sólo están previstas en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-97-IN, cuyo artículo 95º remite, a su vez, a diversos apartados del artículo 83º de la norma en mención.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional, por afectar el principio de legalidad, que el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional haya previsto una falta pese a no haber sido prevista por la ley de manera expresa e inequívoca.

11. En igual condición se encuentra la sanción denominada "arresto rigor". Si, como antes se ha dicho, el principio de legalidad exige la predeterminación legal no sólo de las faltas sino también de las sanciones correspondientes, es obvio que al no encontrarse prevista en la ley, la sanción "arresto rigor, impuesta al actor y desprovista de cobertura legal, al ser sólo enunciada en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, también es inconstitucional, por afectar al principio de legalidad, previsto en el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución.

Derecho al debido proceso y sanciones a los miembros de la Policía Nacional del Perú

12. Desde luego, no sólo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquél se deben de respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino que se extiende también a sede "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a

"cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana." (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

Y es que, sostiene la Corte Interamericana, en doctrina que hace suya este Tribunal Constitucional,

"si bien el artículo 8º de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido

estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos."(párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas." (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)].

Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia tienen los derechos de defensa y de prohibición de ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

Arresto de rigor y arresto simple y derecho de defensa

13. Con excepción de los pases a la situación de disponibilidad y a la de retiro por medida disciplinaria, para cuyos casos los artículos 40° y 57° del Decreto Legislativo N.º 745 establecen que "el personal policial deberá previamente ser citado, oído y examinadas las pruebas de descargo...", respecto a la sanción de "arresto de rigor" la norma no precisa nada.

A su vez, si bien el artículo 99° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú establece que "Las sanciones, se aplicarán dentro de las formas, límites y procedimientos señalados en este Reglamento...", tampoco el Reglamento garantiza que las sanciones a que haya lugar, sean la consecuencia de un previo procedimiento administrativo disciplinario, en el cual se respeten las garantías mínimas que integran el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a ser informado de los cargos que se imputan y de ejercer la defensa.

Como este Tribunal lo ha señalado en el Exp. N°. 1003-1998-AA/TC, "La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales". Por ello, la Administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman.

No obstante, la necesidad de que en la aplicación de una sanción administrativa se respeten las garantías mínimas del derecho al debido proceso, tampoco es garantizada por las reglas establecidas en los artículos 131° y siguientes del mismo Reglamento, toda vez que allí simplemente se precisa que los Consejos de Investigación "son organismos permanentes

encargados de estudiar y determinar la responsabilidad administrativa-disciplinaria del personal de la Policía Nacional...".

Más aún, si hemos de atenernos a una interpretación literal del artículo 88° del referido Reglamento [según el cual "(...) Las faltas que revistan gravedad serán sancionadas previa investigación"], es posible advertir incluso que las sanciones sobre faltas consideradas por el superior como no graves, como por ejemplo el arresto simple, no detalla la necesidad de que se realice una previa investigación.

Tal situación, vulnera el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución, por cuanto permite que los miembros de la Policía Nacional sean objeto de sanciones administrativas, sin que previamente ejerzan sus derechos constitucionales procesales básicos y, particularmente, el derecho de defensa.

14. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional no considera que el derecho de defensa en tales casos deba ser ejercido en idénticas condiciones a las del proceso penal ordinario. Ello porque, como antes se ha indicado, "en el ámbito militar, (...) el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la no reacción frente a las infracciones de la disciplina militar". Pero tal singularidad justifica el extremo opuesto, es decir, que no sea de recibo el reconocimiento y respeto del derecho a no quedar en un estado de indefensión total.

Por tanto, el Tribunal considera que es lícito que el legislador realice un tratamiento diferenciado en función del tipo de falta que se cometa. Y así, por ejemplo, si se trata de una falta leve, disponga que la autoridad o superior que tenga competencia para sancionar una falta leve deba seguir un procedimiento preferentemente oral, en el que se verifique la exactitud de los hechos, se garantice el derecho de defensa y, de ser el caso, la resolución de sanción adoptada le sea notificada por escrito al procesado. Y, en caso se trate de una falta grave, que el procedimiento sea escrito y que se garantice el derecho de defensa, además de otras garantías absolutamente imprescindibles con el tipo e intensidad de la sanción que pudiera imponerse.

15. Las mismas consideraciones, mutatis mutandis, se aplican al caso del denominado arresto simple. Según el artículo 95° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, tal sanción disciplinaria "es aplicado[a] por faltas que no revisten gravedad o por incurrir en alguna de las señaladas en el presente reglamento y que afecten a la moral, la disciplina o el servicio policial", en tanto su artículo 108° establece que "El arresto simple impone al infractor la obligación de su cumplimiento sin interrupción, en la Unidad donde presta servicios o donde lo señale la superioridad, sin menoscabo del servicio que debe cumplir...".

Que su imposición actual se realiza con desconocimiento del derecho de defensa, se comprueba con el sentido interpretativo del artículo 88° del referido Reglamento, según el cual "(...) Las faltas que revistan gravedad

serán sancionadas previa investigación"; es decir, las faltas consideradas por el superior como no graves, como por ejemplo sucede con el arresto simple, serán sancionadas sin necesidad de una previa investigación.

A juicio del este Colegiado, ni siquiera la necesidad de preservar los principios de disciplina y jerarquía de la Policía Nacional del Perú justifica que las sanciones disciplinarias respectivas que puedan dictarse a sus integrantes se impongan sin respetar el derecho de defensa. Autoridad, disciplina y respeto del principio de jerarquía no puede entenderse como franquicia para sancionar en condiciones de indefensión.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional que, en la medida en que el recurrente fue sancionado con arresto simple, y entre tanto no se dicte una ley compatible con la Constitución, las faltas que se encuentren legalmente previstas deberán sancionarse con la realización de un previo procedimiento administrativo disciplinario que, de no contar con reglas específicas de tramitación, habrá de sujetarse a lo que dispone el artículo 239° de la Ley N.° 27444, esto es, aplicándose las garantías del debido proceso administrativo, regulado por la Ley del Procedimiento Administrativo General antes citado.

§3. Ne bis in idem y sanciones a los miembros de la Policía Nacional del Perú. El pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria

16. Por otro lado, se ha cuestionado la infracción del principio del ne bis in idem. A juicio del recurrente, tal violación se habría producido como consecuencia que, pese a haber sido sancionado originalmente con 6 días de arresto simple [la que después se amplió a 15 días], con posterioridad, mediante la Resolución Suprema N.° 0544-2000-IN/PNP, se dispuso su pase de la situación de actividad a la de retiro por medida disciplinaria.

Por tanto, a juicio del Tribunal, dos son, prima facie, las cuestiones que deben analizarse. Por un lado, los alcances que en el Decreto Legislativo N.° 745 se ha dado al pase a la situación de retiro y, de otro, si con su aplicación al recurrente, se afectó o no el derecho a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho.

Antes, sin embargo, el Tribunal Constitucional considera necesario evaluar la sanción disciplinaria del pase a la situación de disponibilidad, toda vez que, por un lado, ésta precede a la del pase a la situación de retiro; y, de otro, para determinar si, en el caso, la administración policial violó el principio de proporcionalidad al sancionar con el pase a la situación de retiro, no obstante existir una sanción como el pase a la situación de disponibilidad.

El pase a la situación de disponibilidad de los miembros de la Policía Nacional del Perú

17. El recurrente alega que se le ha pasado a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria. Dicha sanción disciplinaria está delimitada por el artículo 40° del Decreto Legislativo N.° 745, a tenor del cual se aplicará "por faltas graves contra el servicio, cuando la conducta del personal policial afecte el honor, decoro, deberes policiales y por actos de hostigamiento

sexual, independientemente de la sanción penal que pudiera corresponderle, si el hecho o hechos que se le imputan legalmente están previstos como delito, previa recomendación del Consejo de Investigación...".

Sin embargo, el pase a la situación de disponibilidad no sólo tiene la naturaleza de medida disciplinaria. El artículo 41º del mismo decreto legislativo prevé la posibilidad de que se pueda pasar a dicha situación a un miembro de la PNP, cuando así lo disponga una resolución judicial que haya quedado consentida y ejecutoriada, y sancione con separación temporal del servicio como pena principal o accesoria, o con pena privativa de la libertad...". Es decir, también constituye una sanción judicial y, además, se puede aplicar incluso cuando, pese a no haberse señalado en la sentencia que el pase a la situación de disponibilidad constituye parte de la pena (principal o accesoria), el miembro de la Policía Nacional haya sido condenado con pena privativa de la libertad.

Este Tribunal no considera que sea inconstitucional el pase a la situación de disponibilidad de un efectivo policial, luego que éste fue condenado mediante resolución judicial firme a pena privativa de la libertad pues, como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España, si "la tarea propia de la policía... es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial", entonces, "la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir...pues no cabe disociar totalmente la ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento (...). La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía ... es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe el principio ne bis in idem." (STC 234/1991).

Menos aún puede cuestionarse la legitimidad constitucional del pase a la situación de disponibilidad porque, además de ser una sanción disciplinaria, también puede constituir una pena principal o accesoria, impuesta a través de una resolución judicial que haya quedado consentida y ejecutoriada.

Sí, en cambio, el Tribunal considera que es inconstitucional el artículo 40º del Decreto Legislativo N.º 745, en la parte que estatuye que el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria puede aplicarse "si el hecho o hechos que se (...) imputan legalmente están previstos como delito". En tal supuesto, a diferencia de lo preceptuado por el artículo 41º del mismo decreto legislativo, el pase a la situación de disponibilidad como sanción disciplinaria no es consecuencia de que al sancionado se le haya impuesto una condena a través de una resolución judicial que haya quedado firme; sino del hecho que simplemente se le haya imputado (y no declarado judicialmente) la comisión de un delito. Este Colegiado considera que así entendida la posibilidad de aplicar tal sanción disciplinaria, es violatoria del principio de presunción de inocencia, pues resulta claro que, con la sola

imputación de un delito, tal presunción no pierde sus efectos, sino hasta que exista una declaración judicial de responsabilidad penal.

Ello no quiere decir que se permita que el efectivo policial sujeto a un proceso penal continúe en situación de actividad, pues es perfectamente lícito, si es que se compromete a las tareas constitucionalmente reservadas a la Policía Nacional del Perú, que éste sea pasado a la situación de disponibilidad, durante todo el lapso que dure la realización de dicho proceso judicial. Pero en este último caso, el pase a la situación de disponibilidad no puede entenderse como una medida disciplinaria —pues no hay falta administrativa declarada—, ni tampoco puede considerarse como aplicable el plazo previsto en el artículo 47° del Decreto Legislativo N°. 745, según el cual "No podrá volver a la situación de actividad y pasará a la situación de retiro, el personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, 2 años consecutivos en la situación de disponibilidad". Lo que significa, consecuentemente, que si no existe una resolución judicial que declare la responsabilidad penal del procesado, cualesquiera sean las razones para su dictado, el pase a la situación de disponibilidad deberá revocarse inmediatamente.

Y no puede ser aplicable el artículo 47° del Decreto Legislativo N.º 745, pues una interpretación constitucionalmente conforme de dicho dispositivo debe entenderse como aplicable sólo a los casos de sancionados administrativa o penalmente, pero no para aquellos donde el pase a la situación de disponibilidad debería ser, por decirlo así, una medida cautelar, que tiene por objeto evitar que la actividad del efectivo policial sujeto a un proceso judicial pueda comprometer de una u otra forma la efectividad y eficacia de los servicios y tareas constitucionalmente asignadas a la Policía Nacional del Perú. Y, de otro lado, porque cuando en el artículo 47° del Decreto Legislativo N° . 745 se alude a que no podrá volver a la situación de actividad, "el personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, 2 años consecutivos...", tal referencia a "cualquier causa o motivo" ciertamente no comprende la hipótesis de medida cautelar con que debe entenderse, para este caso, el pase a la situación de disponibilidad, sino, esencialmente, a faltas o delitos declarados mediante resolución judicial firme.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera, que es inconstitucional el artículo 40° del Decreto Legislativo N.º 745, en la parte que establece "si el hecho o hechos que se le imputan legalmente están previstos como delito". Asimismo, es inconstitucional que no se haya previsto la posibilidad de aplicar el pase a la situación de disponibilidad como medida cautelar, en los casos a los que antes ha hecho referencia este Tribunal.

No es el mismo caso, desde luego, si la sanción disciplinaria de pase a la situación de disponibilidad se deriva del hecho de que, con independencia de la imputación de haber cometido un delito —que por si solo no basta para sancionar disciplinariamente—, se adopta como consecuencia de haberse

infringido además intereses legítimos de la institución policial, que se encuentren previstas en la ley como faltas administrativas. Es decir, que esos mismos hechos constituyan la infracción de otros tantos intereses y bienes jurídicos propios de la institución a la que pertenecen. Sin embargo, en tal caso, no es la imputación de un delito la que amerita la imposición de la sanción del pase a la situación de disponibilidad, sino, concretamente, la infracción de reglas disciplinarias.

No obstante, en una hipótesis semejante, el Tribunal Constitucional considera que cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, sólo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), sin embargo, la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial.

Si, por el contrario, se produjese un supuesto de concurso aparente entre la infracción disciplinaria y la infracción penal, esto es, que con los mismos fundamentos se pretendiera sancionar penal y administrativamente a un miembro de la PNP, en ese caso, el procedimiento administrativo disciplinario deberá suspenderse y el órgano administrativo se sujetará a lo que se resuelva en sede judicial. Ello ocurre, especialmente en el ámbito de la jurisdicción militar, pues no sólo tiene competencia para juzgar los denominados delitos de función, sino también para sancionar por faltas disciplinarias previstas en el Código de Justicia Militar y en las leyes de la materia.

El principio del ne bis in idem como contenido del derecho al debido proceso

18. El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del ne bis in idem "procesal", está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual:

"(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:

(...)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".
19. El principio ne bis in idem tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

- a. En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una 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.

El principio del ne bis in idem 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 2º, 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, Fund. Jur. N.º 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 igual 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.

- b. En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), "(...) El principio *ne bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado" (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.

20. En el caso de autos, el recurrente alega haber sido objeto de una doble sanción disciplinaria. A su juicio, el hecho de que se le haya impuesto la

sanción de 6 días de arresto simple [posteriormente elevada a 15 días] y después que se le pasara a la situación de retiro, afecta el principio del ne bis in idem material, toda vez que la segunda sanción se sustentó en los mismos fundamentos que sirvieron a la primera.

21. Por su parte, la demandada sostiene que tal acto administrativo se expidió al amparo de la ley y, especialmente, de conformidad con el Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP. El reglamento, en efecto, establece en su artículo 100° que "Cuando [el Superior] estime que la naturaleza de la falta requiere de una sanción mayor a lo que está facultado, elevará al Escalón Superior un Parte fundamentando, remitiendo la Orden de Sanción impuesta y solicitando la aplicación de una sanción más severa". A su vez, el artículo 101° del mismo Reglamento declara que "Las sanciones impuestas pueden ser elevadas por el Jefe de Escalón Superior, cuando considere que la sanción aplicada es insuficiente"; mientras que su artículo 103°, dispone que "Una sanción puede ser anulada o variada en su naturaleza por el Superior que la impuso o por los Escalones Superiores a éste, previa reclamación fundada y por escrito del subordinado sancionado...".

22. El Tribunal Constitucional considera que, en efecto, la demandada sancionó al recurrente conforme a las normas del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Como se ha visto en el fundamento anterior, efectivamente autorizan al superior jerárquico no sólo a imponer el arresto simple, sino que, una vez impuesta y aplicada tal sanción, ésta pueda elevarse, anularse o variarse.

Pero lo que se cuestiona no es que el acto administrativo reclamado se haya expedido por un órgano incompetente o, acaso, que haya sido dictado con violación de la ley o del reglamento. Lo que se cuestiona es si éste es o no compatible con los derechos constitucionales, que es otra cosa sustancialmente distinta. Y es que, como en reiteradas oportunidades se ha enfatizado, en el amparo no se juzga si un acto se expidió o no de acuerdo a la ley o, acaso, con el reglamento que la desarrolla, sino, esencialmente, si aquél afecta o no el contenido constitucionalmente protegido de un derecho reconocido por la Norma Suprema. Y es que en muchas ocasiones la legalidad de un acto administrativo no es sinónimo de constitucionalidad del mismo, ya sea porque el acto administrativo es expedido al amparo de una norma legal manifiestamente incompatible con la Constitución, o bien porque tratándose de una ley o norma con rango de ley compatible con ella sin embargo, su aplicación riñe con la Lex Legum.

23. Tal es el caso de lo que ha sucedido con el recurrente. Tratándose de un acto administrativo compatible con el Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, ello no significa que el Reglamento –y, por tanto, los actos expedidos a su amparo- se encuentren conformes con la Ley Suprema. De una interpretación sistemática de los artículos 99° y 101° del dicho Reglamento, en efecto, es posible deducir que, a su amparo, basándose en los mismos hechos y por los mismos fundamentos, un miembro de la Policía

Nacional del Perú puede ser sancionado cuando menos dos veces. Así se desprende, por ejemplo, cuando en el artículo 101 del Reglamento se indica que la sanción impuesta puede ser elevada por el Jefe de Escalón Superior, si éste considera que la sanción aplicada, esto es, la que ya se terminó de ejecutar, resulte insuficiente.

Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir, cuando la administración policial, al amparo de dicho precepto reglamentario, anula la sanción anterior e impone una nueva sanción, viola el principio del ne bis in idem pues se trata de una anulación que tiene carácter meramente declarativo, ya "que por mucho que se declare que las anteriores sanciones que se impusieron quedaron sin efecto, la naturaleza de ellas (sanciones administrativas privativas de la libertad) no son sanciones disciplinarias que puedan quedar sin efecto como consecuencia de la declaración de un acto administrativo, dado que éstas se ejecutaron irremediabilmente el día (o los días) que se impusieron".

En definitiva, este Colegiado considera que es inconstitucional la disposición del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP que autoriza que, por un mismo hecho, y siempre que se haya afectado un mismo bien jurídico, se pueda sancionar doblemente; como es inconstitucional que, como sucede en el presente caso, a su amparo se haya pasado al recurrente a la situación de retiro, pese a que sobre los mismos hechos y sobre el mismo fundamento, fue objeto de una sanción disciplinaria previa.

Sobre el particular, se debe dejar claramente establecido que el Tribunal Constitucional no considera que sea inconstitucional el que, con sujeción al principio de legalidad, se habilite la posibilidad de complementar una sanción que, a juicio de las autoridades competentes, resulte manifiestamente insuficiente respecto a los bienes jurídicos que hayan podido quedar afectados como consecuencia de la comisión de una falta. Más aún cuando se trata de una institución que, como la Policía Nacional del Perú, se encuentra informada por principios muy singulares, como los de disciplina y jerarquía, a la que constitucionalmente se encomienda tareas tan delicadas como las de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, y prevenir, investigar y combatir la delincuencia, conforme lo preceptúa el artículo 166° de la Constitución.

Pero una cosa es aplicar una doble sanción por la lesión de un mismo bien jurídico, y otra muy distinta es que, impuesta una sanción que aún no se ha ejecutado, por la gravedad que la falta pueda revestir, ella pueda ser revisada y complementada. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que ni siquiera la especial situación en la que

se encuentran dependientes o funcionarios policiales, autoriza a que el uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre ellos se realice vulnerando los derechos constitucionales básicos de la persona.

Principio de publicidad, publicación de las normas y Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú

24. Finalmente, un tema que este Tribunal Constitucional no puede eludir es el vinculado con la publicación del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Éste, como se ha anotado antes, fue aprobado mediante Decreto Supremo N°. 009-97-IN, publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de febrero de 1998. Su artículo 1° aprueba dicho Reglamento, que, según se desprende de éste, consta de 8 títulos, 9 capítulos, 139 artículos y 8 anexos. Su artículo 2° dispone que dicho Reglamento entrará en vigencia a partir de su publicación. En tanto que su artículo 3° deroga todas las disposiciones que se opongan a dicho decreto supremo. No obstante, y pese a haberse aprobado el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, éste no fue publicado con el decreto supremo N.º 009-97-IN.

A juicio del Tribunal, la omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, constituye una violación del artículo 109° de la Constitución Política del Estado, que establece que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

Si bien dicho precepto constitucional establece que es la "ley" la que tiene que ser publicada, el Tribunal Constitucional considera que en dicha frase debe entenderse, prima facie, a cualquier fuente formal del derecho y, en especial, aquellas que tienen una vocación de impersonalidad y abstracción. A juicio de este Colegiado, la publicación de las normas en el diario oficial El Peruano es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que, una norma no publicada, no puede considerarse obligatoria.

Detrás de la exigencia constitucional de la publicación de las normas se encuentra el principio constitucional de la publicidad, que es un principio nuclear de la configuración de nuestro Estado como uno "Democrático de Derecho", como se afirma en el artículo 3° de la Norma Fundamental. Y es que lo que verdaderamente caracteriza a un sistema democrático constitucional es su naturaleza de "gobierno del público en público" (N. Bobbio), en el cual, por tanto, en materia de derecho público, la regla es la transparencia, y no el secreto.

Además, la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial El Peruano, está directamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, pues sólo podrán

asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de éstos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas.

La Constitución no deja al ámbito de la discrecionalidad del legislador reglamentario la regulación de esa efectiva oportunidad de conocer las normas jurídicas. Exige, por el contrario, y mínimamente, que éstas tengan que ser publicadas en el diario oficial. Por ello, estima el Tribunal que no se cumple tal exigencia, y no se satisfacen los principios de publicidad y seguridad jurídica, si la publicación sólo se realiza respecto a las normas que aprueban un reglamento, mientras el mismo permanece oculto.

En consecuencia, en la medida que la disciplina de la Policía Nacional del Perú interesa a toda la comunidad, y que un requisito de la validez del Reglamento de su Régimen Disciplinario es que éste sea publicado, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional que contra el recurrente se haya aplicado un reglamento no publicado en el diario oficial El Peruano.

Ley de Situación de la Policía Nacional del Perú y necesidad de expedirse una sentencia exhortativa

25. Hasta antes de esta sentencia, en un amparo o, en general, en un proceso constitucional de la libertad, jamás el Tribunal Constitucional ha puesto el pronunciamiento expedido en conocimiento directo de sujetos distintos de los que participan en la controversia constitucional, toda vez que éstas tienen, prima facie, efectos inter partes, aunque sus criterios jurisprudenciales vinculen a los jueces y tribunales, tal como lo dispone la Primera Disposición General de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la naturaleza de esta resolución y, sobre todo, de los problemas constitucionales advertidos en torno al Decreto Legislativo N.º. 745 y al Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, que, dicho sea de paso, no son los únicos, recomiendan, además de notificar la presente sentencia a las partes, a ponerla en conocimiento de los órganos constitucionales respectivos a fin de que se contemple la conveniencia de introducir las modificaciones correspondientes en el Decreto Legislativo N.º 745 y en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, que permitan su adecuación a los derechos y principios constitucionales.

Después de todo, un pronunciamiento de esta naturaleza obedece a la concepción, sustentada por este Tribunal en el Exp. N.º. 0976-2001-AA/TC, de que la Constitución no es un ordenamiento neutral o desprovisto de valores fundamentales, desde el mismo momento que ha introducido un conjunto de derechos fundamentales. Por ello, este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la

dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella su orientación y su impulso.

Esto significa que los derechos fundamentales no sólo tienen una vertiente subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional y, en esa condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción. En esa medida, el Tribunal considera que el amparo no sólo puede entenderse como un proceso en cuyo seno se diluciden problemas que atañen únicamente a las partes que en él participen, sino como una acción de garantía en la cual subyace un orden público, representado por los derechos constitucionales cuya defensa, en el ámbito de su competencia, la Norma Suprema ha encomendado al Tribunal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida que, revocando la apelada, declaró improcedente la acción de amparo; y, reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000, y ordena que se reincorpore al demandante a la situación de actividad, con el reconocimiento de sus derechos y prerrogativas inherentes a su grado. Exhorta, de conformidad con el Fundamento jurídico N.º. 21 de esta sentencia, a los poderes Legislativo y Ejecutivo para que, en un plazo razonable, adecuen las normas del Decreto Legislativo N.º. 745 y el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú a los principios y derechos constitucionales. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial El Peruano y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
AGUIRRE ROCA
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

FUNDAMENTO SINGULAR DE VOTO DEL MAGISTRADO AGUIRRE ROCA

Emito este fundamento singular, porque, si bien concuerdo con el FALLO o parte dispositiva de la correspondiente SENTENCIA, considero necesario dejar constancia de que, de un lado, discrepo, con el debido respeto, del último párrafo del FUNDAMENTO 18, pues opino que la imposición, adelantada, de sanciones administrativas, sin perjuicio del deber de revisarlas, en todo o en parte, a la luz del eventual fallo final del respectivo proceso jurisdiccional, no es, per se, inconstitucional; y, b) porque no encontrando suficientemente clara la tesis que sobre el principio del non bis in idem se expone, del párrafo segundo al último — incluyendo ambos extremos— del FUNDAMENTO 23, creo necesario precisar que no considero inconstitucional la facultad que permite imponer, a lo largo de un proceso administrativo inacabado, diversas sanciones sucesivas y de naturaleza complementaria, a condición de ir subsumiendo las más antiguas en las menos antiguas, de suerte que aquéllas puedan considerarse "a cuenta" de éstas. Por lo demás, dada la importancia especialísima que reviste el factor "disciplina" en los institutos armados y policiales, la facultad glosada líneas arriba, no sólo no parece inconstitucional, sino que se antoja que, en ciertos casos, puede resultar indispensable.

Las discrepancias restantes se relacionan con otros FUNDAMENTOS, pero como se refieren más a aspectos formales, que a criterios constitucionales, pienso que no es necesario consignarlas.

SR.

AGUIRRE ROCA

UNIDAD IV: FUNCIÓN FISCAL PREVENTIVA DEL DELITO

- CASACIÓN Nº 1-2011-PIURA
- DISPOSICIÓN FISCAL-CARPETA68
- DISPOSICIÓN FISCAL-INGRESO 428
- SENTENCIA8087-2006-PA-TC
- RESOLUCIÓN EXP.1497-2011-PHC-TC
- SENTENCIA EXP.832-2011-PHC-TC
- RESOLUCIÓN EXP.469-2013-PHC-TC

UNIDAD IV: FUNCIÓN FISCAL PREVENTIVA DEL DELITO

- CASACIÓN N° 1-2011-PIURA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN. N° 01-2011
PIURA

SENTENCIA CASATORIA

Lima, ocho de marzo de dos mil doce.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación por la presunta inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal interpuesta por el Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior de Apelaciones de Piura contra la resolución de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez de fojas cuarenta y ocho, que revocó la resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez -que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria-, y reformándola declararon la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, formulada por el imputado Elmo Alejandro Carbajal Chong; derivado de la investigación preparatoria que se instauró contra el mencionado encausado por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado; interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores.

ANTECEDENTES

Primero: Que, mediante disposición fiscal número cero cero dos – dos mil diez, de fecha treinta de abril de dos mil diez, se formalizó la investigación preparatoria contra Elmo Alejandro Carbajal Chong y Héctor Panta Panta por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado, conforme se advierte de la resolución judicial de fecha treinta de mayo de dos mil diez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN. N° 01-2011
PIURA

Segundo: Que, el imputado Elmo Alejandro Carbajal Chong solicitó al Juez de la Investigación Preparatoria, la nulidad de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, de lo cual se corrió traslado al Ministerio Público, conforme se advierte de la resolución judicial de fecha siete de junio de dos mil diez, obrante a fojas cuatro.

Tercero: Que, el Juez del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, mediante resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, obrante a fojas seis, declaró improcedente la nulidad contra la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, formulada por el encausado Elmo Alejandro Carbajal Chong.

Cuarto: Que, mediante auto de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas cuarenta y ocho, se revocó la resolución de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez -que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria, formulada por el imputado Elmo Alejandro Carbajal Chong, derivado de la investigación preparatoria que se instauró contra el mencionado encausado por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado-; y reformándola: declararon la nulidad de la disposición fiscal que formalizó la investigación preparatoria, y ordenaron, que el representante del Ministerio Público proceda a evacuar una nueva disposición fiscal con las observaciones anotadas.

Quinto: Que, mediante Ejecutoria Suprema de calificación de casación, de fecha veintitrés de junio de dos mil once, obrante a fojas catorce del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, se declaró bien concedido el recurso de casación por inobservancia de garantía

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN. N° 01-2011
PIURA

constitucional de carácter procesal, cuyo ámbito se circunscribe a desarrollar doctrina jurisprudencial sobre la posibilidad o no de que se pueda cuestionar vía nulidad, la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria.

Sexto: Que, deliberada la causa en sesión pública y producida la votación en la fecha, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público –con las partes que asistan-, conforme a la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día veintinueve de marzo de dos mil doce, a las ocho horas con treinta minutos.

CONSIDERANDOS

Primero: Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fecha veintitrés de junio de dos mil once – auto de calificación de casación-, obrante a fojas catorce del cuadernillo formado en esta instancia Suprema, el motivo de casación excepcional admitido está referido a determinar si es posible que se pueda cuestionar vía nulidad, la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria.

Segundo: Que, para efectos de resolver lo que es materia de pronunciamiento debe reseñarse lo siguiente:

1) el inciso cinco del artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Perú, le confiere al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, esto es, la atribución de ejercitar la acción penal de

oficio o a petición de parte; de igual forma el inciso uno del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal establece que *"El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio (...)"*.

ii) el Libro Primero, Sección IV, Título I, Capítulo I del Código Procesal Penal, establece las funciones, atribuciones y obligaciones del Ministerio Público, así en el inciso uno del artículo sesenta se establece *"El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial"*; en el inciso uno del artículo sesenta y dos se precisa *"El Fiscal actúa en el proceso penal con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación"*; en el inciso dos del mismo artículo se establece *"Conduce la investigación Preparatoria(...)"*; mientras que en el artículo sesenta y cuatro se precisa *"El Ministerio Público formulará sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores"*.

iii) el Libro Segundo, Sección I, Título I, Capítulo III, artículo ciento veintidós del Código Procesal Penal, establece *"El Ministerio Público, en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula requerimientos (...) Las Disposiciones se dictan para decidir: a) el inicio, la continuación o el archivo de las actuaciones. (...). Las Disposiciones y los Requerimientos deben estar motivados(...)"*.

iv) el Libro Primero, Sección I, artículo tres del Código Procesal Penal, precisa que *"El Ministerio Público comunicará al Juez de la Investigación*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN. N° 01-2011
PIURA

Preparatoria su decisión formal de continuar con las investigaciones preparatorias"
(formalización de investigación preparatoria).

v) el Libro Tercero, Sección I, Título I, artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Penal, establece la finalidad de la Investigación Preparatoria, señalándose que *"La Investigación Preparatoria persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado"*; mientras que el artículo trescientos treinta y seis del Título Tercero de la Sección y Libro antes mencionado del Código Procesal Penal, regula la formalización y continuación de la Investigación Preparatoria, indicándose que *"Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria (...) La disposición de formalización contendrá: a) el nombre completo del imputado; b) los hechos y la tipificación específica correspondiente. El Fiscal podrá, si fuera el caso, consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de esa calificación; c) el nombre del agraviado, si fuera posible; y, d) las diligencias que de inmediato deben actuarse (...)".*

vi) Que, el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil diez/CJ – ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, trató el tema de "Audiencia de Tutela", estableciéndose como doctrina jurisprudencial en su décimo octavo fundamento, que no era posible cuestionar la Disposición de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN. N° 01-2011
PIURA

Formalización de la Investigación Preparatoria a través de una Audiencia de Tutela, esto es, activar una vía de control judicial de la referida disposición fiscal, por cuanto, la vía de tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa que se encuentran enumerados en el artículo setenta y uno del Código Procesal Penal, indicándose que la vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha; siendo relevante para el presente caso, cuando se precisó lo siguiente: "(...) debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de atipicidad a través de la excepción de improcedencia de acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente".

Tercero: Que, se encuentra establecido que la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Penal otorgan al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, esto es, plena facultad de persecución de los delitos y el deber de la carga de la prueba, para lo cual asume la

conducción de la investigación desde su inicio; precisándose que en el ámbito de su intervención en el proceso, dicta Disposiciones y Providencias, y formula Requerimientos, siendo que una vez realizadas las diligencias iniciales o preliminares de investigación, y si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que el Fiscal realizó aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, emitirá la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, lo cual le deberá comunicar al Juez de la investigación Preparatoria, conforme al artículo tres del Código Procesal Penal.

Cuarto: Que, por tanto, si bien es cierto el inicio de la investigación preparatoria es decisión unilateral del Ministerio Público a través de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, conforme a lo establecido en el artículo trescientos treinta y seis del Código Procesal Penal, también lo es, que para dicho efecto debe actuar con independencia de criterio y sujetándose a la Constitución y la Ley (debida motivación de las resoluciones judiciales), lo cual se cumplió en el presente caso respecto a la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria en cuestión formulada contra Elmo Alejandro Carbajal Chong por el delito de lavado de activos en agravio del Estado (sustentada concretamente en que el veintisiete de diciembre de dos mil ocho adquirió la embarcación denominada "Esperanza en Cristo II" por la cantidad de noventa mil dólares americanos, pese a que en un proceso penal por difamación en donde declaró en calidad de testigo, manifestó que se dedicaba a la labor de albañilería y por lo cual percibía mil nuevos soles mensuales, por tanto, sus ingresos no justificarían la capacidad económica para adquirir dicho

bien inmueble); empero la Sala de Apelaciones consideró lo contrario, sustentando la revocatoria que se cuestiona, en que no se había meritado los documentos aportados por el imputado mediante el derecho de defensa y principio de contradicción que le asiste (ver considerando quinto de la resolución de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas cuarenta y ocho), efectuando así una labor de valoración de los elementos de convicción sobre su suficiencia y credibilidad, que no corresponde al acto procesal de Tutela de Derechos, sino a la etapa intermedia o sentencia.

Quinto: Que, de otro lado, el artículo ciento dieciséis del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que "*Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad (...)*", en ese sentido, es de mencionar que en el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil diez/CJ – ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, se estableció que no es posible cuestionar la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, esto es, activar una vía de control judicial de la referida disposición fiscal; en consecuencia, debe cumplirse con dicho Acuerdo vigente mientras no sea modificado, conforme lo dispone el artículo trescientos uno – A del Código de Procedimientos Penales; no obstante lo señalado, es de precisar que en los próximos días del presente año, se llevará a cabo el I Pleno Jurisdiccional Extraordinario Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el que se volverá a debatir este extremo de controversia.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon **FUNDADO** el recurso de casación para desarrollo de la doctrina jurisprudencial por la causal de inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal interpuesto por el Fiscal Adjunto Superior de la Tercera Fiscalía Superior de Apelaciones de Piura.

II. En consecuencia, conforme al inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal: declararon **NULA** la resolución de vista de fecha dos de noviembre de dos mil diez, obrante a fojas cuarenta y ocho, que revocó la de primera instancia de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas seis, que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria interpuesta por el investigado Elmo Alejandro Carbajal Chong, en el proceso que se le sigue por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado; y reformándola declaró la nulidad de la disposición fiscal que formaliza la investigación preparatoria y ordenaron que el representante del Ministerio Público proceda a evacuar una nueva Disposición Fiscal.

Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **CONFIRMARON** la resolución de primera instancia de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, obrante en copia certificada a fojas seis, que declaró improcedente la nulidad de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria interpuesta por el investigado Elmo Alejandro Carbajal Chong, en el proceso que se le sigue por el delito de lavado de activos, en agravio del Estado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN. N° 01-2011
PIURA

III. ESTABLECIERON de conformidad con el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, como doctrina jurisprudencial, que no es posible cuestionar la Disposición de Formulación y Continuación de la Investigación Preparatoria, conforme a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Ejecutoria.

IV. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. MANDARON que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al Órgano Jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene la señora Jueza Suprema Villa Bonilla, por el período vacacional del señor Juez Supremo Pariona Pastrana.

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

VILLA BONILLA

NF/rjmr

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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

UNIDAD IV: FUNCIÓN FISCAL PREVENTIVA DEL DELITO

- DISPOSICIÓN FISCAL-CARPETA68



MINISTERIO PÚBLICO
TERCERA FISCALÍA PROVINCIAL ESPECIALIZADA EN PREVENCIÓN DEL DELITO
DEL DISTRITO JUDICIAL DE LA LIBERTAD
TRUJILLO

CARPETA FISCAL NRO. 2306014903-2012-68-0

DISPOSICIÓN FISCAL N°. 01-2012

Trujillo, nueve de marzo de
dos mil doce. -----

DADO CUENTA: Con la denuncia preventiva presentada por el Comité Nacional de Residencia Médico –CONAREME- debidamente representado por su Presidente Dr. Raúl Pedro Suárez Álvarez, actuando en su Representación el Secretario ejecutivo Dr. Fernando Jesús Cerna Iparraguirre, contra la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, para prevenir la comisión del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Estafa en agravio de los Postulantes al llamado Proceso de Admisión al Residencia Médico 2012 –UPAO.

I.- DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Que, mediante escrito presentado a este Despacho Fiscal el denunciante Dr. Raúl Pedro Suárez Álvarez, actuando en su Representación el Secretario ejecutivo Dr. Fernando Jesús Cerna Iparraguirre, hace de conocimiento que el día domingo 11 de marzo de 2012 se ha de producir un Examen de Admisión Residencia Médico 2012 –UPAO, siendo el caso que el CONAREME ya en su oportunidad ha denunciado la invalidez de dicho proceso de admisión, lo que ha sido meritado por la Segunda Fiscalía de Prevención del Delito en el Caso N° 2306014902-2011-257-0 la misma que ha emitido la Disposición correspondiente, en la que, "exhorta a la Universidad Privada Antenor Orrego, para que informe a los postulantes de dicha Convocatoria para Residencia Médico, que la misma se realiza fuera del marco de las normas que rigen en el Sistema nacional de Residencia Médico"; es por ello que solicita la intervención de la representante de éste Despacho para que constate los hechos denunciados que transgreden las normas correspondientes. -----

II.- FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA:

- **PRIMERO:** Que la Constitución Política del Perú faculta a través de su Artículo 159° al Ministerio Público, para que asuma la defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho; correspondiendo a las Fiscalías de Prevención del Delito, como órganos que lo constituyen, representarlo en acciones destinadas a prevenir la comisión de delitos, conforme lo prescribe el artículo 1° del Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Especializadas de



Prevención del Delito, aprobado mediante Resolución Nro. 539-99-MP-CEMP.

- **SEGUNDO:** Que, habiéndose tomado conocimiento de un hecho susceptible de investigación, es necesario verificar la existencia de los elementos constitutivos del delito, la individualización e identificación de los presuntos autores, así como de los otros sujetos procesales, acorde con las normas del nuevo Código Procesal Penal, por ende, resulta necesario recabar los requisitos de procedibilidad que ameriten una investigación de contenido penal. -----

III.- DISPOSICIÓN FISCAL

En consecuencia resulta necesario ejecutar la correspondiente acción preventiva, además que previamente a la calificación de los hechos y de conformidad con lo establecido en los Arts. VII del Título Preliminar, Arts. 68°, 334° inc. 2°, 329°, 330° y 332° del Código Procesal Penal vigente se hace necesario realizar una minuciosa investigación. Por lo que, el despacho de la Tercera Fiscalía Provincial de Prevención del Delito de Trujillo, en uso de las atribuciones que le confiere el Art. 159° inc. 4 de la Constitución Política del Perú, en concordancia con los Arts. 1° y 5° del Dec. Leg. 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público y en ejercicio de sus funciones contenidas en la Resolución N° 539-99-MP-CEMP - Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Especializadas en Prevención del Delito, **DISPONE:**

3.1.- APERTURAR INDAGACIÓN PREVENTIVA contra Los que Resulten Responsables para desvirtuar o corroborar la presunta comisión del delito Contra el Patrimonio en la modalidad de Estafa en agravio de postulantes de dicha Convocatoria para Residentado Médico 2012 -UPAO. -----

3.1.2. Se realice **EN EL DÍA** solicitado, esto es domingo 11 de marzo de 2012, hora 07:00 am, una diligencia de Constatación en el Campus Universitario de la Universidad Privada Antenor Orrego, diligencia que será realizada con personal de la Comisaría PNP de Ayacucho por delegación de la suscrita, conforme lo establece el Art. 60 del Código Procesal Penal; oficiándose con tal fin al Comisario de la Unidad Policial referida a fin de optimizar la diligencia, elaborando el Acta respectiva, debiendo dar cuenta oportunamente a este Despacho del resultado obtenido. -----

3.1.3 Se realicen las demás diligencias que estime pertinentes y conducentes al esclarecimiento de los hechos. -----

3.1.4. FECHO. Notifiquese con las formalidades de ley. -----



UNIDAD IV: FUNCIÓN FISCAL PREVENTIVA DEL DELITO

- DISPOSICIÓN FISCAL-INGRESO 428



Ingreso N.º 428-2013.

Disposición fiscal número nueve
Lima, cinco de noviembre de dos mil doce.

I. Hechos y solicitud de intervención

Carlos Enrique Cosavalente Chamorro - Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros interpuso denuncia preventiva contra **Carlos Armas Morales** en prevención de los delitos contra el Patrimonio en la modalidad de estafa y contra la Administración de Justicia en la modalidad de Fraude Procesal sosteniendo que, el Despacho del Primer Ministro - Juan Federico Jiménez Mayor venía recepcionando un sin número de pedidos de homologación de remuneraciones efectuados por varios docentes de las Universidades Públicas amparados supuestamente en los alcances del artículo 53º de la Ley N.º 23733. De la carta de fecha 08 de febrero último (folios 11/13) cursada al Primer Ministro por Edgar Jhonny Ojeda Mauriola - Docente de la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional de Piura, por Giovana Melva Valverde Ayala - Docente de la Facultad de Ingeniería de Sistemas e Informática de la UNMSM y Otros se trataría de catedráticos universitarios de las Universidades Públicas o Estatales quienes en el numeral II y III de la Carta antes mencionada solicitan al Primer Ministro cumpla con homologar la escala remunerativa de los docentes universitarios con la actual escala de remuneraciones con la que gozan los Magistrados Titulares del Poder Judicial. La Presidencia del Consejo de Ministros en adelante PCM como toda entidad pública se encuentra delimitada en sus funciones a través del Reglamento de Organización y Función (ROF) no siendo su función cumplir, ordenar, efectivizar y/o ejecutar la homologación solicitada por el accionante Edgar Jhonny Ojeda Mauriola, Giovana Melva Valverde Ayala y Otros, por lo que advertían que abogados y/o estudios de abogados estarían abusando de la necesidad de asesoría legal de los docentes universitarios con el fin de procurarse un beneficio económico ilícito a través del engaño, astucia o ardid, pretendiendo inducirlos a error. Agrega que, las cartas remitidas a la PCM por los accionantes presentan el mismo domicilio procesal (jirón Moquegua N.º 157, oficina 214, Lima) y una de ellas está suscrita por el implicado, el letrado Carlos Armas Morales con Registro CAL N.º 16222 quien a la fecha se encuentra inactivo en el Colegio de Abogados de Lima. Finalmente señala que, los accionantes estarían pretendiendo fraudulentamente inducir a error a funcionarios de la PCM para obtener una Resolución contraria a la Ley Procesal Civil y/o Constitucional; motivo por el cual solicita la participación de esta Fiscalía Especializada.

II. El Ministerio Público defensor de la legalidad

El Ministerio Público, tiene la misión de defensa de la legalidad por mandato¹ constitucional, contribuye con preservar la eficacia del orden jurídico actuando preventivamente para cautelar los intereses públicos tutelados por el Derecho, evitando la comisión del delito e infracción administrativa inclusive, mediante una labor exhortativa dirigida hacia la búsqueda de un cambio consciente y razonado de personas (ciudadanos y autoridades) en la eventualidad de un proceder ilícito penal.

III. Calificación y admisión a trámite

Recibida la denuncia escrita se calificó positivamente los presupuestos que justifican su admisión a trámite² se dispuso citar al implicado **Carlos Armas Morales**; a fin de que rinda su indagatoria de ley, a efectos de que exprese lo conveniente a su derecho, en prevención del delito contra el patrimonio en la modalidad de Estafa³ que eventualmente podría incurrir el implicado.

IV. Bien jurídico protegido en la pretensión penal preventiva

Los objetos de la estafa, son, pues, múltiples, pero todos ellos están referidos a valores que conforman la completividad del patrimonio atacado en el momento de la conducta estafatoria. Este patrimonio se ve disminuido, después de ese momento, por la disposición patrimonial realizada por el sujeto pasivo del engaño, es decir, por su acción u omisión, que puede ser un acto jurídico (firmar un contrato), o un simple hecho (dar algo), que puede crear derechos de terceros sobre el patrimonio o extinguir deudas de terceros a favor del patrimonio.⁴

V. Diligencias y acciones preventivas realizadas

Primero.- A pesar de haber sido citado debidamente, conforme se aprecia de los cargos de notificación de folios 75, 78 y 412 el implicado **Carlos Eduardo Armas Morales** no se a presentó a declarar.

Segundo.- A folios 90 obra la declaración de Gilberto Eduardo Cabello Vargas - Abogado de la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros quien refiere que a la fecha continúan llegando cartas a la sede de la Presidencia del

¹ Constitución Política del Estado. "Artículo 159.º Atribuciones del Ministerio Público. 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 Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Especiales de Prevención del Delito. Artículo 9º Son funciones del Fiscal Provincial de Prevención del Delito: a) Recibir, Calificar y tramitar las solicitudes o denuncias tanto verbales como escritas para la realización de acciones y operativos de prevención del delito, decidiendo si se justifica la intervención del Ministerio Público, en razón del riesgo efectivo e inminente de la comisión del delito, magnitud y repercusión social.

³ Código Penal. Artículo 196º: El que procura para si o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de uno ni mayor de seis años.

⁴ CREUS CARLOS. Derecho Penal Parte Especial 6ta edición actualizada y ampliada 1ª reimpresión, Astrea, página 465.


VANESSA ARAMBUR COVARRUBIAS
Fiscal Provincial
Sexta Fiscalía Provincial de Prevención
del Delito de Lima

Consejo de Ministros solicitando al Primer Ministro la homologación de sueldos de los docentes universitarios con los magistrados titulares del Poder Judicial.

Tercero.- La Fiscal se apersonó⁵ al jirón Moquegua N.º 157 oficina 214 Cercado de Lima, a fin de realizar la diligencia exhortativa, conforme a la dispuesto en la disposición fiscal número cuatro de fecha 10 de mayo de 2013 a folios 85, entrevistándose con la ciudadana Luz Angélica Solano Haro - Secretaria de la Federación Nacional de Docentes Universitarios del Perú - FENDUP, a quien la Fiscal le explicó la razón de su presencia así como el motivo de la presente diligencia preventiva.

Acto seguido, la entrevistada refiere que *"no conoce a la persona de Carlos Eduardo Armas Morales más bien la Federación para la que trabaja agrupa a varios sindicatos de docentes universitarios a nivel nacional quienes por acuerdo de asamblea nacional de delegados acordaron iniciar el proceso de homologación de sueldos de los docentes universitarios requiriéndoles para ello la presentación individual y por separado de una carta dirigida al PCM, MEF y Rector de su respectiva Universidad, la misma que debería ser notarial con firma legalizada o con firma de abogado y que por acuerdo para centralizar la información se les pidió que consignaran este domicilio de la FENDUP. En este lugar no funciona ningún estudio jurídico y que tampoco labora ningún abogado como Asesor Legal de esta Federación. Agrega que una vez agotada la vía administrativa procederán a iniciar una acción contencioso administrativa a nivel de la Federación Nacional de Docentes Universitarios del Perú en donde no tendrá ninguna injerencia el abogado mencionado por cuanto no le une a la federación ninguna relación de tipo laboral, amical o familiar"*.

Seguidamente, la Fiscal al no encontrar al implicado Carlos Eduardo Armas Morales en la dirección que se visitó no se pudo llevar a cabo la **exhortación**, dejándose constancia del dicho de la entrevistada.

Cuarto.- Mediante escrito de la fecha, el recurrente se **desiste y prescinde** de las diligencias solicitadas; asimismo, **solicita** se emita la disposición final recomendando y/o exhortando a quien corresponda.

VI.- Análisis de los hechos materia de la denuncia preventiva (conflicto humano) e Identificación del problema materia de la presente denuncia preventiva

Quinto.- El recurrente Carlos Enrique Cosavalente Chamorro - **Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros** interpuso denuncia preventiva contra **Carlos Armas Morales** en prevención del delito contra el Patrimonio en la modalidad de **estafa** sosteniendo que, el Despacho del Primer Ministro - Juan Federico Jiménez Mayor venía recepcionando un sin número de pedidos de homologación de remuneraciones efectuados por varios docentes de las Universidades Públicas amparados supuestamente en los alcances del artículo 53º de la Ley N.º 23733 con la actual escala de remuneraciones con la que gozan los Magistrados Titulares del Poder Judicial. La Presidencia del Consejo de Ministros en adelante PCM como toda entidad pública se encuentra delimitada en sus funciones a través del Reglamento de Organización y Función (ROF) **no siendo su función cumplir, ordenar, efectivizar y/o ejecutar la homologación** solicitada por el accionante Edgar Jhonny Ojeda Mauriola,

⁵ Acta Fiscal de fecha 13 de mayo de 2013, a folios 91/93.

Giovana Melva Valverde Ayala y Otros, por lo que advertían que abogados y/o estudios de abogados estarían abusando de la necesidad de asesoría legal de los docentes universitarios con el fin de procurarse un beneficio económico ilícito a través del engaño, astucia o ardid, pretendiendo inducirlos a error; sin embargo mediante escrito de la fecha, el recurrente se **desiste y prescinde** de las diligencias solicitadas; asimismo, **solicita** se emita la disposición final recomendando y/o exhortando a quien corresponda.

Sexto.- El Código de Ética del Abogado que señala que la abogacía como profesión liberal cumple una función social al servicio del Derecho y la Justicia, siendo su objetivo esencial la convivencia social de los hombres como fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general y cuya acción no se limita al solo éxito de la causa que patrocina o de la función que cumple en el órgano jurisdiccional o en una entidad pública o privada, sino que busca conseguir que la convivencia social sea fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general, lo que implica cumplir deberes con la comunidad, con los colegas y consigo mismo, que si bien interesan a la propia dignidad, pero influyen de manera indirecta en el prestigio de esta noble profesión. Por tanto, la abogacía requiere un profundo conocimiento de la jurisprudencia, las leyes y el procedimiento de los tribunales, que se fundamentan en una tradición común de dignidad y de honor en la conducta del abogado, en la libertad de su ejercicio profesional y en un acentuado sentido de responsabilidad ante la sociedad, los clientes y los órganos jurisdiccionales. En la formación y en el ejercicio profesional se reúnen un conjunto de principios, normas éticas y códigos deontológicos que las instituciones estamos obligadas a elaborar y difundir en los Colegios de Abogados del Perú.

Sétimo.- Del considerando precedente podemos advertir que, el implicado y abogado **Carlos Eduardo Armas Morales** habría cometido **actos contrarios a la ética profesional** al haber transgredido las normas estatutarias del respectivo colegio de **abogados** así como aquellas contenidas en el Código de Ética del Abogado, las cuales serían las siguientes: **artículo 6° inciso 1°** señala expresamente que uno de los deberes fundamentales del abogado es: actuar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez, eficacia y buena fe; así como del honor y dignidad propios de la Profesión, **artículo 12°** referido a los Deberes del abogado con el cliente señala expresamente que el abogado presta servicios profesionales a su cliente. Al hacerlo, debe actuar con responsabilidad y diligencia y está obligado a cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad y demás deberes establecidos en el presente Código, **artículo 59° patrocinio debido, medios alternativos** señala expresamente que "falta a la ética profesional el abogado que aconseje a su cliente el inicio de un litigio innecesario, debiendo procurar resolver la controversia a través de la transacción extrajudicial, conciliación y demás medios alternativos de solución de conflictos".

VII.- Finalización y Exhortación de la intervención fiscal preventiva

Por los argumentos glosados y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° inciso "e" del Reglamento de Organización y Funciones; se **DECLARA**:

1. **Exhortar** al implicado **Carlos Eduardo Armas Morales**, a fin de que en su calidad de abogado cumpla a cabalidad en el ejercicio de su profesión la función social al servicio del Derecho y la Justicia, con sujeción y respeto a las libertades y a los


Valessa Arambar Covarrubias
Fiscal Provincial
Sexta Fiscalía Provincial de Prevención
del Delito de Lima

derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado y al Código de Ética de la Orden, a efectos de evitar incurrir en la posible comisión de delitos.

2. Dar por **CONCLUIDA** la presente intervención Fiscal solicitada por el ciudadano Carlos Enrique Cosavalente Chamorro - Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros en acción preventiva por delito contra el patrimonio en la modalidad de Estafa; en consecuencia: **archívese los actuados. Notificándose.**

Otrosí digo.- Téngase presente al implicado Carlos Armas Morales con sus nombres completos cuales son: **Carlos Eduardo Armas Morales**, conforme a su Ficha Reniec de folios 76.

Segundo otrosí digo.- Remítase la presente disposición fiscal en copia debidamente certificada al Colegio de Abogados de Lima, a efectos de que proceda conforme a sus atribuciones.

VAC/lemre.-



VAC/lemre
VANESSA ARANIBAR COVARRUBIAS
Fiscal Provincial
Sexta Fiscalía Provincial de Prevención
del Delito de Lima

UNIDAD IV: FUNCIÓN FISCAL PREVENTIVA DEL DELITO

- SENTENCIA8087-2006-PA-TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 8087-2006-PA/TC
AREQUIPA
TRANSPORTES VULCANO E.I.R.L.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de diciembre de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Carlos Caballero Turpo contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 116, su fecha 19 de junio de 2006, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 22 de octubre de 2004, el recurrente, en representación de la empresa de Transportes Vulcano E.I.R.L., interpone demanda de amparo contra la Fiscal de Prevención del Delito, solicitando la suspensión de la indebida inmovilización del vehículo de placa YH4029, puesto que está privando a la empresa demandante del derecho de uso y explotación. Manifiesta que su representada es propietaria del vehículo en mención, conforme consta de la copia legalizada de la tarjeta de propiedad, y que lo adquirió a título oneroso; que sin embargo, con fecha 1 de octubre de 2004, la demandada, acompañada de miembros de la policía, realizaron una inspección al vehículo y viendo que se encontraba en reparación, procedió a levantar el acta disponiendo su inmovilización. Alega violación de su derecho constitucional de propiedad.

La emplazada aduce que mediante Oficio N.º 2401-04-DIVICAJ-DEPINCRI-SEIROVE se solicitó a la Tercera Fiscalía Provincial de Prevención del Delito la presencia de un representante del Ministerio Público para el operativo policial del 1 de octubre de 2004. Manifiesta que el operativo se realizó entre las 11 h 30 min y 12 h 45 min, dándose la orden de inmovilizar los vehículos en cumplimiento de las atribuciones de la SEIROVE, y que el ingreso al taller fue consentido por el propietario, al estar presente, conforme aparece en el Acta de Operativo 662-2003-MP-3FPPD-AR, de fecha 1 de octubre de 2004. Por último, refiere que la inmovilización del vehículo fue ejecutada por el personal policial de SEIROVE, según se aprecia en el Acta de Inmovilización, con el objeto de esclarecer las placas de rodaje y la procedencia del vehículo.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio Público



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

contesta que la intervención del representante del Ministerio Público en las acciones u operativos es una obligación legal y funcional conforme lo establece la Ley Orgánica del Ministerio Público. Asimismo, invoca el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Especiales de Prevención del Delito N.º 539-99-MP-CEMP.

El Octavo Juzgado del Segundo Módulo Corporativo Civil de Arequipa, con fecha 6 de mayo de 2005, declara infundada la demanda al considerar que el Ministerio Público defiende la legalidad y los intereses públicos tutelados por el Derecho, con la finalidad de prevenir la comisión de delitos, y que al haberse llevado a cabo el operativo de Control de Talleres solicitado por el personal de la Policía Nacional se llegó a determinar que el vehículo materia de la demanda no se encontraba identificado conforme a lo verificado por los peritos.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. La empresa demandante solicita que se suspenda la violación del derecho constitucional de propiedad al haberse dispuesto la indebida inmovilización del vehículo de placa YH4029, lo cual ha privado a la empresa demandante del derecho de uso y explotación del bien.
2. A fojas 27 obra el Oficio N.º 2401-04-DIVICAJ-DEPINCRI-SEIROVE solicitando la presencia de un representante del Ministerio Público en Prevención del Delito para el operativo policial del 1 de octubre de 2004. Asimismo, a fojas 28 obra el Acta del Operativo N.º 662-2003-MP-3FPPD-AR, de fecha 1 de octubre de 2004, realizado en la Av. Colonial 702-Paucarpata, suscrita por la fiscal provincial de la Tercera Fiscalía Provincial de Prevención del Delito, doña Cecilia Ampuero Riega.
3. A fojas 29 obra el Acta de Inmovilización levantada durante el Operativo de Control de Talleres, donde consta la orden de inmovilización del vehículo YV2H2B5A2LB457868 (marca Volvo), placa YH2638, al encontrarse aparentemente solicitado y requisitoriado.
4. De lo expuesto se infiere que la orden de inmovilización del vehículo ha sido dada por la Policía Nacional del Perú, específicamente por la SEIROVE, y no por la Fiscal Provincial de Prevención del Delito, pues ella sólo participó en el operativo policial en calidad de representante del Ministerio Público, tal como lo señala el Reglamento de Organización y Funciones de las Fiscalías Especiales de Prevención del Delito (Resolución de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público N.º 539-99-MP-CEMP).
5. La propiedad sobre el vehículo de placa YH4029 no ha sido desconocida en ningún momento y mucho menos se ha violado este derecho, pues sólo existe una inmovilización por supuestos actos ilícitos en la obtención del vehículo, lo cual es

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

materia de investigación.

6. En consecuencia, la demanda debe desestimarse al no haberse acreditado la vulneración del derecho invocado en razón de que sólo se ha iniciado una investigación por parte de la Policía Nacional del Perú, a fin de determinar la procedencia del vehículo materia de discusión.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

UNIDAD IV: FUNCIÓN FISCAL PREVENTIVA DEL DELITO

- RESOLUCIÓN EXP.1497-2011-PHC-TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01497-2011-PHC/TC

APURÍMAC

RAYDA FRANCISCA MENDOZA
SÁNCHEZ Y OTRO

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 24 de mayo de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rayda Francisca Mendoza Sánchez y otro contra la resolución expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, de fojas 371, su fecha 19 de enero de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 6 de diciembre de 2010 doña Rayda Francisca Mendoza Sánchez interpone demanda de hábeas corpus, en derecho propio y a favor de don José Aparicio Ramírez Tamayo, y la dirige contra el Fiscal Provisional de Prevención del Delito de Abancay, don Edison Huarcaya Carazas, y contra el Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Abancay, don Gustavo Castro Lopez Miguel. Alega vulneración de los derechos a la libertad personal, al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, y de los principios de interdicción de la arbitrariedad, de legalidad, de concentración, de seguridad jurídica, de inocencia y *ne bis in idem*.

Refiere que adquirió el derecho de propiedad de un inmueble en el año 2008, haciéndosele la entrega física del mismo, cuyo título se encuentra debidamente inscrito en los Registros Públicos por mandato del Tribunal Registral, por lo que procedió a ofertarlo en calidad de compraventa. Es así que habiéndosele hecho entrega física del predio el 23 de mayo de 2010 al presidente de una Asociación de Pro Vivienda en formación, don José Aparicio Ramírez Tamayo, éste programó diversas faenas, entre las que se encontraba lotizarlo, pero dicha diligencia se vio frustrada cuando el Fiscal Provincial de Prevención del Delito de Abancay, señor Edinson Huarcaya Carazas, provisto de una dotación en número significativo de efectivos policiales, sin efectuar ninguna averiguación ni investigación sumaria le prohibió el ingreso de sus compradores al predio, levantó un acta correspondiente y la remitió a la Segunda Fiscalía Provincial Penal, donde se le abrió investigación preliminar y se formalizó denuncia penal en su contra por el delito de perturbación de la posesión.

2. Que la Constitución establece expresamente en el artículo 200º, inciso 1, que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella; no obstante, no cualquier reclamo que alegue afectación del derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 01497-2011-PHC/TC

APURÍMAC

RAYDA FRANCISCA MENDOZA

SÁNCHEZ Y OTRO

a la libertad individual o derechos conexos, puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si los actos denunciados vulneran el contenido constitucionalmente protegido de los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus.

3. Que la Constitución también establece en su artículo 159º que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito, ejercitar la acción penal pública, de oficio o a petición de parte, así como la de emitir dictámenes previo a las resoluciones judiciales.
4. Que si bien es cierto la actividad del Ministerio Público a nivel de la investigación preliminar del delito, al *formalizar la denuncia*, se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, también lo es que tal acto no configura un agravio directo y concreto del derecho materia de tutela de hábeas corpus por cuanto no impone medidas de coerción de la libertad individual. En el caso de autos la intervención del fiscal de prevención del delito, según se lee del acta del fiscal realizada el 30 de mayo de 2010, tuvo como fin prevenir la presunta comisión del delito de usurpación y fue en el pleno ejercicio de sus funciones, así como la formalización de la denuncia penal a fojas 32.
5. Que por consiguiente dado que la reclamación (hechos y petitorio) no está referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho tutelado por el hábeas corpus, resulta de aplicación el artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, por lo que la demanda debe ser declarada improcedente.

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

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ETO CRUZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:

VICTOR ANTONIO ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR

UNIDAD IV: FUNCIÓN FISCAL PREVENTIVA DEL DELITO

- SENTENCIA EXP.832-2011-PHC-TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00835-2011-PHC/TC
AREQUIPA
JOSÉ ALBERTO SOLÍS LINARES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de junio de 2011, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don José Alberto Solís Linares contra la sentencia expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 258, su fecha 6 de enero de 2011, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 31 de agosto de 2010 el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los señores Juan Oswaldo Montoya Concha y Otto Suárez Angles y contra el Alcalde de la Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivero, con la finalidad de que se disponga el retiro inmediato de las rejas ubicadas entre el Complejo Habitacional Vinatea Reynoso y el Complejo Habitacional El Corregidor del Distrito de José Luis Bustamante y Rivero – Arequipa, debiendo disponerse asimismo que se abstengan de colocar las mencionadas rejas, puesto que considera que con ello se está afectando su derecho a la libertad de tránsito.

Refiere que presentó una denuncia ante la Fiscalía de Prevención del Delito por ruidos, obstrucción de la vía pública con rejas y otros hechos que afectan la tranquilidad pública. Agrega que la mencionada fiscalía mediante Resolución N.º 402-2009, de fecha 3 de setiembre de 2009, exhortó a los integrantes de la Junta de Usuarios de la denominada Playa de Estacionamiento del Corregidor y Vinatea Reynoso a efectos de que se abstengan de realizar cobros por concepto de parqueo y se abstengan de realizar cualquier acto que perturbe la vía pública; asimismo exhortó al Alcalde de la Municipalidad emplazada para que dé cumplimiento a la Ordenanza Municipal N.º 077, debiendo en consecuencia disponer el retiro de las rejas instaladas en la vía pública entre los Complejos Habitacionales Vinatea Reynoso y El Corregidor. Finalmente expresa que en cumplimiento de dicha disposición fiscal la municipalidad retiró las rejas, las que fueron reinstaladas por los representantes de la Junta de Usuarios de la Playa de Estacionamiento, y los complejos habitacionales Vinatea Reynoso y El Corregidor, sin que la municipalidad haya realizado acto alguno a efectos de revertir dicho hecho.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00835-2011-PHC/TC
AREQUIPA
JOSÉ ALBERTO SOLÍS LINARES

Realizada la investigación sumaria los señores emplazados afirmaron no tener la calidad de directivos de la Junta de Usuarios de la Playa de Estacionamiento ni los complejos habitacionales Vinatea Reynoso y El Corregidor.

A fojas 70 obra la declaración del demandado Juan Oswaldo Montoya Concha, quien expresa que ya no tiene calidad de directivo de la Playa de Estacionamiento al que se hace referencia en la demanda, adjuntando copia legalizada de su renuncia.

Asimismo a fojas 130 de autos se encuentra la Resolución N.º 7, de fecha 1 de octubre de 2010, mediante la que se solicita al demandante precise quién se encuentra actualmente como Presidente de la Junta de Usuarios de la Playa de Estacionamiento El Corregidor y Vinatea Reynoso. El demandante absuelve la citada resolución y expresa que el actual Presidente de la referida junta de usuarios es Otto Suarez Angles, disponiéndose mediante Resolución N.º 8, de fecha 14 de octubre de 2010, su declaración en calidad de Presidente de la mencionada junta.

El Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de Arequipa declaró infundada la demanda, considerando que las rejas tienen como finalidad constituir una medida de seguridad vecinal, finalidad que es constitucional.

La Sala Superior revisora confirma la apelada por similares argumentos.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La presente demanda tiene por objeto el retiro de las rejas metálicas instaladas entre los complejos habitacionales Vinatea Reynoso y El Corregidor, del distrito de José Luis Bustamante y Rivero, Arequipa, puesto que afectaría el derecho a la libertad de tránsito del accionante.

Cuestión previa

2. Es preciso señalar que si bien el señor Montoya Concha fue inicialmente emplazado con la presente demanda, en su condición de presidente de la junta de usuarios referida, en el transcurso del proceso se estableció que ya no ostentaba tal condición, por lo que se decidió emplazar a la persona que tenía el cargo de Presidente. Por ende el recurrente, al interponer su recurso de agravio constitucional, incurre en un error al seguir considerando al señor Montoya Concha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00835-2011-PHC/TC
AREQUIPA
JOSÉ ALBERTO SOLÍS LINARES

como emplazado, puesto que ya no tiene tal condición en el proceso, razón por la cual los resultados del proceso no le afectarán.

Hábeas corpus de naturaleza restringida

3. En el caso de autos se cuestionan directamente restricciones a la libertad de tránsito o de locomoción presuntamente producidas por haberse instalado en una vía de uso público un sistema de control mediante rejas. Se trata, por consiguiente, no de un supuesto de detención arbitraria frente al que normalmente procede un hábeas corpus de tipo clásico, sino de un caso en el que se denuncia una restricción a la libertad individual distinta a los supuestos de detenciones arbitrarias o indebidas; se configura, por tanto, el supuesto del denominado *hábeas corpus de tipo restringido*.

Los alcances genéricos de la libertad de tránsito o derecho de locomoción

4. El artículo 2º, inciso 11), de la Constitución regula el derecho fundamental a la libertad de tránsito. Esta facultad comporta el ejercicio del atributo *ius movendi et ambulandi*. Es decir, supone la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función de las propias necesidades y aspiraciones personales a lo largo y ancho del territorio, así como la de ingresar o salir de él, cuando así se desee. Se trata, en suma, de un imprescindible derecho individual y de un elemento conformante de la libertad individual. Más aún, deviene en una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, toda vez que se presenta como el derecho que tiene ésta para poder ingresar, permanecer, circular y salir libremente del territorio nacional. Sin embargo, este derecho, como todos los demás, no es absoluto, sino que tiene que ejercerse según las condiciones de cada titular del mismo de acuerdo con las limitaciones que la propia Constitución y la ley establecen (Exp. N.º 2876-2005-HC/TC, caso Nilsen Mallqui Laurence).

Las vías de tránsito público y el establecimiento de rejas como medida de seguridad vecinal (Exp. N.º 3482-2005-HC/TC, caso Luis Augusto Brain Delgado y otros)

5. Siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, pueden sin embargo, en determinadas circunstancias, ser objeto de regulaciones y aún de restricciones. Cuando éstas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); cuando provienen de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00835-2011-PHC/TC

AREQUIPA

JOSÉ ALBERTO SOLÍS LINARES

particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia o ausencia de determinados bienes jurídicos.

6. Justamente en la existencia o reconocimiento del bien jurídico seguridad ciudadana se encuentra lo que, tal vez, constituya la más frecuente de las formas a través de las cuales se ven restringidas las vías de tránsito público. Tras la consabida necesidad de garantizar que la colectividad no se vea perjudicada en sus derechos más elementales frente al entorno de inseguridad recurrente en los últimos tiempos, se ha vuelto una práctica reiterada el que los vecinos o las organizaciones que los representan opten por colocar rejas o mecanismos de seguridad en las vías de tránsito público. Aunque queda claro que no se trata de todas las vías (no podría implementarse en avenidas de tránsito fluido, por ejemplo) y que sólo se limita a determinados perímetros (no puede tratarse de zonas en las que el comercio es frecuente), es un hecho incuestionable que la colocación de los citados mecanismos obliga a evaluar si el establecimiento de todos ellos responde a las mismas justificaciones y si puede exhibir toda clase de características.
7. Este Colegiado ha tenido la oportunidad de precisar que la instalación de rejas como medida de seguridad vecinal no es, *per se*, inconstitucional, si se parte de la necesidad de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado o simplemente lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento. Como lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial N.º 81 denominado *Libertad de tránsito y seguridad ciudadana. Los enrejados en las vías públicas de Lima Metropolitana*, emitido en el mes de enero de 2004, pp. 42, “No se puede admitir un cierre absoluto de una vía pública, ya que ello afectarían el contenido esencial del derecho al libre tránsito. Consecuentemente, se debe garantizar que los enrejados no sean un obstáculo para el ejercicio del derecho al libre tránsito, sino sólo una limitación razonable y proporcional. Ello quiere decir que dicha medida tiene que estar justificada por los hechos que le han dado origen, el crecimiento de la delincuencia; por la necesidad de salvaguardar un interés público superior, la protección del bien jurídico seguridad ciudadana; y debe ser proporcionada a los fines que se procuran alcanzar con ella”.

Análisis de la controversia

8. En el presente caso el recurrente cuestiona la reinstalación y mantención de rejas metálicas en una vía pública, lo que afectaría el libre tránsito.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00835-2011-PHC/TC

AREQUIPA

JOSÉ ALBERTO SOLÍS LINARES

9. De fojas 6 se observa la Resolución N.º 402-2009, emitida por el Ministerio Público, por la que dando respuesta a la denuncia presentada por los *“vecinos y propietarios en el CC.HH. Vinatea Reynoso y el Corregidor del Distrito de José Luis Bustamante y Rivero [que señalan] que vienen siendo coaccionados por los propietarios de todos los vehículos que son guardados en su cuadra [] no tienen tranquilidad ni de día ni de noche, y están enclaustrados porque les cierran las rejas con cadena y candado día y noche”*, exhorta a la Municipalidad emplazada a efectos de que dé cumplimiento a la Ordenanza Municipal N.º 077, debiendo proceder al retiro de las rejas. Es por ello que, conforme se observa de fojas 94, la Municipalidad emplazada emitió la Resolución Gerencial N.º 667-2009/GDU/MDJLByR, por la que dispone, con fecha 18 de noviembre de 2009, el *“inmediato retiro de las rejas instaladas en los complejos habitaciones de Vinatea Reynoso y El Corregidor”*. Cabe mencionar que del Informe N.º 570-2009/SGOPYL/MDJLByR, de fecha 24 de noviembre de 2009, se extrae que las rejas fueron retiradas anteriormente por la Municipalidad emplazada debido a la denuncia realizada por los vecinos ante el Ministerio Público (fojas 92).
10. A fojas 54 consta el acta de la diligencia de constatación, de fecha 23 de setiembre de 2010, que expresa que entre los complejos habitacionales El Corregidor y Vinatea Reynoso *“(…) existe un espacio que las divide, además existe un portón de rejas tanto en el acceso que colinda con la Av. Estados Unidos, y otro portón de rejas que colinda con la calle Lanificio (…)”*. Asimismo en dicho documento se señala que dichas rejas se encuentran abiertas y que cuentan con vigilantes que se encargan de facilitar el acceso. En tal sentido este Colegiado advierte que las rejas que habían sido retiradas por la Municipalidad emplazada han sido nuevamente colocadas sin autorización municipal, puesto que a fojas 182 se encuentra el Informe N.º 487-2010/SGOPYL/MDJLByR, de fecha 18 de octubre de 2010, en el que expresamente se señala que *“la Sub Gerencia de Obras Privadas y licencias NO ha otorgado autorización, para la reinstalación de rejas ubicadas entre los complejos habitacionales Vinatea Reynoso y El Corregidor”* (subrayado agregado).
11. Finalmente a fojas 225 se aprecia la copia certificada del acta de constatación, de fecha 7 de diciembre de 2010, elaborada por la Policía Nacional del Perú, en la que se señala que *“(…) existe rejas metálicas con acceso vehicular y peatonal, sin vigilante nocturno, la tripulación observa que la reja metálica ubicada en el pasaje que colinda al ex local de Lanificio, el acceso vehicular y peatonal se encuentra totalmente cerrado y la reja metálica ubicada en la Av. EE.UU se encuentra abierta una puerta para peatones y una puerta para el ingreso de vehículos (…)* sin vigilante nocturno (…)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00835-2011-PHC/TC
AREQUIPA
JOSÉ ALBERTO SOLÍS LINARES

12. En conclusión, de autos se evidencia que las rejas ubicadas entre los complejos habitacionales El Corregidor y Vinatea Reynoso, han sido colocadas nuevamente pese a que fueron retiradas por disposición municipal, al haberse constatado, por la denuncia de los mismos vecinos, que dichas rejas ocasionan alteraciones y perjudican la tranquilidad de la colectividad.
13. Acreditándose entonces la afectación del derecho a la libertad de tránsito la demanda debe ser estimada, de modo que la Municipalidad emplazada debe proceder al retiro inmediato de las rejas instaladas, y a realizar periódicamente la supervisión correspondiente de manera que no vuelva a instalarse las rejas metálicas, y se burle así las disposiciones del ente edil. Lo expresado no implica que la Municipalidad emplazada posteriormente –por circunstancias que lo ameriten– expida el permiso para la colocación de rejas.

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

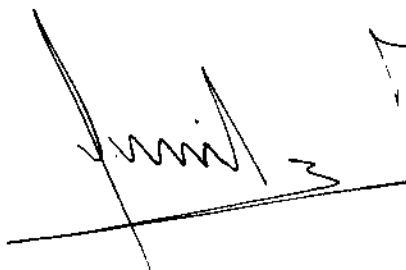
HA RESUELTO

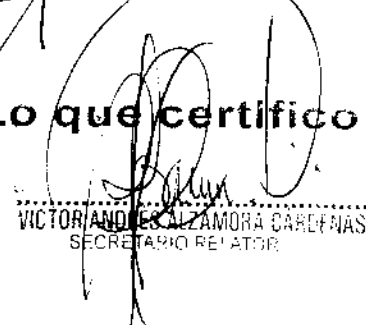
1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus, al haberse acreditado la afectación del derecho a la libertad de tránsito del recurrente.
2. Ordenar a la Municipalidad emplazada que disponga el inmediato retiro de las rejas instaladas entre los complejos habitacionales El Corregidor y Vinatea Reynoso del distrito de José Luis Bustamante y Rivero, Arequipa, sin perjuicio de las sanciones administrativas que imponga por la instalación de las rejas aludidas en la presente sentencia sin autorización, debiendo realizar supervisiones periódicas a efectos de que no se vuelva a repetir estos actos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
URVIOLA HANI



Lo que certifico:

VICTORIANO ESCOBAR ALZAMORA CARRERAS
SECRETARIO RELATOR

UNIDAD IV: FUNCIÓN FISCAL PREVENTIVA DEL DELITO

- RESOLUCIÓN EXP.469-2013-PHC-TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00469-2013-PHC/TC

LIMA

A.L.L.H. REPRESENTADA POR WALTER
DAVID LUQUE CHAÍÑA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 11 de abril de 2013

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Walter David Luque Chaiña contra la resolución de fojas 662, Tomo II, su fecha 7 de setiembre de 2012, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 25 de mayo del 2012 don Walter David Luque Chaiña interpone proceso de hábeas corpus a favor de su menor hija A.L.L.H. lo dirige contra el fiscal provincial de la Sexta Fiscalía de Prevención del Delito de Lima, Jorge Luis Mandujano Santivañez y contra la presidenta de la Junta de Fiscales Superior del Distrito Judicial de Lima, Ana María Navarro Placencia. Alega la vulneración de los derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva. Solicita que se deje sin efecto la Disposición Fiscal N.º 13 y la Resolución de Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Lima N.º 944-2012-MP-FN-PJFS-LIMA.
2. Que el recurrente refiere que desde hace más de un año no tiene contacto con su menor hija, motivo por el cual en resguardo de su integridad personal presentó una denuncia ante la Sexta Fiscalía de Prevención del Delito de Lima. Esta fiscalía recibe la declaración de la madre de su hija y libra exhorto a la Fiscalía de Prevención del Delito del Distrito Judicial del Cusco para que se realicen diversas diligencias, y mediante Disposición Fiscal N.º 13, de fecha 27 de marzo del 2012, se da por concluida la investigación y se dispone el archivo de los actuados, a la vez que se exhorta a las partes a que en forma voluntaria se sometan a terapias psicológicas que ayuden al bienestar de su menor hija. Por Resolución de Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Lima N.º 944-2012-MP-FN-PJFS-LIMA, de fecha 16 de abril del 2012, se declara infundado el recurso de queja que presentó contra la cuestionada disposición fiscal por considerar que la recomendación del fiscal provincial es una medida idónea al haberse determinado que la menor no se encuentra en peligro.
3. Que el recurrente añade que no se consideró que la Sexta Sala Penal para Procesos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00469-2013-PHC/TC

LIMA

A.L.L.H. REPRESENTADA POR WALTER
DAVID LUQUE CHAÑA

con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 14 de diciembre del 2011, declaró fundado el hábeas corpus que presentó contra el fiscal de la Fiscalía Superior Mixta Transitoria Descentralizada de San Juan de Lurigancho, por el que se dejó sin efecto la Disposición de fecha 4 de abril del 2011 a fin de que se realicen las pruebas ofrecidas por el recurrente en la denuncia que presentó por violencia familiar contra la madre de su hija y otras personas; por lo que existe una intención de sustraer a su hija de las investigaciones fiscales.

4. Que la Constitución Política del Perú establece en el artículo 200°, inciso 1, que a través del hábeas corpus se protege tanto la libertad individual como los derechos conexos a ella. No obstante, debe tenerse presente que no cualquier reclamo que alegue *a priori* afectación del derecho a la libertad individual o derechos conexos puede reputarse efectivamente como tal y merecer tutela, pues para ello es necesario analizar previamente si los actos denunciados afectan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados.
5. Que este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado que si bien es cierto que la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia o al emitir la acusación fiscal, se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, también lo es que dicho órgano autónomo no tiene facultades coercitivas para restringir o limitar la libertad individual porque las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva.
6. Que, por consiguiente, no procede el presente hábeas corpus contra la disposición (fojas 516, Tomo I) que da por concluida una investigación fiscal en acción preventiva y recomienda a las partes (recurrente y la madre de su hija) que se sometan voluntariamente a terapias psicológicas, ante los conflictos de naturaleza familiar, para restablecer y mejorar la relación interpersonal por el bienestar de la menor favorecida, y la resolución (fojas 541, Tomo I) que declara infundado el recurso de queja, pues las referidas resoluciones no tienen una incidencia directa sobre el derecho a la libertad individual de la menor favorecida ni pueden causar un agravio directo a su integridad personal.
7. Que por lo tanto dado que la reclamación del recurrente no está referida al contenido constitucionalmente protegido de los derechos tutelados por el hábeas corpus, resulta de aplicación el artículo 5.º, inciso 1), del Código Procesal Constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00469-2013-PHC/TC

LIMA

A.L.L.H. REPRESENTADA POR WALTER
DAVID LUQUE CHAÍÑA

8. Que cabe señalar que atendiendo a la recomendación contenida en la Disposición Fiscal N.º 13, la Resolución de Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Lima N.º 944-2012-MP-FN-PJFS-LIMA dispuso que se remitan copias certificadas de los actuados a la Fiscalía Provincial de Familia o Mixta competente.

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

RESUELVE

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

OSCAR DÍAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

UNIDAD V: DERECHO PENAL, PODER JUDICIAL Y PREVENCIÓN DEL DELITO

- CASACIÓN 73-2011
- SENTENCIA EXP. 19-2005-PI-TC
- SENTENCIA EXP. 803-2003-TC

UNIDAD V: DERECHO PENAL, PODER JUDICIAL Y PREVENCIÓN DEL DELITO

- CASACIÓN 73-2011



SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecinueve de abril de dos mil doce.-

VISTOS; en audiencia privada; el recurso de casación por las causales de inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal -afectación de la tutela jurisdiccional efectiva, presunción de inocencia, in dubio pro reo y derecho de defensa-, manifiesta ilogicidad de la motivación y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, interpuesto por el procesado Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del ocho de marzo de dos mil once -del cuaderno de apelación-, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y cuatro, del quince de setiembre de dos mil diez -del cuaderno de debates-, que lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación de menor de trece años de edad vía sexo oral en perjuicio del menor identificado con las iniciales E.J.M.S., a treinta años de pena privativa de libertad y ordenó tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil. Interviene como ponente el señor Morales Parraguez.

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Del itinerario procesal.

Primero: El señor Fiscal Provincial de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Puno mediante dictamen de fojas uno -del cuaderno de control de acusación- formuló acusación contra Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza

por el delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad en perjuicio del menor de iniciales E.J.M.S., previsto en el inciso dos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal.

Segundo: El Juzgado Penal Colegiado mediante resolución de fojas ocho, del veintiséis de julio de dos mil diez -del cuaderno de debate- dictó auto de enjuiciamiento y tuvo por admitidos los medios de prueba de la parte acusadora y de la parte acusada, a la vez que señaló fecha para la audiencia del juicio oral. La audiencia se inició el veintitrés de agosto de dos mil diez y concluyó el quince de setiembre del mismo año, conforme al acta de audiencia de juicio oral de fojas veintitrés.

Tercero: El Juzgado Penal Colegiado emitió la sentencia de fojas ciento treinta y cuatro, del quince de septiembre de dos mil diez, condenando a Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación sexual de menor de trece años de edad vía sexo oral, en agravio del menor de iniciales E.J.M.S. a treinta años de pena privativa de libertad y ordenó tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil. Contra esta sentencia el citado condenado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas ciento sesenta y nueve, el cual fue concedido mediante resolución de fojas ciento setenta y seis, del veintitrés de septiembre de dos mil diez.

2. Del trámite recursal en segunda instancia.

Cuarto: La Primera Sala Penal de Apelaciones mediante resolución de fojas cincuenta y cuatro, del seis de enero de dos mil once -del cuaderno de apelación-, admitió los medios probatorios ofrecidos por la defensa del sentenciado Peñaloza Espinoza y señaló fecha para la audiencia de

apelación, convocando su asistencia a los sujetos procesales, la misma que se realizó el siete de marzo de dos mil once y culminó el ocho de marzo del mismo año, conforme es de verse en las actas de registro de audiencia de apelación de fojas ochenta y uno y noventa y ocho.

El Tribunal Superior mediante sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del ocho de marzo de dos mil once, confirmó la sentencia de fecha quince de setiembre de dos mil diez, que lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación de menor de trece años de edad vía sexo oral, en perjuicio del menor de iniciales E.J.M.S., a treinta años de pena privativa de libertad y ordenó tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil.

3. Del trámite del recurso de casación.

Quinto: Notificada la sentencia de vista, el procesado Peñaloza Espinoza interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento treinta y cuatro, alegando los siguientes motivos: **i)** Inobservancia de la ley procesal sancionada con nulidad, al haberse realizado la audiencia de apelación el siete de marzo de dos mil once con intervención del Juez Superior Jorge Abat Salazar Calla, pero ese mismo día se dio por concluida su designación como integrante de la Sala Penal de Apelaciones mediante Resolución Administrativa número trescientos cuatro-dos mil once, y pese a ello suscribió la sentencia de vista cuestionada; **ii)** inobservancia de las garantías constitucionales de presunción de inocencia, in dubio pro reo, derecho a la prueba, derecho de defensa; y falta de logicidad en la motivación, al haber sido condenado sin prueba suficiente y pese a existir duda razonable respecto a su responsabilidad penal, ya que no se valoraron las pericias ni la declaración de los peritos actuados en el juicio oral y la audiencia

de apelación, así como tampoco se describe la información proporcionada por cada uno de los peritos; **iii)** apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, puesto que en el menor agraviado en el certificado médico legal no hizo referencia alguna de haber sido sometido a sexo oral y, por ende, no existe persistencia, coherencia y solidez en su incriminación, como lo exige el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco.

Concedido el recurso por resolución de fojas ciento cuarenta y dos, del veintitrés de marzo de dos mil once, se elevó el cuaderno a este Supremo Tribunal con fecha veintiocho de marzo de dos mil once, para el pronunciamiento respectivo.

Sexto: Cumplido el trámite de traslado a la parte recurrente, este Supremo Tribunal mediante auto de calificación de fojas diecinueve, del veintisiete de septiembre de dos mil once, declaró bien concedido el recurso de casación por los motivos siguientes: **a.** inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal: afectación de la tutela jurisdiccional efectiva, presunción de inocencia, in dubio pro reo y derecho de defensa; **b.** manifiesta ilogicidad de la motivación; y, **c.** apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, previstos en los incisos uno, dos, cuatro y cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal.

Séptimo: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación, instalada la misma y realizados los pasos que corresponde conforme al acta que antecede, con intervención del señor Fiscal Supremo, el estado de la causa es el de expedir sentencia.

Octavo: Deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, este Supremo Tribunal cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia privada con las partes que asistan se realizará por Secretaría de la Sala el diecinueve de los corrientes, a las ocho horas con treinta minutos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conforme se dejó establecido en el auto de calificación de este Supremo Tribunal, los motivos de casación admitidos son inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal <<afectación de la tutela jurisdiccional efectiva>>, <<presunción de inocencia>>, <<in dubio pro reo>> y <<derecho de defensa>>, manifiesta ilogicidad de la motivación y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema. Al respecto, el encausado Peñaloza Espinoza ha señalado que la audiencia de apelación se realizó el siete de marzo de dos mil once, con intervención del Juez Superior Jorge Abat Salazar Calla, pero ese mismo día se dio por concluida su designación como integrante de la Sala Penal de Apelaciones, y pese a ello suscribió la sentencia de vista cuestionada; que, además, no se valoraron las pruebas periciales ni la información proporcionada por cada uno de los peritos; que fue condenado sin prueba suficiente y pese a existir duda razonable sobre su responsabilidad penal e incluso no se tomó en cuenta que el menor agraviado en el certificado médico legal no hizo referencia alguna a haber sido sometido a sexo oral, por lo que no existe persistencia, coherencia y solidez en su testimonio incriminatorio.

SEGUNDO: La sentencia de vista impugnada en casación precisa lo siguiente:

- A. Según la acusación fiscal en el mes de setiembre de dos mil ocho, la madre del menor agraviado -de trece años de edad- viajó a la ciudad de Arequipa y dejó encargado a su hijo al procesado Peñaloza Espinoza, quien aprovechando esta situación sometió al menor a sexo oral e introdujo su dedo en su ano, habiendo tomado conocimiento sobre estos hechos en el mes de octubre de dos mil nueve por versión de su menor hijo; que con la finalidad de corroborar tal versión, simuló un viaje a la ciudad de Arequipa y encargó nuevamente el cuidado de su hijo al citado procesado, pero previamente coordinó con un amigo para que permanezca en el interior de la habitación y se esconda debajo de la cama, a la vez que le proporcionó una grabadora y un celular para que se pueda comunicar, así como instaló un equipo de filmación en el ropero; es así como el veintiocho de octubre de dos mil nueve, a las veinte horas con treinta minutos, el señor Víctor Condori Quispe -quien se había escondido debajo de la cama- le informó que ya se estaba cometiendo el hecho delictivo, por lo que esta procedió a comunicarse vía telefónica con el Fiscal de turno a efectos de que se apersona al inmueble de su propiedad -ubicado en el jirón Ancash número cuatrocientos setenta y cinco-A-, quien al constituirse a la vivienda encontró al procesado Peñaloza Espinoza conjuntamente con el menor, ambos en pijama y se procedió a recoger dos fragmentos de papel higiénico con manchas blanquecinas al parecer "espermatozoides", al tiempo que el citado procesado reconoció, en presencia del representante del Ministerio Público y de su abogado defensor, que practicó sexo oral con el menor agraviado, conforme consta

en el acta de constatación de fojas ciento cuatro -del cuaderno de debate- y examen pericial de biología forense de fojas veintiuno, que concluyó que en los dos fragmentos de papel higiénico se encontraron restos de espermatozoides.

B. Del texto de la sentencia se sostiene que existe la imputación directa de la víctima que es valorada de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo Plenario número dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco. Así, se tiene que su declaración genera convicción en el Colegiado Superior respecto de la realidad del delito como la responsabilidad del procesado Peñaloza Espinoza por reunir los requisitos de presencia de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación; no evidenciándose en el caso de autos la existencia de relaciones de odio, resentimientos, enemistad u otras razones que puedan enervar el testimonio incriminatorio del menor, que se manifiestan con actos o comportamientos que tengan una entidad dirigida hacia el agente del delito, y el sólo hecho de que el sentenciado anteriormente estaba al cuidado de la víctima descarta por completo esa posibilidad. El hecho destacado por la defensa del sentenciado en el sentido de que el menor agraviado no lo saludaba y/o se alejaba en modo alguno puede valorarse como actos de odio, venganza o rencor; por el contrario, son respuestas lógicas y razonables por el ultraje sexual anterior a los hechos.

C. El menor agraviado en el acto del juicio oral dijo textualmente lo siguiente: "(...) me chupó mi pipi por cinco minutos y me hizo salir una cosita blanca de mi miembro y después Adolfo me hizo chupar su miembro"; versión que se corrobora con las actuaciones periféricas como la pericia biológica forense, donde

se llegó a establecer que en el papel higiénico encontrado en el piso de la habitación donde ocurrieron los hechos se hallaron restos de espermatozoides, pericia que ha precisado que son producto de una eyaculación y/o limpiamiento y no ha sido cuestionada en el juicio oral ni en la audiencia de apelación.

D. Se consolida la incriminación del menor con la testimonial de Víctor Javier Condori Quispe, quien en el momento de los hechos estuvo debajo de la cama y escuchó gemidos, así como vio caer al piso papeles higiénicos, que fueron sometidos a pericia biológica; además, el Fiscal Provincial Walter Gálvez Condori en su declaración testimonial señaló que el sentenciado en presencia de su abogado reconoció haber tenido sexo oral con el menor, lo que se hizo constar en el acta de constatación, testimonial que tampoco ha sido objeto de cuestionamiento por la defensa.

E. De otro lado, la incriminación del menor se ha realizado desde la etapa preliminar y la observación hecha por la defensa del sentenciado en el sentido de que su primera versión refiere que solamente rozó o acercó el miembro viril del sentenciado y posteriormente indicó que lo succionó, no puede significar variación de la incriminación, más aún si se tiene en cuenta que el menor tenía trece años de edad.

TERCERO: La situación de hecho, objeto de subsunción jurídica, está claramente definida y, por lo demás, no corresponde a este Tribunal de Casación examinarla o, en su caso, valorarla, por expreso mandato del artículo cuatrocientos treinta y dos, apartado dos del Código Procesal Penal. Es de puntualizar, al respecto, que el recurso de casación por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia y es de cognición

limitada, pues debe formularse a partir del supuesto de hecho establecido en la sentencia, a efectos de examinar si el caso se resolvió de acuerdo a la ley sustantiva aplicable, mas no para revisar la solución del problema probatorio que antecedió al juicio de culpabilidad establecido en la sentencia, ya que esta cuestión atañe a lo que es la valoración de la prueba ajena al recurso de casación; es decir, la eliminación del error judicial en puridad no se hace por efecto de una nueva valoración de la prueba.

CUARTO: En efecto, el recurso extraordinario de casación no es un instrumento que permita continuar el debate fáctico y jurídico realizado en el proceso fenecido, a manera de instancia adicional a las ordinarias, sino que su interposición deriva del agravio que la decisión impugnada le habría causado por haber sido emitida con <<inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías>>, <<inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad>>, <<indebida aplicación, errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal>>, <<falta o manifiesta ilogicidad de la motivación>> y <<apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema>>.

4. Inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad.

QUINTO: El recurrente denunció, en primer lugar, que se realizó la audiencia de apelación con intervención del Juez Superior Jorge Abat Salazar Calla, pese a que ese mismo día se dio por concluida su designación como integrante de la Sala Penal de Apelaciones, incurriéndose en causal de nulidad. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las causales de nulidad son taxativas y que la denuncia,

bien sea de la vulneración del debido proceso u otra garantía constitucional, exige claras y precisas pautas demostrativas.

SEXTO: En el presente caso, el hecho de que el magistrado Salazar Calla interviniera en la audiencia de apelación y suscriba la sentencia de vista cuestionada, lejos de traslucirse como origen de una irregularidad, es demostrativo del cuidado con el que se actuó para garantizar la culminación y evitar dilaciones indebidas en el juicio seguido contra Peñaloza Espinoza por el delito de violación sexual de menor.

Es por ello que se declaró inadmisibile el recurso de casación por la causal de inobservancia de norma legal de carácter procesal sancionada con nulidad.

5. Inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal: afectación de la tutela jurisdiccional efectiva, presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y derecho de defensa.

SÉPTIMO: De otro lado, como segundo agravio el recurrente denunció el haber sido condenado sin prueba suficiente y pese a existir duda razonable respecto a su responsabilidad penal; que, además, no se habrían valorado los dictámenes periciales y la declaración de los peritos actuados en el juicio oral y la audiencia de apelación, ni se describió la información proporcionada por cada uno de los peritos. En contrario a lo que se sostiene, se verifica que existe una perfecta correspondencia entre la prueba que sirvió de sustento a la condena y su posterior confirmatoria por la sentencia de vista impugnada, pues el Tribunal Superior fundó su convicción sobre la realización del delito y la responsabilidad penal del imputado, principalmente en el testimonio del menor agraviado, el examen pericial de biología forense de fojas veintiuno -el cual concluyó que en los dos fragmentos de papel higiénico se

encontraron restos de espermatozoides- y en el acta de constatación de fojas ciento cuatro, en la que el procesado Peñaloza Espinoza -en presencia del representante del Ministerio Público y de su abogado- reconoció haber tenido sexo oral con el menor.

OCTAVO: De otro lado, el argumento de ausencia de prueba suficiente y la existencia de una duda razonable, constituye una cuestión relativa a la valoración probatoria con remisión a cuestiones de hecho, pruebas y apreciaciones subjetivas del recurrente; es decir, sus argumentos se evidencian como una simple discrepancia de la valoración probatoria efectuada por el Tribunal, lo cual es inadmisibles en el recurso de casación, ya que cuando en sede extraordinaria se denuncian errores de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, compete al recurrente identificar nítidamente el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de prueba sobre los que sustenta el error, e indicar de forma clara y objetiva su contenido, y no limitarse a enfocar de otra manera hechos ya debatidos en el juicio o pruebas examinadas en su oportunidad por el juzgador, lo que es contrario a la casación, pues tratándose de una acción extraordinaria la eliminación del error judicial no se hace por efecto de una nueva valoración de las pruebas -no se puede accionar para revisar la solución del problema probatorio que atañe a la valoración de la prueba-, toda vez que el Tribunal de mérito por mandato constitucional es libre en la valoración y selección de las pruebas que han de fundar su convencimiento, en la determinación de los hechos que con ellas se demuestren.

En consecuencia, este motivo casacional carece de fundabilidad.

6. Manifiesta ilogicidad de la motivación y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema.

NOVENO: En la fundamentación de este motivo de falta de logicidad en la motivación, no es válida la afirmación de una simple inconformidad con la valoración efectuada en la sentencia o la discrepancia con los fundamentos jurídicos del fallo, sino que debe encaminarse a demostrar con precisión la carencia absoluta o parcial de logicidad en la motivación, debido a errores relevantes en la apreciación de las pruebas, porque distorsiona o desborda los límites de racionalidad en su valoración.

DÉCIMO: En efecto, como se tiene indicado, el recurso de casación no es de libre formulación, razón por la cual no es procedente hacer cualquier clase de cuestionamiento a una sentencia, que por ser la culminación de un proceso está amparada por la doble presunción de acierto y legalidad, de manera que el éxito del motivo no depende de la multiplicidad indiscriminada de criterios personales, ni de lo extenso del contenido del recurso, sino de la argumentación que conlleve de manera lógica, precisa, coherente y jurídica a la demostración de que la sentencia es ilegal, por haber incurrido en vicios de juicios o de procedimiento, según el caso.

DÉCIMO PRIMERO: El recurrente sustenta este motivo casacional en el hecho de que el menor agraviado al ser examinado por el médico legista no mencionó haber sido sometido a trato sexual vía oral, y este mismo argumento sirve para sustentar el motivo de apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, ya que considera que por ese hecho su testimonio incriminatorio no reúne los

requisitos formales establecidos en el Acuerdo Plenario número cero dos-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis.

DÉCIMO SEGUNDO: Esta argumentación conduce a concluir que la afirmación relativa a la falta de logicidad en la motivación no es cierta, pues la sindicación directa efectuada por el menor agraviado E.J.MS. no deja de ser persistente por el sólo hecho de no haber mencionado durante el examen médico legal haber sido víctima de trato sexual vía oral, ni esa omisión es por sí misma una causal que destruya lo sostenido en sus declaraciones prestadas en la etapa preliminar y judicial, que se refuerzan con las otras pruebas -pericial y documental- valoradas por el Tribunal, contra las que no existe ningún concreto cuestionamiento ni se aporta dato alguno en el que se pueda fundar una posible indebida influencia sobre el menor o una falta de neutralidad de los peritos y de los que intervinieron en el acta de constatación.

DÉCIMO TERCERO: En este contexto, lo que se discute realmente no es la manifiesta ilogicidad en la motivación, sino que el recurrente presenta su particular percepción sobre la forma cómo ocurrieron los hechos y el mérito que, a su criterio, debe otorgarse a las pruebas que formaron convicción en el juzgador. Se observa que en realidad existe una divergencia de criterios, sin enunciarse expresamente ni tampoco demostrarse la concreta configuración de un desacierto en el fallo, incluso con el mismo texto argumentativo se propuso dos motivos casacionales, transgrediéndose el principio de autonomía que rige el recurso de casación, según el cual con el argumento de un motivo casacional no se puede sustentar otro.

En consecuencia, no se evidencia la falta de logicidad en la motivación ni el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la

Corte Suprema, pues el recurso ha quedado convertido en un simple alegato de instancia vedado en sede casacional.

7. Ejercicio de las facultades oficiosas de la Sala de Casación Penal.

DÉCIMO CUARTO: Si bien las impropiedades advertidas podría conllevar a declarar infundado el recurso de casación respecto a los motivos concedidos relativos a la comisión del delito investigado y la responsabilidad penal del imputado; sin embargo, en el extremo de la pena se observa vulneración a la garantía constitucional de la debida motivación, que amerita el ejercicio de las facultades oficiosas de esta Sala de Casación Penal, de conformidad con lo dispuesto en el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal.

DÉCIMO QUINTO: En la actualidad existe doctrina mayoritaria que entiende que el injusto penal debe contener tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, o lo que es lo mismo, que la norma penal debe entenderse tanto como norma objetiva de valoración como norma subjetiva de determinación. Son varios los argumentos para optar por una tesis en este sentido. En primer lugar, si se tiene en cuenta que las funciones del derecho penal están dadas por la función de motivación y la función de protección de bienes jurídicos, puede llegarse a entender que el injusto se constituye por el desvalor de acción y por el de resultado.

DÉCIMO SEXTO: En el caso del ordenamiento peruano, es necesario entender el injusto penal como un ente complejo, compuesto por el desvalor de acción, y por el de resultado de manera conjunta, ya que el principio de lesividad opera no en la fase estática de la previsión legal, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta

punible. Se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, en el sentido de que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna típica, concurre el desvalor de resultado, entendido como el impacto en el bien jurídico tutelado, al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al dañarlo, y en ello consiste la denominada antijuridicidad material.

DÉCIMO SÉPTIMO: Al valorarse una conducta como la que es objeto de análisis se debe identificar la pena concreta dentro del espacio y límites prefijados por la pena básica, y la solicitada en la acusación, en función a una circunstancia legalmente relevante, consistente en que si bien el sexo oral posee una significación sexual equivalente al coito vaginal o anal, la boca no sólo no está destinada por la naturaleza para ser receptora de la penetración copular natural, sino que careciendo de glándulas de evolución y proyección erógenas como la vagina, sólo sirve para el desfogue libidinoso o satisfacción del agente, y es esto lo que posibilita apreciar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta, permitiendo de este modo ponderar el alcance cualitativo y cuantitativo de la pena y elegir la que resulte útil a su autor, en concordancia con los principios de proporcionalidad y racionalidad, así como teniendo en cuenta la función resocializadora de la pena.

DÉCIMO OCTAVO: Los incisos cinco y veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú establecen que es principio y derecho de la función jurisdiccional la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias y que régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

De otro lado, el artículo ciento cuarenta y uno de la Constitución establece que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación conforme a ley; es decir, no sólo es la máxima instancia de la jurisdicción ordinaria, sino que además tiene como atribución la de actuar como Tribunal de Casación de acuerdo a su especialidad.

DÉCIMO NOVENO: El inciso uno del artículo veintiséis de nuevo Código Procesal Penal establece que a la Sala Penal de la Corte Suprema le compete conocer del recurso de casación interpuesto contra las sentencias y autos expedidos en segunda instancia por las Salas Penales de las Cortes Superiores. Este recurso extraordinario tiene tres finalidades esenciales: **1.** La función nomofiláctica o control de legalidad, que supone la competencia de la Corte Suprema de verificar que los órganos jurisdiccionales inferiores efectúen una correcta interpretación y aplicación de la ley a los fallos judiciales, sean estas de carácter sustantivo o adjetivo en materia penal: con esta finalidad se busca la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

2. La función unificadora, pues a través de la unificación de la jurisprudencia nacional con efectos vinculantes se busca obtener una justicia más predecible y menos arbitraria. Asimismo, persigue que se garanticen la certeza y seguridad jurídica, el interés social y la permanencia del postulado igualitario. **3.** En menor medida garantiza la tutela de garantías constitucionales, sean estas de carácter procesal (lógica en la motivación, debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, entre otros) o sustantiva (principio de legalidad, derecho a la intimidad).

VIGÉSIMO: Según doctrina nacional San Martín Castro, la casación tiene una finalidad eminentemente defensora del ius constitutionis del ordenamiento jurídico, a través de dos vías: a) la función nomofiláctica,

que importa la protección o salvaguarda de las normas del ordenamiento jurídico; y b) la unificación uniformadora de la jurisprudencia en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Y citando a Andrés Martínez Arrieta, este señala que la casación contemporáneamente se configura como un recurso que desarrolla su actuación para asegurar la interdicción de la arbitrariedad, tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como en la unificación de la interpretación penal y procesal. Los principios de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica se concretan a través de la finalidad de la casación, de garantizar la unidad de la aplicación de la ley **y hacer justicia en el caso concreto**, instituyéndose de este modo en un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad.¹

A decir de Hinojosa Segovia, citado por Roberto E. Cáceres J. y Ronald D. Iparraguirre, son dos los fines primordiales de la casación: la revisión o control de la aplicación de la ley hecha por los Tribunales de instancia (función nomofiláctica) y la unificación de criterios jurisprudenciales. A esta doble función clásica se ha añadido una tercera: la de velar por el cumplimiento de las garantías constitucionales, (...) para luego concluir, que en definitiva lo que se busca con este recurso es que se garantice el valor seguridad jurídica y la unidad en la aplicación judicial del derecho y la tutela de los derechos materiales y procesales de carácter constitucional frente a las lesiones que puede causar el juez en su labor diaria. Es decir, que se proteja la integridad de los derechos fundamentales.²

1 SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio; Derecho Procesal Penal; Editorial Grijley – Segunda Edición – 2003; Pgs.991-992.

2 CÁCERES, Roberto E. y Ronald D. IPARRAGUIERRE; Código Procesal Comentado; Juristas Editores 2007 -2002; Pg.485.

VIGÉSIMO PRIMERO: Lo anterior ha conllevado a que el principio de limitación que rige la casación penal, según el cual la Corte Suprema sólo está facultada a pronunciarse respecto a las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, no tenga un alcance absoluto sino relativo, de conformidad con lo dispuesto en el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y dos del Código Procesal Penal, al señalarse que dicha restricción es sin perjuicio de las **cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso, cuando se advierta que la decisión es contraria a la Constitución y la ley**. Esta disposición es el producto de la evolución que el recurso extraordinario de casación ha experimentado a lo largo de su historia, que de mecanismo de control de legalidad, pasó a ser también a uno de control constitucional. Por eso, el inciso uno del artículo cuatrocientos veintinueve del Código acotado estable como causal de casación la inobservancia de algunas de las garantías constitucionales de carácter procesal o penal.

VIGÉSIMO SEGUNDO: En ese sentido, surge con nitidez que la casación oficiosa procede no sólo cuando la sentencia de segunda instancia se dicta en un juicio viciado de nulidad, sino también cuando sea violatoria, directa o indirectamente de una garantía constitucional de carácter procesal o penal. Por tanto, este Supremo Tribunal se pronunciará de manera oficiosa en este caso, no para analizar el juicio de culpabilidad establecido en la sentencia, sino el derecho a la debida motivación de las resoluciones, específicamente el deber de motivar la respuesta punitiva, sobre lo cual incidirá el presente análisis.

8. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

VIGÉSIMO TERCERO: El derecho a la motivación de las resoluciones, tal como ha tenido la oportunidad de precisar el Tribunal Constitucional (Expediente Número cinco mil seiscientos uno-dos mil seis-PA/TC. Fundamento jurídico tres) *"...constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional"*.

En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria *per se* no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción.

VIGÉSIMO CUARTO: En efecto, toda sentencia que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho o mejor dicho, que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón, será una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional (cfr Expediente Número setecientos veintiocho-dos mil ocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamuja Hilaes, fundamento ocho). Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales guarda concordancia con el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, que surge del Estado Democrático de Derecho (*artículo tres y cuarenta y tres de la Constitución Política*) y tiene un doble significado: **a)** En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, **b)** en un sentido moderno y concreto, la

arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (Expediente Número noventa-dos mil cuatro-AA/TC. Fundamento jurídico doce). A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (*artículo 44º, de la Norma Fundamental*).

VIGÉSIMO QUINTO: El contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exige que exista: **a)** fundamentación jurídica; que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; **b)** congruencia entre lo pedido y lo resuelto; que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y **c)** que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

9. Deber de motivación y restricciones de derechos fundamentales

VIGÉSIMO SEXTO: Asimismo, es preciso recalcar que el deber de motivación de las resoluciones judiciales es aún mayor cuando se trate de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales (Cfr. Expediente Número setecientos veintiocho-dos mil ocho-PHC/TC, caso Llamuja Hilares, fundamento jurídico dieciocho), y a su vez, tanto mayor sea la restricción, mayores serán los deberes de motivación. Y es que si el objeto de la obligación constitucional de justificar la decisión adoptada

radica en racionalizar la actuación del poder público, a efectos de evitar la arbitrariedad y el puro subjetivismo de quienes actúan desde el poder estatal, dicho deber se acrecienta en supuestos en los que hay una mayor discrecionalidad o en los que la consecuencia de la decisión sea más grave. En tal sentido, un acto estatal que restrinja los derechos fundamentales con una mayor intensidad, merecerá una mayor justificación. Así, cabe citar a modo de ejemplo que para el caso de una restricción grave del derecho a la libertad personal como el internamiento en un establecimiento penitenciario, la exigencia de la motivación de la pena concretamente impuesta -en este caso treinta años de pena privativa de libertad- debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible evaluar si el juez penal ha obrado teniendo en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

VIGÉSIMO OCTAVO: En el caso de autos, atendiendo a que se trata de una sentencia que condena al recurrente a una pena privativa de libertad de treinta años, la grave intervención en los derechos del condenado que comporta esta sanción penal acrecienta los deberes de motivación del órgano jurisdiccional que impone la pena como del que la confirma; sin embargo, en la sentencia de vista de fojas ciento cinco no existe ninguna motivación sobre la respuesta punitiva y se limita a analizar los medios probatorios que formaron convicción en el juzgador sobre la responsabilidad penal de procesado Peñaloza Espinoza, omitiéndose cualquier análisis sobre la pena.

VIGÉSIMO NOVENO: Siendo esto así, conforme a lo expuesto, debe estimarse de manera oficiosa el recurso de casación, declarándose la nulidad parcial de la sentencia de vista, con respecto al extremo de la pena impuesta al procesado Peñaloza Espinoza, quedando firme el

extremo que lo condena por el delito de violación sexual de menor de trece años de edad. Asimismo, cabe señalar que la presente estimatoria oficiosa se justifica excepcionalmente por no existir motivación alguna respecto de la pena, pese a la grave intervención en los derechos del condenado que implica una sanción penal de treinta años de pena privativa de libertad.

10. Función y Etapas de la Determinación Judicial de la Pena.

TRIGÉSIMO: En efecto, una vez establecida la existencia de un delito y estando vigente el interés del Estado por castigar este hecho resulta necesario determinar la consecuencia jurídico-penal que le corresponde al delito cometido. La determinación judicial de la pena tiene por función, identificar y decidir la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un delito; se trata, por tanto, de un procedimiento técnico y valorativo de individualización de sanciones penales. Al respecto, el séptimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario número uno-dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha precisado: *"Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales"*.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Esta actividad, intrínsecamente judicial, permite constatar el concreto contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida

de pena; actividad que a su vez implicará el *quantum* de su merecimiento y necesidad (político-criminal) de pena.³

La Corte Suprema, al amparo del artículo cuarenta y cinco del Código Penal, ha precisado que la graduación de la pena debe ser el resultado de la gravedad de los hechos cometidos, de la responsabilidad del agente y de su cultura y carencias personales [Ejecutoria Suprema número cinco mil dos-noventa y seis-B/Cusco, del veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis]; en consecuencia, la determinación judicial de la pena se estructura y desarrolla en base a etapas o fases. Tradicionalmente, la doctrina y la legislación han identificado en este procedimiento dos etapas secuenciales. En la primera etapa se deben definir los límites de la pena o penas aplicables; se trata de la identificación de la *pena básica*, en cuya virtud corresponde establecer un espacio punitivo que tiene un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final. En la segunda etapa se debe identificar la *pena concreta* dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se realiza en función a la presencia de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en cada caso concreto.

11. El principio de proporcionalidad de la pena.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Por el principio de proporcionalidad, en su vertiente de la "prohibición del exceso", los jueces hacen un control del valor constitucional de las leyes penales y obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio en la infracción y la sanción penal a imponer al caso concreto. Los Tribunales de Justicia, y en este caso la

³ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA: *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*. En: InDret, Revista para el análisis del Derecho 2/2007, Barcelona, páginas 5 y 6.

Sala Penal Suprema, deben asumir la postura, como todo Tribunal de Justicia en el mundo "cuando se trata de fiscalizar las decisiones político criminales del legislador".⁴

TRIGÉSIMO TERCERO: Por ello, se deben establecer en la Constitución como límites al *ius puniendi*, y como controles derivados de los derechos humanos y de la ciencia del Derecho Penal, los principios de dignidad del ser humano, igualdad ante la ley, proporcionalidad, conducta, lesividad de bienes jurídicos y culpabilidad. La pena que establezca el legislador al delito deberá ser proporcional a la importancia social del hecho; en este sentido, no deben de admitirse penas o medidas de seguridad, exageradas o irracionales en relación con la prevención del delito. Por consiguiente, hay que distinguir dos exigencias: La pena debe ser proporcional al delito, es decir, no debe ser exagerada (La proporcionalidad se medirá con base en la importancia social del hecho). La necesidad de la proporcionalidad se desprende de la exigencia de una prevención general, capaz de producir sus efectos en la colectividad.

De este modo, el Derecho Penal debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos, según el grado de afectación al bien jurídico.

12. La constitucionalización del sistema punitivo y los límites al legislador penal. El sistema punitivo en el marco de la Constitución.

TRIGÉSIMO CUARTO: 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

⁴ LOPERA MESA, Gloria Patricia. Principio de Proporcionalidad y Ley Penal. Madrid; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, página 18.

ocho de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de mil setecientos ochenta y nueve 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. En el caso del ordenamiento jurídico peruano, la Constitución de mil novecientos noventa y tres ha establecido, en lo que se refiere a la actividad punitiva del Estado, determinadas garantías, 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 dos, inciso veinticuatro, apartado "d"); **b)** el principio de culpabilidad, contenido implícitamente en la cláusula del Estado de Derecho (artículos tres y cuarenta y tres), así como en el principio-derecho de dignidad humana (artículo uno) y en el principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo dos, inciso uno); y, **c)** el principio de proporcionalidad (último párrafo del artículo doscientos); entre otras.

Dentro de las segundas, las garantías procesales, destacan: **a)** los derechos fundamentales al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo ciento treinta y nueve, inciso tres); **b)** la publicidad de los procesos (artículo ciento treinta y nueve, inciso cuatro); **c)** el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (artículo ciento treinta y nueve, inciso cinco); entre otras.

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, que sólo pueden ser entendidos hoy en el marco de la Constitución.

13. *El ius puniendi en el Estado Social y democrático de derecho*

TRIGÉSIMO QUINTO: 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; que se encuentra consagrado, entre otras disposiciones, en los artículos tres y cuarenta y tres de la Constitución, y se sustenta en los principios básicos de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, 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.

TRIGÉSIMO SEXTO: 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". 5

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.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Lo antes expuesto exige precisar cuáles son los fines de la pena en el Estado democrático y social de derecho. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º cero diecinueve-dos mil cinco-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

5 MIR PUIG, SANTIAGO; El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ariel, Barcelona, 1994, página 29-31.

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, 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 veinticuatro del artículo dos 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 veintidós del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución)". 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. (...)". 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.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Conforme a lo antes expuesto, en el Estado democrático y social de derecho el juzgador 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.

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 juzgador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de una «discrecionalidad relativa», según la cual posee un determinado nivel de autonomía, encontrándose vinculado por las garantías antes mencionadas, así como por los principios y valores de la Constitución, tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el ya mencionado principio de proporcionalidad, de manera que en la determinación de la pena concreta, no puede establecer penas que resulten desproporcionadas respecto del ilícito cometido.

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 doscientos 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, caso contrario el juez podría corregir el exceso.

TRIGÉSIMO NOVENO: Debido a la propia naturaleza del principio de proporcionalidad (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, en este caso la libertad personal.

El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por el juzgador en la determinación judicial de la pena, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la pena concretamente impuesta que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de esta medida es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que la orienta. Al respecto, es de desarrollar 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 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.

CUADRAGÉSIMO: 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, la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre la pena concreta, a través de la intervención del juzgador, y el fin propuesto por el Legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.

- *Examen de necesidad.* En materia penal, el examen de necesidad exige que se tome en cuenta el *carácter fragmentario del Derecho Penal*. Es decir, la represión penal por parte del Estado exige criterios de utilidad debido a que la sanción penal afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo, de modo que es necesario articular el juicio de necesidad de pena con la misión del 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.

De este modo, en el Estado Constitucional, la respuesta punitiva, al encontrarse relacionada con la limitación de un derecho fundamental tanpreciado como es la libertad individual, debe ser proporcional y razonable en cada caso, conforme lo establecen los artículo VIII, IX y X del Título Preliminar del Código Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con lo dispuesto en el inciso dos del artículo cuatrocientos treinta y tres del Código Procesal Penal, en concordancia con el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta y cuatro del acotado Código, y actuando como sede de instancia:

- I. Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación por las causales de inobservancia de la garantía constitucional de carácter procesal -afectación de la tutela jurisdiccional efectiva, presunción de inocencia, in dubio pro reo y derecho de defensa-, manifiesta ilogicidad de la motivación y apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, interpuesto por el procesado Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza contra la sentencia de vista de fojas noventa y ocho, del ocho de marzo de dos mil once -del cuaderno de apelación-, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y cuatro, del quince de setiembre de dos mil diez -del cuaderno de debates-, que lo condenó como autor del delito contra la Libertad Sexual en la modalidad de violación de menor de trece años de edad vía sexo oral, en perjuicio del menor de iniciales E.J.M.S. y ordenó tratamiento terapéutico, así como fijó en diez mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil.

- II. Declararon **de oficio casar** la sentencia por falta de motivación en el extremo que confirmó la pena privativa de libertad de treinta años impuesta a Manuel Adolfo Peñaloza Espinoza, en consecuencia **NULO** dicho extremo, actuando en sede de instancia **reformaron** la sentencia de segunda instancia y le impusieron quince años de pena privativa de libertad.
- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia privada por Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a la no recurrente.
- IV. **MANDARON** que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

BMP/mss.

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

UNIDAD V: DERECHO PENAL, PODER JUDICIAL Y PREVENCIÓN DEL DELITO

- SENTENCIA EXP.19-2005-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° 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**

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° 28568, que modifica el artículo 47° 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 2° 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 139° de la Constitución)

Petitorio: Que se declare la inconstitucionalidad del Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47° 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 139º 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° 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 2º 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 139º.

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 2º 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 él, 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 143º (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 si 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 137º 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, dispuso 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 prelación absoluta 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 Antejuicio Político. 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 `disuación, 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 47° 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 204° 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 103° 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 83°, 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° (...) 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 138° 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 103° 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 sententiae*, 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 2°, y artículos 37° y 173° 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 82º 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 impugnanatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.
64. Precítese 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° 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.

Precísese 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 137º 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 V: DERECHO PENAL, PODER JUDICIAL Y PREVENCIÓN DEL DELITO

- SENTENCIA EXP.803-2003-TC

EXP. N.º 803-2003-HC/TC
AREQUIPA
PEDRO FELIPE CUBA RAMIREZ O
SALVADOR MAMANI QUISPE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 30 días del mes de noviembre de 2004, reunida la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini Presidente; Bardelli Lartirigoyen y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Pedro Felipe Cuba Ramírez ó Salvador Mamani Quispe, contra la resolución de la Sala Penal de Vacaciones de la Corte Superior de Arequipa, de fojas 64, su fecha 20 de febrero de 2003, que declaró improcedente de plano la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente con fecha 30 de enero de 2003 interpone acción de hábeas corpus contra la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Arequipa, integrada por los señores Vocales Juan Chávez Zapater, Jorge Luis Salas Arenas, e Isac Rubio Zevallos, por violación a su derecho constitucional a la libertad personal. Refiere que la Sala emplazada le revoca el beneficio penitenciario de semi libertad que le fuera concedido por el Tercer Juzgado Penal de Lima en el Proceso Penal N.º 72-896 seguido en su contra; aduce que la emplazada arbitrariamente dispuso que cumpla con el integro de la pena revocada de tres años, la que comienza a correr desde el 28 de octubre de 2002 y vence el 27 de octubre de 2005; asimismo que ilegalmente la accionada dispuso que a partir de esta última se empiece a cumplir la segunda pena por la que se encuentra recluso. Finalmente, alega que la acumulación aritmética de las penas impuestas lesiona su derecho a la libertad individual .

El Segundo Juzgado Especializado Penal de Arequipa declaro improcedente in limine la acción de hábeas corpus, con fecha 31 de enero de 2003, por considerar que la acción de garantía no vía idónea para su reclamación dado que anomalías que pudieran cometerse deben ventilarse y resolverse al interior del mismo proceso mediante el ejercicio de los recursos que franquea la ley ordinaria, fojas 30.

La recurrida confirmo la apelada al considerar que no proceden las acciones de garantía contra resoluciones expedidas dentro de un proceso regular.

FUNDAMENTOS

§1. Del rechazo liminar

1. Los artículos 6.º, 27.º y 37.º de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo N° 23506, establecen las causales de improcedencia manifiesta en que deben incurrir las acciones de garantía, para ser rechazadas de plano o in limine; al respecto, del estudio de autos no se advierte que la presente acción incurra en uno de los supuestos legales anotados y no siendo esta una facultad discrecional de la judicatura; resultaría procedente admitir a trámite el presente proceso constitucional.
2. No obstante ello, considerando que los presupuestos que motivaron al ad-quem a disponer que el accionante cumpla con el íntegro de la pena revocada para posteriormente dar inicio al cumplimiento de la segunda pena, permanecen inalterables por celeridad y economía procesal, a efectos de evitar las dilaciones innecesarias que acarrearía un nuevo tránsito por la vía judicial. En aplicación del artículo 42º de su Ley Orgánica N° 26435, este Colegiado estima necesario pronunciarse sobre el fondo de la demanda, esto es la vulneración constitucional invocada; las que a decir del demandante están referidas a la acumulación aritmética de las penas impuestas

§2. Delimitación del petitorio

3. El accionante sustenta su pretensión en la resolución judicial que supuestamente lesiona su derecho constitucional a la libertad personal y al principio de legalidad penal; en el cual los emplazados disponen la acumulación de las penas que le fueran impuestas.
4. En atención a la importancia del tema en revisión, este Tribunal ha decidido analizar la naturaleza e implicancia de las penas desde una perspectiva legal y vinculante
5. Conforme lo puntualizado en reiterada jurisprudencia por este Colegiado, las normas del ordenamiento jurídico nacional, en particular, aquellas que tienen relación con los derechos y libertades fundamentales, deben ser interpretadas con los tratados en materia de derechos humanos en los que el Estado Peruano sea parte

§3. Del Derecho a la Integridad Personal

6. Que, el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, reconoce que las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. Concordante con el artículo 139.º inc. 22 de la Constitución Política del Perú.

Preceptos recogidos por el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal que asigna a la pena una función preventiva, protectora y resocializadora, ya que las medidas de seguridad persiguen fines de tutela, curación y rehabilitación

7. Siendo así que en el Estado Constitucional de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, constituye uno de los principios del régimen

penitenciario, que, a su vez, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala "el régimen penitenciario consistirá *en un tratamiento*"

§4. De los fines y funciones de la pena

9. Al margen de la ardua polémica que, con respecto a los fines de la pena existe, conforme lo enunciado en reiterada jurisprudencia, este Colegiado considera que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la **función de prevención especial positiva**, al consagrar el principio según el cual, el "régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad"; tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.
10. Este principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia, comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones de cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el cuántum de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.
11. Desde esa perspectiva, el enunciado constitucional constituye per se un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el cuántum de la pena. En efecto, cualquiera sea la regulación de esecúntum o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" del penado a la sociedad. Finalidad que es atribuible a toda clase de penas, llámense estas privativa de libertad, de

multa, limitativa de derechos, pena restrictiva de libertad y por tanto, aplicable a las diversas clases de penas.

12. En tal sentido las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario 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 sociedad.

En este orden de ideas, la denominada "cadena perpetua", - conforme lo enunciara este Supremo Tribunal en la STC 010-2003-AI- en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo, carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

13. No obstante ello y en paralelo a la función de prevención especial positiva, se encuentra la **función preventiva de penas y medidas de seguridad** garantizados en el artículo IX del mismo Título Preliminar, precepto que debe interpretarse sistemáticamente de modo indispensable con el artículo I; en tal sentido llegaremos al convencimiento que ambas funciones, las de prevención y protección; y las de resocialización se encuentran reguladas, en el primer artículo al enunciar que la legislación penal tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y la sociedad. Interpretación que le asigna a la pena las funciones de prevención, protección y resocialización que emanan de la misión y sentido de la **legislación penal** lo que no es otra cosa que la prevención del delito como medio de protección de bienes jurídicos.

14. Así los fines preventivos de la pena plantean un Derecho Penal vinculado a la evitación de delitos y faltas como tarea primaria de la legislación punitiva, en tanto que los fines de protección asignados se relacionan con la tutela de bienes jurídicos, sean personales o colectivos.

§5. Del mínimo y del máximo de las penas privativas de libertad en la legislación

15. El Código Penal en su artículo 29° reconoce que la pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. Estableciendo que en el primer caso, el de las penas temporales éstas tendrán una duración mínima de dos días y una máxima de 35 años.
16. En tal sentido, establecer el mínimo de la pena es sencillo, cosa que no ocurre en el caso de establecer los plazos máximos; tanto más si la sanción a imponerse debe estar en proporcionalidad al daño ocasionado por el delito, al bien jurídico afectado, atendiendo a su naturaleza y a las circunstancias de su comisión

§. 6. Del límite constitucional a las penas

17. La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140.º de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado Peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N.º 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

§. 7. De la pena de cadena perpetua

18. Con relación a la pena de cadena perpetua, conforme lo enunciado en reiterada jurisprudencia este Tribunal considera que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, dicha restricción puede culminar con la anulación de ésta; dado que no solo el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino que la libertad constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, independientemente del bien jurídico que el condenado haya podido infringir.
20. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales, tanto más si el internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila el carácter rehabilitador de la pena cuya función es formar al interno en el uso responsable de su libertad.
21. Sin embargo, el Tribunal Constitucional –conforme lo enunciara en la STC N.º10-2003-AI- no considera que lo intemporal de la sanción, lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza; sino que de acuerdo a lo expresado, exhorto al legislador a dictar medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación.
22. Lo cual es congruente con el Estatuto de la Corte Penal Intencional, que, actualmente, para supuestos análogos, ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años pues permitirá contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.

22. Precisada esta regla general debe aclararse que dichas medidas legislativas fueron cumplidas con la dación del Decreto legislativo N.º 921 que norma la cadena perpetua, al establecer que dicha pena será revisada cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de la libertad, revisión que se realiza conforme a lo establecido en el Código de Ejecución Penal; revisión de la sentencia condenatoria que permitirá evaluar si el cuantum de la pena transcurrida logro su finalidad esencial, esto es la reforma y la readaptación social del penado
23. Así es menester enfatizar que los treinticinco años de pena privativa de libertad, que deben transcurrir previos a la revisión de la sentencia condenatoria; que dispone el legislador para los delitos de terrorismo en el decreto legislativo acotado, constituyen el máximo de la pena privativa de libertad, dependiendo de la mandato expreso de la ley.
24. Con relación a la pretensión del accionante resulta necesario precisar que, de acuerdo a lo prescrito por la norma constitucional, la libertad personal es no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; pues se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.

A mayor abundamiento los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho, por el conflicto entre un derecho constitucional y uno o más derechos constitucionales, por el conflicto entre un derecho constitucional y uno o varios bienes jurídicos constitucionales, o por la legislación que desarrolle o regule su ejercicio [Remotti Carbonell, José Carlos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura,

funcionamiento y jurisprudencia, Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2003).

25. El caso de autos se encuentra comprendido en el primer tipo de límites. En efecto, conforme al artículo 2, inciso 24, literal b) de la Constitución, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Por tanto, para esclarecer la controversia debe establecerse si la aplicación sucesiva de penas al condenado que, gozando del beneficio de semilibertad, comete un nuevo delito, constituye una restricción del derecho a la libertad prevista en la ley y es compatible con la Constitución.

Para precisar la noción de “casos previstos en la ley”, como límite del derecho a la libertad, se debe aplicar la regla de interpretación constitucional de los derechos fundamentales, que señala que las normas relativas a estos derechos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

En tal sentido, el artículo 9°, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ella. Del mismo modo, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone en su artículo 7°, inciso 2, que nadie puede ser privado de su libertad física salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Por tanto, la restricción constitucional de la libertad deberá sujetarse a los procedimientos, causas y condiciones previstas en la ley.

26. En cuanto al procedimiento previsto por la ley para restringir la libertad del demandante, de autos se aprecia que las condenas a pena privativa de la libertad que se le impuso derivan de procedimientos judiciales regulares que no han sido cuestionados en la presente acción. En efecto, como se señaló en el caso Dionicio Llajaruna Sare Expediente N.º 1593-2003-HC/TC): “[...] desde que se expide la sentencia condenatoria, el sentenciado se encuentra temporalmente restringido en el ejercicio libre de su libertad locomotora. Tal restricción constitucionalmente ha de prolongarse hasta que se cumpla con la totalidad de la pena impuesta [...]”, salvo que el condenado obtenga los beneficios penitenciarios que le permitan nuevamente el ejercicio de su libertad. Por tanto, el procedimiento establecido por la ley para restringir la libertad se ha seguido en el presente caso.
27. Respecto de las causas previstas en la ley para la restricción de la libertad, ellas están previstas en el ordenamiento jurídico penal, ya que el demandante fue condenado por la comisión de dos delitos en distinta época. Por tanto, en el presente caso se ha respetado el principio de legalidad penal.
28. En cuanto a las condiciones previstas en la ley, el Tribunal se remite a la legislación penitenciaria. Al respecto, el Código de Ejecución Penal contempla la posibilidad del beneficio penitenciario de semilibertad en su artículo 50º, precisando que el beneficio será concedido en los casos en que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento permitan suponer que no cometerá nuevo delito. De producirse este hecho, el mismo cuerpo normativo ha establecido, en su artículo 52º, que: “La semilibertad se revoca si el beneficiado comete un nuevo delito doloso o incumple las reglas de conducta establecidas en el artículo 58º del Código Penal, en cuanto sean aplicables”.

Por tanto, conforme lo expresado por este Tribunal en el caso Santos Walter o Juan Carlos Quispe Ramos Expediente N.º 0871-2003-HC/TC: “(...) la pena que resta por cumplir respecto del primer delito resulta independiente respecto de la pena que deberá también cumplir por la comisión del segundo, toda vez que fue cometido con posterioridad a la sentencia dictada por el primer delito, cuando el recurrente se encontraba gozando del beneficio penitenciario de semilibertad, por lo que debe disponerse su cumplimiento en forma sucesiva”.

29. Por consiguiente, la aplicación sucesiva de penas al demandante ha sido dictada con arreglo al artículo 2º, inciso 24, literal b) de la Constitución, que establece que los límites del derecho a la libertad deben sujetarse a los procedimientos, causas y condiciones previstas en la ley, en consecuencia, no se acredita la vulneración constitucional que sustenta la demanda.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA