

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA PENAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA
PENAL CONSTITUCIONAL

SEGUNDO SEMINARIO

Lima, mayo 2006



JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA PENAL CONSTITUCIONAL.

Segundo Seminario

Coordinador: César Landa

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra
sin el consentimiento expreso de su autor.*

© Copyright : TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Ancash 390
El Cercado, LIMA
(1) 427-5814
Website: www.tc.gob.pe

© Copyright 2006 PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telf. (511) 243-6664
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

Impresión y Encuadernación:
GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Los Olivos

Diagramación : ROLANDO BARTOLO MESÍAS

Diseño de Carátula : GUSTAVO MORÁN JOHNCON

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2006-3732

ISBN: 9972-224-13-9

Proyecto Editorial N.º 31501010600197

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

CONTENIDO

SECCIÓN JURISPRUDENCIA:

§1 El principio de legalidad penal	13
1.1 El principio de legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
a) Inconstitucionalidad del delito de traición a la patria / Mandato de determinación. STC 0010-2002-AI/TC	13
b) Garantía de la Lex previa STC 3201-2003-HC/TC	19
c) Garantía de la Lex previa en delitos permanentes: desaparición forzada STC 2488-2002-HC/TC	21
1.2 El control constitucional de la subsunción penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
a) Delito de peculado: carácter público de los fondos STC 139-2002-HC/TC	22
b) Inexistencia de limitaciones para la justicia constitucional STC 1230-2002-HC/TC	25
c) Improcedencia por no haber sentencia condenatoria firme STC 290-2002-HC/TC	26
d) Criterios para un control constitucional de la subsunción penal STC 2758-2004-HC/TC	26
§2 <i>El Ne bis in idem</i>	33
a) Ne bis in idem: Fundamento constitucional STC 2050-2002-AA/TC	33
b) Ne bis in idem procesal: Nulidad de proceso STC 0793-2003-HC/TC	36
c) Ne bis in idem: sanción penal y sanción disciplinaria STC 2868-2004-AA/TC	39
§3 El control constitucional de la investigación preliminar, el auto apertorio de instrucción y restricciones a la libertad individual en el proceso penal	55
3.1 La investigación preliminar STC. N° 6167-2005-PHC/TC	55
3.2 El auto apertorio de instrucción	
a) STC 3390-2005-PHC/TC	59
b) STC 8125-2005-PHC/TC	63
3.3 La Detención Judicial	
3.3.1 Detención judicial y presunción de Inocencia	
a) STC 0005-2001-AI/TC	71
b) STC 0010-2002-AI/TC	71

3.2.2	Subsidiariedad, provisionalidad, proporcionalidad y razonabilidad de la detención judicial	
	STC 1091-2002-HC/TC	73
3.2.3	Plazo máximo y plazo razonable de la detención judicial	
a)	Plazo máximo de detención en nuevos procesos por sentencias del Fuero Militar anuladas.	
	STC 1170-2001-HC/TC	88
b)	Duplicidad automática y prolongación del plazo de la detención judicial	
	STC 0330-2002-HC/TC	90
c)	Duplicidad y prolongación del plazo de la detención judicial	
	STC 0290-2002-HC/TC	92
d)	Derecho a ser juzgado en un plazo razonable	
	STC 2196-2002-HC/TC	92
e)	Responsabilidad penal de jueces que vulneran el derecho al plazo razonable	
	STC 3771-2004-HC/TC	102
f)	Plazo máximo de detención y acumulación de procesos	
	STC 2798-2004-HC/TC	103
3.4	La Detención domiciliaria	
a)	Subsidiariedad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad en la detención domiciliaria.	
	STC 1565-2002-HC/TC	104
b)	Imposibilidad de acumular los plazos de detención domiciliaria a los plazos detención preventiva	
	STC 2717-2002-HC/TC	109
c)	Detención domiciliaria: peligro procesal	
	STC 2712-2002-HC/TC	111
d)	Detención domiciliaria: peligro procesal y apariencia del derecho	
	STC 2712-2002-HC/TC	113
e)	Imposibilidad de equiparar la detención domiciliaria y detención judicial	
	STC 0731-2004-HC/TC	115
f)	Detención domiciliaria: Inconstitucionalidad de su equiparación con la detención judicial	
	STC 0019-2005-AI/TC	120
§4	Ejecución de la pena	141
4.1	Los fines de la pena	
a)	Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional	
	STC 0019-2005-AI/TC	141
b)	Fin resocializador de la pena y cadena perpetua	
	STC 0010-2002-AI/TC	146
4.2	El hábeas corpus correctivo	
a)	Hábeas corpus correctivo: definición	
	STC 590-2001-HC/TC	151
b)	Responsabilidad de la Administración penitenciaria por la salud	

Contenido

de los internos STC 1429-2002-HC/TC	152
c) Hábeas corpus correctivo: constatación <i>in situ</i> . STC 2333-2004-HC/TC	161
4.3 Reparación civil como regla de conducta e interdicción de la prisión por deudas. STC 1428-2002-HC/TC	169
4.4 Resocialización y beneficios penitenciarios STC 0010-2002-AI/TC	172
4.5 Concesión de beneficios penitenciarios	
a) Beneficios penitenciarios: concesión no obligatoria STC 1181-2002-HC/TC	174
b) Necesaria evaluación jurisdiccional de la conducta del condenado a fin de determinar si procede la concesión. STC 1607-2003-HC/TC	175
c) Beneficios penitenciarios y debida motivación STC 1593-2003-HC/TC	176
4.6 Revocación de beneficios penitenciarios por la comisión de nuevo delito STC 1084-2003-HC/TC	177
4.7 Aplicación temporal de la ley penitenciaria	
a) Aplicación de la ley más favorable STC 0804-2002-HC/TC	180
b) Normas de ejecución penal como normas procedimentales/ derecho al procedimiento preestablecido STC 2196-2002-HC	181
c) Normas de ejecución penal como normas procedimentales/ derecho al procedimiento preestablecido STC 1593-203-HC/TC	185
§5 Interdicción de la <i>reformatio in pejus</i>	195
a) Interdicción de la <i>reformatio in pejus</i> y derecho de defensa STC 1231-2002-HC/TC	195
b) Interdicción de la <i>reformatio in pejus</i> ; Tipo penal y <i>quantum</i> de pena STC 1553-2003-HC/TC	198
c) Interdicción de la <i>reformatio in pejus</i> : derecho a interponer recursos STC 1918-202-HC/TC	200
§6 Juez natural y juez predeterminado por ley	203
6.1 Reserva de ley y predeterminación de las funciones jurisdiccionales	
a) Reserva de ley orgánica STC 004-2001-AI/TC	203
b) Juez natural y reserva de ley orgánica: No impide subespecialización mediante resolución administrativa. STC 1330-2002-HC/TC	205
c) Juez predeterminado por ley en los procesos anticorrupción STC 290-2002-HC/TC	207
d) Nulidad de juicio oral realizado por jueces sin rostro, ya que no permite valorar la competencia del juzgador	

STC 2494-2002-HC/TC	211
e) Juez natural y derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley.	
STC 1934-2002-HC/TC	213
6.2 Justicia ordinaria y justicia militar	
6.2.1 Unidad de la Función jurisdiccional y justicia militar	
a) STC 0017-2003-AI/TC	215
b) STC 0023-2003-HC/TC	217
6.2.2 Competencia de la justicia militar	226
a) Juez natural: se vulnera en casos de juzgamiento de civiles en el Fuero Militar.	
STC 005-2001-AI/TC	226
b) STC 004-2006-AI/TC	227
c) Fuero militar no es competente para el juzgamiento de civiles en casos distintos a traición a la patria y terrorismo	
STC 00217-2002-HC/TC	234
d) Juez natural: artículo 173 de la Constitución no autoriza que civiles sean juzgados por militares	
STC 010-2002-AI/TC	236
6.2.3 El delito de función	
a) STC 0017-2003-AI/TC	239
b) STC 1154-2002-HC/TC	241
c) STC 3194-2004-HC/TC	243
d) STC 3546-2004-HC/TC	259
SECCIÓN DOCTRINA:	
Interpretación constitucional y Derecho Penal	
CÉSAR LANDA	263
El control constitucional de la subsunción normativa realizada por la jurisdicción penal ordinaria	
CÉSAR E. SAN MARTÍN CASTRO	289
El principio de <i>ne bis in idem</i> en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
DINO CARLOS CARO CORIA	301
El control constitucional de la temporalidad de la prisión preventiva	
ROBERTO CARLOS PEREIRA CHUMPE	331
Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	
IVÁN MEINI	353

PRESENTACIÓN

La vinculación no siempre pacífica entre el Derecho Constitucional y el Derecho Penal se pone en evidencia a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la medida que los procesos constitucionales que tutelan la libertad individual y sus derechos conexos respecto del Poder Judicial, así como los procesos que controlan los excesos legislativos del Congreso o del Poder Ejecutivo son el instrumento que permite ir estableciendo un Derecho Penal Constitucional. Especialidad que es tributaria del Derecho Constitucional antes que del Derecho Penal, desde una perspectiva material; por ello goza de una autonomía relativa respecto a esta última.

Ello es así en la medida que los derechos fundamentales de configuración constitucional y los límites constitucionales a la libertad del legislador ordinario influyen directamente en la configuración legal e interpretación del ordenamiento penal; tanto en sus vertientes de Derecho sustantivo, procesal y de ejecución. Dado que la elaboración legislativa y la aplicación judicial del Derecho penal sólo es válida en el marco de la unidad del ordenamiento jurídico, que se funda en el principio de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido por el legislador constituyente.

Sin embargo, como decía el Juez Hughes, «nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen es», esta labor de interpretación de la Constitución a partir de los procesos constitucionales es una tarea reservada, aunque no de manera exclusiva y menos excluyente, al Tribunal Constitucional. No obstante son conocidas las divergencias entre las competencias constitucionales del Tribunal Constitucional y las competencias legales en materia penal del Poder Judicial.

De ahí que la relación existente entre la justicia constitucional y la justicia penal constituya un tema a ir delimitando por ambas jurisdicciones. Por cuanto, si bien el juez ordinario está subordinado a la ley, antes lo está a la Constitución, al punto que incluso puede inaplicar leyes que considere contrarias a la norma suprema. Pero, un Estado de Derecho basado en la Constitución no puede garantizar seguridad jurídica a los ciudadanos ni a sus propios funcionarios encargados de hacer cumplir las normas, si no existe una entidad encargada de realizar la función nomofiláctica de purificar el ordenamiento legal y corregir las interpretaciones jurídicas que no sean conformes con la Constitución.

Para ello el poder constituyente crea al Tribunal Constitucional sin desmedro de las tareas del Poder Judicial de interpretar la ley, salvo que de esta dependa la defensa de la Constitución, competencia que en última instancia en todo Estado de Derecho compete al Tribunal Constitucional.

Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en este libro se presenta busca ayudar a los operadores del derecho a delimitar la política criminal, desarrollar una jurisprudencia penal ordinaria y alentar a la dogmática a profundizarla, sobre la base de un Derecho Penal Constitucional. Más aún, si los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ordenan que la jurisprudencia y los precedentes que establezca el Tribunal Constitucional sean vinculantes vía jurisprudencial o normativa, respectivamente.

De allí que en este volumen cuente con dos Secciones. Una principal dedicada a la jurisprudencia constitucional y, otra, que compendia algunos artículos de la doctrina constitucional y penal que analiza la jurisprudencia del TC. En la primera Sección la jurisprudencia se ordena en función de seis temas centrales: el principio de legalidad penal; el *ne bis in idem*; el control constitucional de la investigación preliminar; el auto apertorio de instrucción y las restricciones a la libertad individual; la ejecución de la pena; la interdicción de la *reformatio in pejus*, y; el juez natural predeterminado por ley.

En la segunda Sección se incorporan artículos de colaboradores sobre el control constitucional de la subsunción normativa de la jurisdicción penal de César San Martín; el principio del *ne bis in idem* en la jurisprudencia constitucional de Carlos Caro; la temporalidad de la prisión preventiva de Roberto Pereira; los fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de la libertad de Iván Meini; y la interpretación constitucional y Derecho Penal del suscrito.

Se espera que este segundo esfuerzo editorial del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, con el concurso de Palestra editores, de difundir la jurisprudencia penal constitucional genere un puente de diálogo judicial y académico entre los operadores. El mismo que será de suma utilidad para el desarrollo y perfeccionamiento de la justicia constitucional, en beneficio de los justiciables y sus abogados, pero, sobre todo de los jueces, fiscales y procuradores del Estado.

Finalmente, deseo agradecer el aporte de los artículos de los colaboradores antes mencionados, así como, destacar la labor de selección de la jurisprudencia y la doctrina que estuvo a cargo de Camilo Suárez, asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Lima, mayo de 2006.

Mag. César Landa
Director General

JURISPRUDENCIA



§ 1

El principio de Legalidad Penal

1.1 El principio de legalidad penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- a) INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO DE TRAICIÓN A LA PATRIA / MANDATO DE DETERMINACIÓN

Exp. N.º 010-2002-AI [Acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Leyes que regulan los delitos de terrorismo y traición a la patria]

fecha de resolución: 3 de enero de 2003, fecha de publicación: 4 de enero de 2003, fundamentos jurídicos 36-41, 43-52 y 53-59, 68-78bis.

VII. La inconstitucionalidad del tipo penal de traición a la patria

36. El Tribunal Constitucional comparte el criterio sostenido por los demandantes en relación con el tipo penal para el delito de traición a la patria. En efecto, este delito no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo tipificado en el artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25475. Ello fluye del texto mismo del artículo 1.º del Decreto Ley N.º 25659, cuando indica que «*Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475*» (...). Similar criterio se deriva de un examen comparativo de las modalidades previstas en los artículos 1º y 2º del Decreto Ley N.º 25659 con las especiales características que se exigen en los artículos 3º y 4º del Decreto Ley N.º 25475. En esencia, pues, un mismo hecho está regulado bajo dos tipos penales distintos.

37. En la misma situación se encuentran los siguientes casos: el inciso a) del artículo 1.º y el inciso a) del artículo 2.º del Decreto

Ley N.º 25659, los que se asimilan a los artículos 2º y 3º, inciso a), primer párrafo, del Decreto Ley N.º 25475, respectivamente. El inciso b) del artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25659 se asimila al artículo 3.º, inciso a), segundo párrafo, del Decreto Ley N.º 25475. El inciso c) del artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25659 se asimila al inciso a) del artículo 4.º del Decreto Ley N.º 25475. Y, finalmente, el inciso b) del artículo 1.º del Decreto Ley N.º 25659 se asimila al inciso e) del artículo 4.º del Decreto Ley N.º 25475.

38. En este contexto, si la totalidad de los supuestos de hecho descritos en el tipo penal de traición a la patria se asimilan a las modalidades de terrorismo preexistentes; hay, pues, duplicación del mismo contenido. En esencia, el legislador sólo ha reiterado el contenido del delito de terrorismo en el tipo relativo al de traición a la patria, posibilitando con ello que un mismo hecho pueda indistintamente ser subsumido en cualquiera de los tipos penales y que, en su caso, con la elección del tipo penal aplicable, su juzgamiento pueda ser realizado, alternativamente, por los tribunales militares o por la jurisdicción ordinaria.

39. A juicio del Tribunal Constitucional, ello afecta el principio de legalidad penal, ya que da lugar a un inaceptable grado de discrecionalidad del Ministerio Público y las autoridades judiciales, quienes podrían subsumir la comisión de un mismo delito en distintos tipos penales. Ese ha sido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sostenido: «(...) las conductas típicas descritas en los Decretos Leyes N.ºs 25475 y 25659 –terrorismo y traición a la patria– (...) podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos. (...) La im-

precisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculcados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal de conocimiento y el proceso correspondiente» (Caso Castillo Petrucci, párrafo 119).

40. Además, el Tribunal Constitucional considera que, en el caso de las disposiciones impugnadas (artículos 1° y 2° del Decreto Ley N.° 25659), es posible detectar un vicio de irrazonabilidad de la ley, ya que mientras el legislador perseguía regular el tipo penal del delito de traición a la patria, sin embargo, al final, terminó regulando –en realidad, repitiendo– el tipo penal del delito de terrorismo. Y todo ello, con el propósito de sustraer a la competencia de los jueces de la jurisdicción ordinaria su juzgamiento, y, al mismo tiempo, modificar el régimen de las penas aplicables.

41. El Tribunal Constitucional estima, por lo tanto, que debe declararse la inconstitucionalidad de los artículos 1.° y 2.° del Decreto Ley N.° 25659 y, por conexión, debe extender sus efectos a los artículos 3.°, 4.°, 5.° y 7.° del mismo Decreto Ley N.° 25659.

Asimismo, por idéntica razón, son inconstitucionales los artículos 2°, 3° y 4° del mismo Decreto Ley N.° 25744. Finalmente, en lo que se refiere al artículo 8° del referido Decreto Ley N.° 25659, se debe precisar que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N.° 25659, el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325.° del Código Penal mantiene su plena eficacia, puesto que, como expresa el referido artículo 8.° del Decreto Ley N.° 25659, este no fue derogado sino quedó en suspenso.

(...)

VIII. El principio de legalidad respecto del tipo penal de terrorismo

43. Los demandantes consideran que el artículo 2.° del Decreto Ley N.° 25475, que contiene el tipo base del delito de terrorismo, vulnera el principio de legalidad penal reconocido en el artículo 2.°, inciso 24), literal «d», de la Constitución. En efecto, sostienen que, «en contra de esta disposición constitucio-

nal, que consagra el principio de legalidad, el artículo 2° del Decreto Ley 25475 define el llamado delito de terrorismo de manera abstracta, general e imprecisa, pues dice «realiza actos» pero no dice qué tipo de actos. El mismo artículo dice «empleando materias» pero no precisa qué tipo de materias, para luego agregar «o artefactos explosivos» como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo. Del mismo modo dice «cualquier otro medio».

El texto legal del artículo en cuestión es el siguiente:

«El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.»

Adicionalmente, afirman que el legislador «ha dejado el libre camino para interpretaciones extensivas inapropiadas, abusivas y arbitrarias, violatorias del principio de legalidad, base del ordenamiento penal».

44. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el literal «d» del inciso 24) del artículo 2.° de la Constitución Política del Perú, 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 (...)». Igualmente, ha sido recogido por los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 11.°, numeral 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9.°;

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15.º.

45. El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal «d» del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea «*expresa e inequívoca*» (*Lex certa*).

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

Esta exigencia de «*lex certa*» no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible *equivocidad*. Por eso se ha dicho, con razón, que «en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática porque ésta escapa incluso a las posibilidades del lenguaje» (CURY URZUA: Enrique: *La ley penal en blanco*. Temis, Bogotá, 1988, p. 69).

47. En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación

será inadmisibile, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Temis. Bogotá, 1989, p.35). Como lo ha sostenido este Tribunal en el Caso «Encuesta a boca de urna» (Exp. N.º 002-2001-AI/TC), citando el Caso Conally vs. General Cons. de la Corte Suprema Norteamericana, «una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad» (Fundamento Jurídico N.º 6).

48. Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que «*la exigencia de «lex certa» no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada*» (STC 69/1989).

49. En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan **tipos abiertos** que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.

50. Así resulta del examen del Código Penal promulgado mediante el Decreto Legislativo N.º 635, de 3 de abril de 1991, que usa figuras penales abiertas en los artículos 145.º y 179.º «cualquier otro medio», 154.º «u otro medio», 157.º «u otros aspectos», 161.º «u otro documento de naturaleza análoga», 170.º, 171.º, 172.º, 173.º, 174.º y 176.º «u otro análogo», 185.º «o cualquier otra conducta», 190.º «otro título semejante», 192.º «cualquier otro motivo», 196.º «otra forma fraudulenta», 198.º «cualquier medio fraudulento», el 210.º «cualquier otro acto», 233.º, 237.º, 253.º y 345.º «de cualquier manera», 238.º «cualquier medio»,

268° «cualquier artificio», 273° «cualquier clase», 276° y 280° «cualquier otro medio análogo», 277° «otros medios», 283° «similares», 330° «cualquier otro móvil innoble», 393°, 394°, 398°, 398°-A y 400° «cualquier otra ventaja» y 438° «de cualquier otro modo».

51. El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa (BUSTOS R., Juan: *Introducción al Derecho Penal*. Temis. Bogotá, 1986, p. 62; VILLAVICENCIO TERRE-ROS, Felipe: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1990, p.61).

52. Nuevamente, en la jurisprudencia constitucional comparada se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener «*un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término «concepto jurídico indeterminado» se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que no vulnera la exigencia de la lex certa (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada (...)»* (STC de 29 de septiembre de 1997).

(...)

§8.2. Examen de constitucionalidad de las normas cuestionadas con relación al principio de legalidad

53. Dentro de los criterios expuestos corresponde al Tribunal Constitucional analizar los dispositivos impugnados en la demanda.

54. La primera objeción de constitucionalidad que se hace a la norma en análisis

radica en que define el delito de terrorismo de manera «*abstracta, general e imprecisa*». Sobre este particular, debe tenerse presente que tanto las normas jurídicas, en general, como los tipos penales, en especial, tienen, por su propia naturaleza, un carácter abstracto y general; por lo que tales características, *per se*, no vulneran norma constitucional alguna.

55. Diferente es el caso del carácter «*impreciso*» de la norma penal que también se cuestiona; pues, como se ha indicado, el legislador, por mandato constitucional, debe tipificar los delitos de manera expresa e inequívoca, por lo que cabe analizar cada uno de los conceptos cuestionados a fin de verificar si se ha observado esta garantía.

56. Respecto a la frase «**realiza actos**», cuestionada por los demandantes en razón de que «*no precisa de qué tipo de actos se trata*», este Tribunal considera que esta supuesta imprecisión del tipo origina una aparente vulneración del principio de legalidad. Sin embargo, el Tribunal Constitucional aprecia que tal hecho no es suficiente para excluir, por inconstitucional, del tipo penal la palabra «actos», ya que tales «actos» son los que están dirigidos a afectar la vida, el cuerpo, la salud, etc., con el objeto de crear zozobra o pánico en la comunidad. Es decir, este Tribunal entiende que ella, como se desprende por lo demás de una interpretación lógica del precepto analizado, se refiere a la comisión de «delitos (...)». Así delimitado el alcance de la norma bajo análisis, presenta un grado de determinación razonable, suficiente para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, por lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de legalidad.

57. También se alega vulneración del principio de legalidad penal puesto que la norma en referencia utiliza la expresión «*empleando materias*». Se sostiene que es inconstitucional, pues no precisa qué tipo de materias, para luego agregar «*o artefactos explosivos (...), como si materia y artefacto explosivo fueran lo mismo*». Al respecto, este Tribunal

debe señalar que, si bien es cierto que la norma utiliza la frase «*empleando (...) materias o artefactos explosivos*», lo importante es evaluar si ella puede ser interpretada de manera que la prohibición penal quede adecuadamente determinada.

58. En este sentido, incluso desde una interpretación gramatical, es perfectamente posible concluir que el tipo penal se refiere a dos medios distintos: «materias explosivas» y «artefactos explosivos». Ambas expresiones tienen un significado distinto: la «materia explosiva» está referida a aquellas sustancias con potencialidad explosiva *per se*, que no requiere de mecanismos complejos en su elaboración; en cambio, el artefacto explosivo está referido a aquellos aparatos para cuya elaboración se requiere de conocimientos especiales. Adicionalmente, debe señalarse que la norma en cuestión no considera suficiente el uso de cualquier materia explosiva o artefacto explosivo, sino que requiere que éstas sean de una entidad tal que resulten capaces de causar cualquiera de los siguientes efectos: «*estrágos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado*».

59. Así precisado el alcance de la norma bajo análisis, presenta un grado de determinación razonable, suficiente, para delimitar el ámbito de la prohibición y para comunicar a los ciudadanos los alcances de la prohibición penal, por lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, no vulnera el principio de legalidad.

Desde luego, una interpretación distinta de la que se acaba de exponer, que amplíe el alcance de la prohibición penal por encima de los límites trazados (malam partem), resultaría contraria al principio de legalidad.

§8.3 Examen de la acción típica

(...)

68. **La segunda modalidad de la acción: actos contra bienes o servicios. Las cláusulas de interpretación analógica «medios de comunicación o de transporte de cualquier índole» y «cualquier otro bien o ser-**

vicio». Esta modalidad de acción típica ha sido individualizada por el legislador en los siguientes términos: «realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio».

69. Se observan dos cláusulas abiertas: La primera, referida a los medios de transporte «de cualquier índole», y, la segunda, a «cualquier otro bien y servicio» como objeto del atentado terrorista. En estos casos, el legislador ha utilizado las denominadas «cláusulas de interpretación o de extensión analógica», que son aquellas que dejan abierta la posibilidad de que el juzgador complete el tipo aplicando un razonamiento analógico.

70. Un primer aspecto a dilucidar es la adecuación al principio *lex certa* de las «cláusulas de extensión analógica». Para ello debe distinguirse dos supuestos diferentes: i) los casos de integración normativa, en los que, frente a un vacío normativo, el juzgador, utilizando la analogía con otras normas similares, crea una norma jurídica; y, ii) aquellos casos de interpretación jurídica en los que existe una norma, cuyo *sentido literal posible* regula el caso concreto, y el juzgador se limita a delimitar su alcance a través de un razonamiento analógico.

71. La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139.º, inciso 9), Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, Hurtado Pozo: *A propósito de la interpretación de la ley penal*. En Derecho N.º 46, PUCP, 1992, p. 89).

Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos. (BACIGALUPO: *El conflicto entre el Tribu-*

nal constitucional y el Tribunal Supremo. En: Revista Actualidad Penal, N.º 38, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas *sub exámine*, por lo que no atentan contra el principio de *lex certa*.

72. Afirmada la constitucionalidad de las cláusulas en examen, en razón de la no afectación de la *lex certa*, en aras de contribuir con una tutela cabal del principio de legalidad, es importante que este Tribunal Constitucional precise los límites admisibles de interpretación de las cláusulas en examen (*lex stricta*).

En esta perspectiva, del texto de la norma se observa que ambas cláusulas («*de cualquier índole*» y «*cualquier otro bien y servicio*») están precedidas de la indicación de diferentes bienes, los que tienen la condición de bienes jurídicos penalmente tutelados por la respectiva normatividad penal. En consecuencia, la interpretación de la cláusula «*contra la seguridad de (...) vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole*» debe limitar su alcance a las conductas constitutivas del delito contra la seguridad pública que afecten a vías o medios de transporte o comunicación.

73. Por las mismas razones, la cláusula «*contra la seguridad de (...) cualquier otro bien o servicio*» debe interpretarse en el sentido de que se refiere únicamente a *bienes o servicios* que posean tutela penal específica en las diferentes modalidades de delitos contra la seguridad pública, previstos en el Título XII del Libro Segundo del Código Penal.

74. Tales pautas interpretativas, una vez más es preciso indicarlo, no afectan el principio de legalidad penal, pues se derivan de la propia formulación del precepto penal impugnado; de manera que, cuando este Tribunal Constitucional adiciona un sentido interpretativo, con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal (*bonam parten*).

§8.4. Tercera modalidad: Examen de los medios típicos

75. La norma se refiere a los «*armamentos*» como medio para la comisión del delito de terrorismo. Si bien una lectura superficial podría llevar a incluir dentro del alcance de esta expresión a cualquier instrumento vulnerante o contundente que sirva para causar un daño mayor que el que se podría causar con las manos; sin embargo, la propia norma limita los alcances del término comprendiendo sólo a aquellas armas que sean capaces de «*causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado*». (Véase PEÑA CABRERA, *Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista*. Grijley, Lima, p. 75). Una interpretación que no tenga en consideración la potencialidad dañosa que debe tener el armamento, vulneraría el principio de legalidad.

76. Con relación a la frase «*cualquier otro medio*» puede suscitarse, *prima facie*, algún cuestionamiento, pues, ella individualmente considerada, parecería tratarse de una cláusula indeterminada. Sin embargo, la propia norma permite determinar el contenido de los medios típicos por dos aspectos: en primer lugar, debe tratarse de un medio equivalente a los «*armamentos, materia o artefactos explosivos*» y, en segundo lugar, su idoneidad para «*causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado*». En ese sentido, el Tribunal Constitucional juzga que una interpretación que extienda la prohibición al uso de cualquier medio, sin consideración a su equivalencia racional con «*armamentos, materias o artefactos explosivos*» y su potencial referido sólo a los casos de grave dañosidad, vulneraría el principio de *lex stricta*.

77. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que el texto del artículo 2º del Decreto Ley N.º 25475 emite un mensaje que posibilita que el ciudadano conozca el contenido de la prohibición, de manera que pueda diferenciar lo que está prohibido de lo que está permitido. Solo existe indeterminación en el tipo penal en relación con la necesidad de precisar el alcance de la expresión «ac-

tos» que debe ser entendida como hechos ilícitos, para precisar una más exacta delimitación conceptual. Dentro de los márgenes de indeterminación razonable que contiene esta norma, la aplicación de este dispositivo debe orientarse en el sentido indicado en las pautas interpretativas de esta sentencia, por lo que las interpretaciones que inobserven estas pautas vulneran el principio de legalidad (*lex stricta*).

78. En consecuencia, el artículo 2° de Decreto Ley 25475 subsiste con su mismo texto, el mismo que deberá ser interpretado de acuerdo con los párrafos anteriores de esta sentencia: *«El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años.»*

78bis. Finalmente, el Tribunal Constitucional debe señalar que el delito previsto en el artículo 2° del Decreto Ley N°. 25475, exige necesariamente la concurrencia de los tres elementos o modalidades del tipo penal, además de la intencionalidad del agente. En efecto, como antes se ha descrito, el artículo 2 en referencia establece un tipo penal que incorpora tres elementos objetivos, los cuales deben concurrir necesariamente para la configuración del delito de terrorismo. La falta de uno de ellos, hace imposible la tipificación.

b) GARANTIA DE LA LEX PREVIA

Exp. N.º 3201-2003-HC/TC [Javier Francisco Rodríguez Vences]

fecha de resolución 18 de diciembre de 2003 fecha de publicación, 10 de mayo de 2004

EXP. N.º 3201-2003-HC/TC

LIMA

JAVIER FRANCISCO

RODRÍGUEZ VENCES

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 18 días del mes de diciembre de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Aguirre Roca y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Javier Francisco Rodríguez Vences contra la resolución de la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 51, su fecha 27 de agosto de 2003, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de julio de 2003, el recurrente interpone acción de hábeas corpus en contra de los magistrados de la Primera Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, con el objeto de que se deje sin efecto la Resolución N.º 448, de fecha 7 de marzo de 2003, recaída en el Expediente N.º 880-98, que declaró improcedente la excepción de prescripción que interpuso; y, consecuentemente, se disponga el levantamiento de las órdenes de captura e impedimento de salida del país que pesan en su contra. Alega que la mencionada decisión jurisdiccional vulnera el principio de favorabilidad y sus derechos a la libertad personal y al debido proceso; que la cuestionada resolución es arbitraria por haber interpretado que los documentos que sirvieron de base a las imputaciones penales son documentos públicos, sin

tomar en consideración que en dos oportunidades anteriores la misma Sala Penal, de conformidad con lo opinado por los representantes del Ministerio Público, declaró fundada la excepción de prescripción deducida por dos coprocesados. Asimismo, considera que la cuestionada resolución es arbitraria por aplicar a su caso el artículo 433° del Código Penal de 1991, el mismo que no regía al momento de ocurrir los hechos por los que se abrió instrucción en su contra (febrero a junio de 1990) por los delitos de estafa, defraudación y falsificación de documentos.

La Presidenta de la Sala emplazada manifiesta que la resolución cuestionada se emitió dentro de un proceso regular en el que se otorgaron todas las garantías al recurrente, agregando que éste interpuso, extemporáneamente, el recurso de nulidad contra la resolución que ahora cuestiona mediante la presente demanda.

El Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, contesta la demanda y solicita que sea declarada improcedente, de conformidad con los incisos a) y b) de la Ley N.° 25398.

El Cuadragésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, con fecha 12 de agosto de 2003, declaró improcedente la demanda, por considerar que el recurrente pretende cuestionar una resolución judicial emanada de un proceso regular.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. La presente acción de hábeas corpus tiene por objeto que se deje sin efecto la resolución expedida por la Primera Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 7 de marzo de 2003, por considerar que al declarar improcedente la excepción de prescripción del ejercicio de la acción penal, la Sala emplazada vulneró el principio de irretroactividad de la ley, al haber aplicado, en sentido desfavorable, el artículo 433° del Código Penal de 1991, que equipara los títulos valores a documentos públicos, y además porque calificó las facturas

comerciales, guías de transporte terrestre y conocimiento de embarque como documentos públicos, pese a que, según alega, son documentos privados.

2. Habida cuenta de que en el presente caso existe una orden de captura e impedimento de salida del país en contra del accionante, es la eventual afectación del derecho a la libertad individual la que, en última instancia, debe determinarse, por lo que el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos.

3. La resolución cuestionada declaró improcedente la excepción de prescripción del ejercicio de la acción penal, por estimar: a) que las facturas comerciales, guías de transporte terrestre y conocimientos de embarque –cuya falsedad se alega en el proceso penal– son valores de emisión, los mismos que, de acuerdo con el artículo 364° del Código Penal de 1924, eran sancionados por el delito de falsificación de documentos con penitenciaría no mayor de diez años, siempre que no se tratara de documentos privados, y b) que es aplicable el artículo 433° del Código Penal vigente, que equipara a documento público los títulos valores y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador; consecuentemente, teniendo en cuenta que el artículo 427° del Código Penal vigente, así como el artículo 364° del Código Penal derogado, sancionan el delito de falsificación de documentos públicos con una pena máxima de 10 años, no ha operado la prescripción de la acción penal.

4. Al respecto, debe mencionarse, en primer lugar, que la calificación de un documento como público o privado no es competencia de este Tribunal, ni es materia propia de un proceso constitucional como el hábeas corpus analizar si el acto cuestionado se ha efectuado en términos o no de la ley correspondiente, puesto que ello constituye un asunto de mera legalidad y, desde ese punto de vista, competencia propia de la justicia ordinaria.

5. En segundo lugar, respecto de la aplicación retroactiva del artículo 433° del Cód-

go Penal vigente, debe mencionarse que el artículo 103° de la Constitución Política establece que «(...) Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (...)». Por tanto, teniendo en cuenta que los hechos materia de persecución penal ocurrieron entre los meses de febrero y junio de 1990, cuando se encontraba vigente el Código Penal de 1924, no se debió aplicar al accionante el artículo 433° del Código Penal vigente, que equipara a documento público los títulos valores y los títulos de crédito transmisibles por endoso o al portador, entre otros, toda vez que resultaba desfavorable al accionante, pues al aplicarle una norma que no existía en el Código Penal de 1924, se ha dispuesto su persecución por el delito de falsificación de documentos públicos.

6. En consecuencia, teniendo en cuenta que la resolución cuestionada ha sido emitida aplicando, retroactivamente, el artículo 433° del Código Penal vigente y que este resulta desfavorable al accionante, debe estimarse la demanda de autos, debiendo ordenarse la expedición de otra resolución conforme a derecho.

FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADO** el hábeas corpus.
2. Nula la Resolución N.° 448, de fecha 7 de marzo de 2003, expedida por la Primera Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.
3. Ordena que el mencionado órgano jurisdiccional expida una nueva resolución conforme a derecho.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

AGUIRRE ROCA

GARCÍA TOMA

- c) GARANTIA DE LEX PREVIA EN DELITOS PERMANENTES: DESAPARICION FORZADA

Exp. N° 2488-2002-HC/TC [Genaro Villegas Namuche],

fecha de resolución 18 de marzo de 2004, fecha de publicación 22 de marzo de 2004, fundamento jurídico N° 36.

§ 7. Procesos por desaparición forzada frente al principio de legalidad

26. Finalmente, si bien cuando se produjo la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables, por los otros delitos concurrentes en los hechos.

En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24,d de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la Lex previa, según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito.

La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal.

Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

1.2 El control constitucional de la subsunción penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

a) DELITO DE PECULADO: CARACTER PUBLICO DE LOS FONDOS

Exp. N° 139-2002-HC/TC [LUIS GUILLERMO BEDOYA DE VIVANCO]

fecha de resolución: 29 de enero de 2002. fecha de publicación 5 de febrero de 2002

EXP. N° 139-2002-HC/TC

LUIS GUILLERMO
BEDOYA DE VIVANCO
LIMA.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintinueve días del mes de enero del dos mil dos, el Tribunal Constitucional, reunido en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados: Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent; Díaz Valverde; Acosta Sánchez y Revoredo Marsano pronuncia la siguiente sentencia:

ASUNTO

Recurso Extraordinario interpuesto por don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha siete de enero del dos mil dos, que declara improcedente la acción de hábeas corpus interpuesta.

ANTECEDENTES

Con fecha seis de diciembre del dos mil uno, don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco interpone acción de hábeas corpus contra los Vocales Superiores integrantes de la Sala Penal Especializada en Delitos de Corrupción, doctores Inés Villa Bonilla, Roberto Barandiarán Dempwolf e Inés Tello de Ñecco, quienes emitieron la Resolución N° 235 del once de octubre del año dos mil uno, confir-

mando la resolución del veintisiete de julio de dos mil uno emitida por el Primer Juzgado Penal Especial, por considerar que ratificaron de modo arbitrario la detención de la que viene siendo objeto.

Especifica el accionante que con fecha veinte de julio solicitó al Primer Juzgado Penal Especial se variara la medida de detención que venía sufriendo, por la de comparecencia, en base a las pruebas actuadas en el proceso y conforme a las cuales se ha puesto en duda el origen de los fondos aportados en su campaña, lo que ha desvirtuado que los mismos tengan necesariamente carácter público. Por otra parte, ha demostrado que en el mes de junio de mil novecientos noventa y nueve, no era funcionario público, por lo que no puede ser acusado de complicidad en peculado. Ha demostrado, igualmente, que tiene arraigo personal, profesional, económico y político, que carece de antecedentes y se ha presentado a todas las diligencias incluso cuando se ordenó su detención, lo que descarta suponer la existencia de riesgo procesal. Consecuentemente no se da ninguno de los supuestos previstos por el Artículo 135° del Código Procesal Penal, para disponer o mantener su detención. Añade que el citado Juzgado, pese a admitir la existencia de duda razonable en torno a la procedencia del dinero que tenía en su poder el señor Vladimiro Montesinos Torres, dado su origen tanto público como privado, procedió a denegar de manera inconstitucional su libertad, al margen de lo dispuesto en el último párrafo del antes citado dispositivo legal, que establece que el juez puede variar la medida de detención, cuando nuevas pruebas hayan puesto en cuestión la suficiencia de las anteriores. En otras palabras el juzgado aplicó la duda razonable en su perjuicio y no a su favor, como manda la Constitución. El mismo juzgado, igualmente, no se pronunció tampoco sobre el principal argumento que utilizó al formular su pedido de variación de la detención por comparecencia, y que se refería a la no posibilidad de fuga y de perturbación de la actividad probatoria, tanto más cuando ha sido el propio accionante quien aportó los elemen-

tos de prueba dentro del proceso. Por otro lado y cuando se elevó el expediente a la segunda instancia, fue el propio Fiscal quien reconoció que el tema fundamental de dicho proceso era el relativo al origen de los fondos y que sobre ello existía duda, motivo por el que se pronunciaba en favor de su libertad, a parte de admitir la carencia de riesgo procesal en su caso. La Sala emplazada, no obstante lo señalado, no se pronunció sobre ninguno de dichos temas lo que supone una evidente infracción al debido proceso.

El Segundo Juzgado Especializado en Derecho Público de fojas ciento treinta y siete a ciento treinta y nueve, declara improcedente de plano la acción, por considerar que conforme al Artículo 6° inciso 2) de la Ley N° 23506, no proceden las garantías contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular y que, conforme al Artículo 10° de la Ley N° 25398, las presuntas irregularidades cometidas en un proceso deben ser corregidas al interior del mismo, mediante los recursos específicos. Agrega, que el actor pretende utilizar la vía procesal constitucional con la finalidad de enervar un pronunciamiento judicial y que se disponga su libertad, pero que dicha pretensión desnaturaliza el ámbito de protección de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional, por último, ha señalado en diversos casos que no procede el hábeas corpus cuando el accionante tiene instrucción abierta o se haya sometido a juicio por los hechos que originan la acción de garantía.

La recurrida, emitida en mayoría, declara igualmente improcedente la acción, por estimar que en materia de acciones de garantía contra resoluciones judiciales que limitan la libertad individual, solo resultan amparables las promovidas contra mandatos emanados de procesos irregulares y que éstos, como lo señala el Tribunal Constitucional, son los que afectan las garantías del debido proceso o alguno de los derechos fundamentales de carácter procesal. El actor, sin embargo, pretende objetar una resolución judicial emanada de un proceso regular por haberle sido desfavorable, cuando de haber detectado al-

guna anomalía debió recurrir a los recursos que las normas procesales específicas establecen. Contra esta resolución se promueve recurso extraordinario.

FUNDAMENTOS

1. Conforme aparece en el escrito de hábeas corpus, el petitorio cuestiona las resoluciones judiciales que deniegan la solicitud de variación del mandato de detención por el de comparecencia de don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, por considerar que las mismas han sido emitidas en forma arbitraria y en violación de principios constitucionales, vulnerando el debido proceso y la libertad individual del accionante.

2. En el presente caso, ha sido la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima la que ha emitido pronunciamiento en segunda instancia, en el mismo sentido, aunque sin confirmar expresamente, la resolución de primera instancia. Sin embargo, dada la naturaleza de la acción de hábeas corpus, le correspondería ser tramitada ante una Sala Penal. Pese a ello, en vista de lo dispuesto por los Artículos 1° y 2° de la Resolución Administrativa N° 192-2001-CE-PJ del veintisiete de diciembre de dos mil uno, que explica tal competencia, y en consideración al principio de la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional encuentra que la competencia de la citada Sala Civil es conforme a la Constitución.

3. Por otra parte, se aprecia de las resoluciones de primera y segunda instancia que ha existido un rechazo liminar de la demanda, que conllevaría a la reestructuración del proceso por vicios de forma. Sin embargo, este Colegiado opta - como lo ha hecho en casos similares- por prescindir de la fórmula contemplada en la segunda parte del Artículo 42° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435, en consideración a la urgente e inmediata tutela de los derechos constitucionales objeto de reclamación y con la finalidad de evitar una indebida, prolongada e irreparable afectación al derecho a la libertad individual, opción que le está abierta a este Tribunal.

4. En cuanto al fondo, al peticionario se le revocó el mandato de comparecencia por el

de detención, en aplicación del artículo 135° del Código Procesal Penal. Este dispositivo señala que el juez puede dictar mandato de detención cuando atendiendo a los primeros recaudos acompañados por el Fiscal Provincial sea posible determinar: 1.- que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso 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 para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. 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».

Considera el Tribunal que los tres incisos del artículo 135° del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin que proceda la medida de detención. En el caso de autos, al peticionario se le acusa de haber participado en el delito doloso de peculado, por lo que, para que proceda la detención, deben existir suficientes elementos probatorios de ese delito, y de su participación en él. Sin embargo, durante la actuación de las pruebas, apareció información que disminuye el grado de certeza de las pruebas existentes en un primer momento. En efecto, tanto el Fiscal Superior –en su Dictamen N° 010-01-E, a fojas sesenta y sesenta vuelta- como el juez –en su resolución a fojas treinta y seis y treinta y siete- admiten que no se ha probado si el dinero recibido por el peticionario provenía de fondos públicos o eran de fuente privada. La duda nace, porque parece que Vladimiro Montesinos recibía dinero de ambas fuentes, que confluían en un pozo común.

El delito de peculado, para quedar tipificado, requiere necesariamente, entre otros, el elemento de la calificación de los fondos utilizados como públicos, no pudiendo configurarse el tipo penal si se tratase de dinero de fuente privada: al existir duda razonable en cuanto al origen del dinero recibido por el

peticionario, existe también duda en cuanto a la tipificación del delito de peculado y por ende, de la incursión del presente caso en los incisos 1) y 2) del Artículo 135° del Código Procesal Penal, que exigen la comisión de un delito doloso y una pena mayor de cuatro años para que proceda el mandato de detención: debe prevalecer, en consecuencia, el principio constitucional de *in dubio pro reo*. En lo que atañe al requisito establecido en el inciso c) del Artículo 135° del Código Procesal Penal, este Colegiado considera que la conducta del procesado no permite concluir, razonablemente, que al ser puesto en libertad evadirá la acción de la Justicia, pues en autos consta que ha cooperado con las diligencias del proceso, como lo reconoce la propia Fiscalía y que carece de antecedentes penales.

5. En consecuencia, se ha vulnerado el principio del debido proceso, al no meritarse los hechos a la luz de los alcances del artículo 135° del Código Procesal Penal y del principio constitucional *in dubio pro reo*, por lo que se estima razonable la pretensión demandada, sin perjuicio de que las autoridades judiciales ordinarias continúen desarrollando el proceso penal correspondiente y de que adopten las medidas que juzguen necesarias para garantizar la presencia del accionante en el mismo.

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

FALLA

REVOCANDO la recurrida que declaró improcedente la acción de hábeas corpus y **REFORMANDOLA** declara **FUNDADA** la acción de hábeas corpus interpuesta por don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, y en consecuencia, ordena dejar sin efecto el mandato de detención dictado en su contra en el proceso seguido ante el Primer Juzgado Penal Especial, Expediente N° 13-01, debiendo disponerse su inmediata excarcelación, sin perjuicio de tomarse las medidas procesales pertinentes para asegurar su presencia en el proceso. Dispone la notificación a las partes,

su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

AGUIRRE ROCA
REY TERRY
NUGENT
DIAZ VALVERDE
ACOSTA SANCHEZ
REVOREDO MARSANO

- b) INEXISTENCIA DE LIMITACIONES PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Exp. N° 1230-2002-HC/TC [César Humberto Tineo Cabrera]

fecha de resolución: 20 de junio de 2002, fecha de publicación: 29 de agosto de 2002

FUNDAMENTO SINGULAR DEL MAGISTRADO AGUIRRE ROCA

Este fundamento singular tiene por objeto dejar constancia de que, si bien concuerdo con el fallo o parte final y dispositiva de la sentencia (S), no me ocurre lo mismo –con el debido respeto por la opinión de mis colegas– respecto de la parte de la fundamentación en que se sostiene (o, por lo menos, así lo entiendo) que en la evaluación y revisión de las resoluciones judiciales penales, llegadas vía recurso extraordinario, la competencia del Tribunal Constitucional está limitada por la regularidad formal del procedimiento del que emanan, y por la independencia del Juez que las emite.

Estimo, de un lado, que para el Tribunal Constitucional no hay en el campo penal, así como no lo hay en el civil, castrense o cualquier otro, zonas vedadas, ni cotos cerrados; y, de otro, que la limitación de la «regularidad del procedimiento», que aparece en el artículo 200°, inciso 2) de la Constitución, opera respecto de la acción de amparo, pero no de la de habeas corpus, pues, en efecto, en el inciso 1) del citado artículo 200°, que es el correspondiente al habeas corpus, no aparece tal limitación; amén de que –valga precisarlo– la regularidad procesal en cuestión, no se agota

en las meras formas externas, pues dicho concepto abarca, necesariamente, la regularidad sustantiva.

Por lo demás, en dos recientes pronunciamientos, recaídos en sendas acciones de habeas corpus (Exp. 290-2002-HC/TC, y 290-02-HC/TC), el Tribunal Constitucional estimó necesario precisar, y así lo hizo, que la limitación del citado artículo 200°, inciso 2), relacionada con el amparo, no opera en el campo del habeas corpus, y este criterio, según el artículo 55° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), no puede ser variado con menos de seis (6) votos conformes, cosa que no ocurre con la sentencia que motiva este fundamento singular, pues en ella, precisamente, respecto de tal criterio, mi voto discrepante deja la concordancia en no más de cinco (5) votos.

También conviene dejar constancia de que el hecho de que considere nula la parte de la sentencia suprema que condena por una especie delictiva no comprendida textualmente en la acusación (y este es, en verdad, el único fundamento decisivo o *sine qua non* que comparto con la S), pero que sí pertenece a la misma familia o género, y cuya gravedad resulta menor, no significa que a mi juicio dicha sentencia se encuentre desprovista de toda *sindéresis*, pues es sabido que un tal fallo tiene apoyo en reiterada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia y, asimismo, en jurisprudencia análoga de otros ordenamientos jurídicos de la misma estirpe. En suma, este es un caso en que, sin perjuicio de respetar la razonabilidad del criterio impugnado, creo procedente que el Tribunal, en resguardo del derecho de defensa, y habida cuenta de su propia jurisprudencia y de la normatividad objetiva vigente, ponga de manifiesto, tal como en este fallo se hace, su desacuerdo y declare, por tanto, fundado –considerando a su propio criterio como el mejor de los dos– el correspondiente habeas corpus.

No cabe duda de que existe, en el fondo de este asunto, un problema casuístico, acompañado de uno de economía procesal y de teleología legal. En efecto, no es imposible que

al defenderse el justiciable de una determinada acusación (tipo legal), resulte admitiendo u ofreciendo prueba suficiente de haber incurrido en una menor del mismo género, esto es, en un tipo legal delictivo distinto, pero menos grave del que motiva la acusación específica formulada por el Ministerio Público. En tal caso, lo que estaría en tela de juicio no sería ya el derecho de defensa en su acepción sustantiva y teleológica, sino la letra de la regla procesal positiva, esto es, en algún caso límite, una simple formalidad. Lo dicho lleva a considerar que conviene modificar, ora la jurisprudencia, ora la ley, a fin de evitar que este tipo de problemas siga ocasionando trastornos procesales y discrepancias jurisprudenciales entre este Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

SR. AGUIRRE ROCA

- c) IMPROCEDENCIA POR NO HABER SENTENCIA CONDENATORIA FIRME

1076-2003-HC/TC [Luis Guillermo Bedoya de Vivanco]

fecha de resolución 9 de junio de 2003, fecha de publicación 2 de julio de 2003 fundamento jurídico N° 2.

2. En relación con la eventual lesión del principio de legalidad penal, vulnerado, a juicio del recurrente, debido a que no se presentan una serie de supuestos exigidos por el tipo penal, como son que el sujeto activo sea un funcionario público; que éste, por función de su cargo perciba, administre o cautele caudales o efectos públicos de los que se apropia ilícitamente; que el delito de peculado es un delito instantáneo y, en ese sentido, que sea jurídicamente imposible que se pueda imputar la cómplicitad cuando el delito ya se había consumado, además de ser la conducta por la que se le juzga atípica; este Tribunal Constitucional considera que debe desestimarse este extremo de la pretensión por ser prematura su invocación, toda vez que, por la propia situación en la que se encuentra el proceso penal, esto es, que aún no existe una sentencia firme que sinde al

accionante como responsable de la comisión del delito instruido, no es posible determinar si ha habido lesión del principio invocado.»

- d) CRITERIOS PARA UN CONTROL CONSTITUCIONAL DE LA SUBSUNCION PENAL

Exp. 2758-2004-HC/TC [Luis Guillermo Bedoya de Vivanco]

fecha de resolución 23 de noviembre de 2004 fecha de publicación 23 de febrero de 2005

EXP. N.º 2758-2004-HC/TC

LIMA

LUIS GUILLERMO

BEDOYA DE VIVANCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de noviembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Revoredo Marsano

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco contra la sentencia de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 558, su fecha 4 de junio de 2004, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el Poder Judicial y los vocales integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, doctores Andrés Echevarría Adrianzén, José Alarcón Menéndez, Raúl Valdez Roca, César Javier Vega Vega, Miguel Ángel Saavedra Parra y Walter Vásquez

Bejarano, quienes, confirmando, en parte, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, le impusieron una condena de cinco años de pena privativa de la libertad, lo cual atenta contra el principio de legalidad penal, al no haberse configurado el delito por el que se le condenó.

Manifiesta que fue condenado por el delito de peculado en calidad de cómplice, habiéndose condenado, a título de autor, a Vladimiro Montesinos Torres por el hecho de haber dispuesto indebidamente a favor de terceros, en su calidad de asesor del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), de fondos destinados a gastos de operaciones de inteligencia y contrainteligencia. Alega que el tipo penal de peculado es, en cuanto al autor, un delito especial que solo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, le han sido confiados, para su administración o custodia, caudales o efectos del Estado; pero que Vladimiro Montesinos Torres, quien fue condenado a título de autor, ocupaba, según el ROF del Servicio de Inteligencia Nacional, el cargo de Asesor II del gabinete de asesores de la Alta Dirección del SIN, cargo que no comprendía la potestad de disposición o administración de fondos públicos. Además, afirma que la condena por el delito de peculado es incompatible con el delito de usurpación de funciones por el que fue condenado, por el hecho mismo de haber ejercido ilegítimamente las funciones del Jefe del SIN, y que al no haberse cometido el delito de peculado a título de autor, tampoco podrá imputarse el mismo a título de complicidad.

Aduce también que, según la configuración de la complicidad establecida en nuestro Código Penal, la misma solo podrá presentarse en la etapa de preparación o ejecución del delito, y no después de que este se haya consumado; agregando que el delito de peculado se consuma con la apropiación de los fondos públicos, por lo que la entrega de los caudales apropiados a un tercero se produce en un momento posterior a la consumación que no puede ser considerado dentro de la participación delictiva.

El Vigésimo Sexto Juzgado Penal de Lima,

con fecha 22 de abril de 2004, declara improcedente la demanda, considerando que lo realmente pretendido por la parte demandante es cuestionar los criterios dogmáticos adoptados por la emplazada, lo cual no puede ser objeto de discusión en el proceso de hábeas corpus.

La recurrida confirma la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. El recurrente alega que se ha violado el principio de legalidad penal, por haber sido condenado por el delito de peculado a título de cómplice, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito.

2. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el artículo 2.º, inciso 24, literal «d», de la Constitución Política del Perú, 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».

En la STC 0010-2002-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).

3. Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento

sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

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

5. Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional debe ser pasible de protección en esta vía, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable a la que realiza un juez penal. En efecto, como este Tribunal lo ha señalado en diversas oportunidades, «[...] no puede acudirse al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como [lo] es la determinación de la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea impropio para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en proceso penal, cuando ella se haya dictado con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben guardarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades funda-

mentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo» [cf. STC 1230-2002-HC/TC].

6. De modo análogo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante resolución de fecha 13 de octubre de 2004, declarando inadmisble la petición presentada por el recurrente (cf. petición N.º 369-2001 - Informe N.º 45/04), ha establecido:

42. Al respecto, la CIDH ha sostenido desde su principal pronunciamiento en este tema que La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

7. Es bien cierto que, como regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos. Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. Como nuevamente lo ha expresado su par español, mediante estos procesos se ha «encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestio-

nes de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución» [cf. STC 104/1985].

8. De ahí que solo excepcionalmente pueda efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, la justicia constitucional, en cambio, se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales.

9. El recurrente, basándose en diversa doctrina penal, alega que el delito de peculado, por su propia naturaleza, sólo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, se le ha encomendado la administración o custodia de caudales o efectos del Estado, por lo que, al no tener formalmente Vladimiro Montesinos Torres el cargo de Jefe del Servicio de Inteligencia, cargo que sí lo habilitaba para el manejo de fondos públicos, habiendo sido incluso sancionado penalmente por ejercer dichas funciones sin haber sido designado para ello (delito de usurpación de funciones), no puede ser considerado autor del delito de peculado. Del mismo modo, la sentencia condenatoria, invocando conceptos desarrollados por la doctrina pe-

nal, señala que también puede configurarse el delito de peculado en caso de que el funcionario público detente la función de facto.

La parte demandante sostiene, además, que la participación delictiva sólo puede producirse en la etapa de ejecución o preparación del delito y no en posteriores etapas del iter criminis. Así, afirma que, al consumarse el delito de peculado con la apropiación de los fondos públicos, la posterior recepción del dinero por parte del recurrente no puede ser considerada una forma de participación en el delito de peculado.

10. Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal.

11. Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad.

12. Este Colegiado no puede dejar de señalar que la conducta incriminada al recurrente estaría tipificada, además, en el artículo 385-a) de la Ley N.º 26859, Orgánica de Elecciones, sancionada con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis y, en el caso de los funcionarios, con inhabilitación por igual tiempo a la condena.

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

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la acción de hábeas corpus.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
JUAN BAUTISTA BARDELLI
LARTIRIGOYEN**

Con el debido respeto por mis colegas, discrepo tanto de las consideraciones por ellos expuestas como de la parte resolutive de la sentencia recaída en el expediente del rubro, por las siguientes razones:

1. La justicia penal no puede ser arbitraria, ya que toda persona sabe que no podrá ser condenada si no existe un delito y pena fijados en una ley previa

Es este el principio de legalidad que se remonta al derecho romano de donde proviene el conocido aforismo *nullum crimen, nullum poena, sine lege* y que es recogido en el artículo 2 inciso 24) literal «d» de la Constitución del Estado que a la letra dice : «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley».

2. El principio de legalidad penal sintetiza en sí mismo diversos aspectos del estado de derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En tal sentido se vincula con el *ius imperium*, como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de estos a la seguridad, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad por parte de los órganos jurisdiccionales.

De lo expuesto se deduce que el principio de legalidad exige la existencia de una ley (*lex scripta*) que sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un

supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

El cumplimiento de estas tres exigencias determina el rechazo de la analogía como fuente creadora de los delitos y las penas y limita, absolutamente, a los jueces la posibilidad que se conviertan en legisladores.

La vulneración del principio de legalidad se ha manifestado históricamente en las dictaduras totalitarias. Recordemos que en la alemania nazi los jueces determinaban los delitos y las penas según el «santo sentimiento del pueblo» y en la Unión Soviética de acuerdo con la «conciencia socialista de la justicia». Afortunadamente esa época pasó y en la actualidad el principio en mención es considerado «(...) como una característica de los pueblos civilizados (...)» que inspira la legislación de «(...) todos los países cultos (...)» (Mir Puig Santiago, «Derecho Penal», Editorial Bosch, Barcelona, España, 1998, página 76)

3. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 0010-2002-AI/TC ha señalado que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley, cita que la sentencia en mayoría, realiza en el fundamento 2) segundo párrafo.

4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que «(...) en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad (Remotti Carbonell José Carlos «La Corte Interamericana de Derechos

Humanos», IDEMSA, Lima, Peru, pagina 353).

5. De acuerdo con los fundamentos expuestos discrepo de lo señalado por mis honorables colegas en el fundamento 9) cuarto párrafo, de la sentencia en mayoría, que se transcribe a continuación : « (...) resulta indudable que de la forma como se encuentra previsto el delito de peculado en nuestro Código Penal, el autor del mismo es un funcionario publico que reúna determinadas características, como es el hecho de que por razón de su cargo tenga la percepción, administración o custodia de bienes estatales. Sin embargo no resulta una interpretación que exceda lo dispuesto en la norma penal, de modo tal que pueda considerarse como una creación judicial de supuestos no previstos, que se sancione como autor de peculado a quien, sin tener formalmente la condición de funcionario publico, que por razón de su cargo tenga la percepción, administración o custodia de bienes estatales, no obstante ejerce de facto dicha función».

6. Este fundamento contraviene el principio de legalidad al establecer que los jueces pueden crear delitos .El origen político del principio en cuestión radica en la división de poderes que separa de manera clara las funciones de legislador y juez. En tal sentido, a este ultimo se le priva la posibilidad de crear delitos o penas. Sin embargo «(...) la sujeción del juez a la ley no debe entenderse como si ello significara la aniquilación de la aportación creadora del juez en la Administración de Justicia, la cual siempre concurre, pero que solo se da dentro del sentido literal posible del texto(...) (Castillo Alva José Luis, «Principios de Derecho Penal, Parte General», Gaceta Jurídica, Lima Peru, 2002, pagina 37)

7. Pese a que , conforme lo establece la sentencia en mayoría y reiterada jurisprudencia este Tribunal Constitucional, no puede dictar pronunciamiento tendiente a determinar si existe o no responsabilidad penal de un inculpado o sentenciado, ni efectuar la calificación del tipo penal, toda vez que estas son facultades exclusivas de la jurisdicción penal ordinaria (Sentencias dictadas en los

expedientes Ns 2040-2003-HC/TC, 1634-2003-HC/TC, 1076-2003-HC/TC y 1551-2003-HC/TC), debo manifestar, que se ha sentenciado al accionante por peculado a titulo de cómplice, a pesar que para que se configure el delito quien le entrego el dinero, debió ser funcionario publico, conforme lo señala expresamente el artículo 387 del Código Penal.

8. Merece especial consideración para el suscrito, el hecho que al accionante, Luis Bedoya de Vivanco, se le haya impuesto la pena de 5 años de pena privativa de la libertad efectiva y a su co inculpado Tomas Gonzáles Reategui, la pena de 3 años de pena privativa de la libertad efectiva, conforme consta de la sentencia expedida por la Sala Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 29 de mayo de 2003, la misma que fue declarada No haber Nulidad mediante sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la republica, de fecha 14 de noviembre de 2003.

9. En efecto, la sentencia, primeramente mencionada, al efectuar el análisis de la determinación de la pena señala (fojas 9733) «(...) en el caso de Luis Guillermo Bedoya de Vivanco se debe tener en cuenta su formación profesional y trayectoria como hombre publico, las circunstancias al hecho delictivo que le otorgan un plus de reproche en relación a cualquier particular (...)», y en caso del co acusado Tomas Gonzáles Reategui la Sala señala «(...) se tiene en cuenta el haber servido de intermediario entre los acusados Vladimiro Montesinos Torres y Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, también le resulta trasladable lo precisado en lo concerniente al procesado antes citado».

10. Al respecto , en opinión del suscrito, la aplicación de la pena por parte del Colegiado, vulnera el derecho a la igualdad de trato por los tribunales, que en los procesos penales tiene dos aspectos . Uno es el principio fundamental de que la defensa y la acusación sean tratadas de tal manera que se garantice que ambas partes tienen una oportunidad igual para preparar y exponer sus argumentos en el transcurso del proceso; y el otro aspecto, se refiere a que todo acusado tiene

derecho a recibir un trato igual que otras personas acusadas en similar situación, sin discriminación. El trato igual significa que cuando los hechos objetivos son similares, la respuesta del sistema judicial ha de ser similar. En consecuencia, el principio en mención se viola ya que se establece que Bedoya tiene formación profesional y trayectoria de hombre público, situación similar a la de Gonzáles Reategui, sin embargo, la pena es distinta.

11. En tal sentido, considero que la sentencia de la Corte Superior y la de la Corte Suprema de Justicia, deben ser declaradas nulas por este Tribunal, al declarar fundada la acción de hábeas corpus deducida por el accionante Bedoya de Vivanco, ya que la inobservancia de una garantía constitucional, vicia de nulidad absoluta las sentencias

12. Por estas consideraciones mi voto es por que debe declararse FUNDADA la demanda de hábeas corpus y en consecuencia nula la sentencia expedida por la Sala Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 29 de mayo de 2003 y la sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, de fecha 15 de diciembre de 2003, debiendo emitir la autoridad judicial competente nueva sentencia conforme a los fundamentos expuestos en este voto singular.

SR. BARDELLI LARTIRIGOYEN

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO

1. Constituye precedente obligatorio que vincula inclusive a los Magistrados de este Tribunal Constitucional (Artículo 52° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) lo dispuesto en las sentencias correspondientes a los Expedientes Nos. 010-2002-AI/TC, 589-2003-HC/TC, 290-2002-HC/TC y otros, en las que se reconoce la competencia de este Colegiado para entender de la tipificación penal realizada por la autoridad judicial en los procesos (tanto regulares como irregulares) de Hábeas Corpus, cuando dicha tipificación vulnera el principio de legalidad penal y los derechos fundamentales de la persona (Artículo 2, inciso 24, d) de la Constitución. Dis-

crepo, entonces, de lo expresado en la recurrida y en los párrafos pertinentes de la sentencia, en los que parece recortarse esta atribución al Tribunal Constitucional.

2. Opino –en discrepancia con mis colegas- que la usurpación de funciones públicas no convierte al usurpador en funcionario público y que el Artículo 387 del Código Penal exige textualmente que el funcionario administre bienes públicos «por razón de su cargo». Interpretar lo contrario es apartarse del texto claro, expreso y literal de la ley penal y rozar analogías prohibidas por la Constitución.

3. Nada se dice en la sentencia recurrida respecto a un requisito esencial para configurar el delito de peculado, como es el «animus» o la intención dolosa -del autor o del partícipe- de cometer ese delito. Tampoco aparece claro si la participación del recurrente en los hechos revestía la calidad de indispensable o necesaria a fin de configurar un delito de peculado. Es decir, no se fundamenta en la recurrida, ni se le exige en esta sentencia, fundamentar la intención dolosa del recurrente de cometer precisa y específicamente un delito de peculado. Lo anterior no significa, sin embargo, que quede exonerado de toda responsabilidad por otros delitos, en caso no llegue a tipificarse el de peculado.

4. En cuanto a la vulneración del principio de igualdad en la tutela jurisdiccional, se omite explicar la aparente contradicción judicial que alega el recurrente, referida a la tipificación de los mismos hechos como delito de peculado en su caso, y como delito de receptación en otros.

Por lo expuesto, soy de opinión que debe anularse la sentencia recurrida, a fin de que la Sala denunciada proceda a esclarecer los temas mencionados, en nueva resolución.

SS. REVOREDO MARSANO

§ 2

El Ne bis in idem

- a). NE BIS IN IDEM: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL/ CARÁCTER SUS-
TANTIVO Y PROCESAL/ PREVALEN-
CIA DE LO RESUELTO EN CUANTO
A HECHOS EN LA VIA JUDICIAL SO-
BRE LA VIA ADMINISTRATIVA

*Exp. N° 2050-2002-AA/TC [Carlos Is-
rael Ramos Colque]*

*fecha de resolución 16 de abril de
2003, fecha de publicación: 28 de
mayo del 2005, fundamentos jurídi-
cos N° 17-23.*

**17. El pase a la situación de disponibi-
lidad de los miembros de la Policía Na-
cional del Perú**

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 41° 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 apli-

car 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).

(...)

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 sí 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 Humana-

los, a tenor del cual:

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

(...)

4. El inculcado 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 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.° 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.° 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 *nom 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 am-

paro 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.

b) NE BIS IN IDEM PROCESAL: NULIDAD DE PROCESO

Exp. N° 0729-2003-HC/TC [Marcela Ximena Gonzales Astudillo]

fecha de resolución 14 de abril de 2003, fecha de publicación 30 de septiembre de 2003

EXP. N.° 0729-2003-HC/TC
LIMA

MARCELA XIMENA
GONZALES ASTUDILLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de abril de 2003, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen, Presidente; Rey Terry y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Marcela Ximena Gonzales Astudillo contra la sentencia de la Segunda Sala Penal Corporativa para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 210, su fecha 29 de noviembre de 2002, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos respecto del pedido de excarcelación por doble juzgamiento.

ANTECEDENTES

Con fecha 10 de octubre de 2002, la recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Corte Superior de Justicia de Lima y la Corte Suprema de Justicia de la República, alegando la violación de sus derechos a la libertad y al debido proceso y del principio non bis in ídem, y solicita que se declaren nulas e inejecutables la sentencia emitida por la Sala Secreta de la Corte Superior de Justicia de Lima que la condenó a 20 años de pena privativa de la libertad, y la Ejecutoria Suprema que declaró no haber nulidad, y que, en consecuencia, se ordene su inmediata libertad.

Afirma que se le inició un proceso penal por el delito de traición a la patria en el fuero militar de la FAP, en el cual se la absolvió de la acusación fiscal mediante la sentencia de fecha 6 de octubre de 1993, emitida por el Juzgado Militar Especial de la Zona Judicial de la FAP; que, posteriormente, el fuero militar se inhibió de seguir viendo la causa, porque no estaba acreditada la existencia del delito de traición a la patria; pero la Sala Especial Secreta de la Corte Superior de Justicia de Lima, sin existir ningún elemento que pudiera ex-

plicar una condena, la juzgó por los mismos hechos condenándola a 20 años de pena privativa de la libertad, por supuesta colaboración con el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. Agrega que fue juzgada dentro del marco del Decreto Ley N.º 25475, norma considerada violatoria de los derechos humanos.

El Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima señala que la causa cuestionada por la accionante ha sido tramitada de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley N.º 25745; que la accionante fue procesada en el fuero militar por el delito de traición a la patria y absuelta posteriormente mediante sentencia de fecha 6 de octubre de 1993, agregando que en la indicada resolución judicial se dispuso que, al existir elementos de juicio que la comprometerían como autora del delito de terrorismo, fuera puesta a disposición del fuero común, en calidad de detenida, por lo que no se ha infringido el principio non bis in ídem.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente, argumentando que los fallos en cuestión han adquirido la calidad de cosa juzgada.

El Vigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 28 de octubre de 2002, declara infundada la demanda, por considerar que no es cierto que el Juzgado Militar haya absuelto a la recurrente de los cargos de traición a la patria, pues no ha efectuado un análisis ni ha decidido sobre cuestiones de fondo de la materia controvertida, sino que declaró fundada la contienda de competencia y, por ende, adoptó la fórmula de absolverla por la comisión del delito incoado, disponiendo que remitieran los actuados al fuero ordinario, al existir indicios de la comisión del delito de terrorismo; en consecuencia, no ha existido doble juzgamiento.

La recurrida revoca la apelada y declara fundada, en parte, la demanda, por considerar que el proceso penal que se ha seguido contra la demandante no ha cumplido las mínimas garantías del debido proceso y que, por tanto, tiene derecho a uno nuevo; y, en cuanto al pedido de excarcelación, lo declara

improcedente, ya que el plazo fijado en el artículo 137° del Código Procesal Penal se computará desde el momento en que las autoridades judiciales competentes inicien el proceso correspondiente.

FUNDAMENTOS

1. Habiéndose declarado fundada en parte la demanda, sólo corresponde evaluar el extremo referido a la presunta infracción del derecho de no ser juzgado dos veces por un mismo hecho. Tal pretensión, por lo demás, no ha sido objeto de meritación alguna por parte de la recurrida, no obstante haber sido expresamente demandada.

2. Sobre el particular, este Tribunal ha señalado, en diversas ocasiones, que el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (non bis in ídem), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Dicho principio, en su vertiente procesal, se encuentra contemplado en el artículo 14. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que declara que «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país»; y en el artículo 8.4 de la Convención Americana, según el cual «El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos».

3. En su vertiente procesal, el principio non bis in ídem garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V Enmienda de la Constitución Norteamericana denomina double jeopardy, es decir, el doble peligro de condena sobre una persona.

Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con

efecto de cosa juzgada.

4. En el caso de autos, la recurrente señala que se violó el principio non bis in ídem, pues pese a ser absuelta del proceso por el delito de traición a la patria en el fuero militar, éste dispuso que se le iniciara un proceso penal por el delito de terrorismo en el fuero ordinario, donde fue condenada a 20 años de pena privativa de la libertad.

No obstante, como se ha expuesto en los Antecedentes de esta sentencia, la recurrida ha declarado la nulidad del proceso penal seguido a la recurrente en la vía ordinaria, por considerar que la sentencia condenatoria se dictó con infracción de diversas garantías judiciales, por lo que ordenó que se iniciara un nuevo proceso judicial en la vía ordinaria.

5. El Tribunal considera que debe desestimarse la pretensión de la recurrente, puesto que no se configura una violación del principio non bis in ídem, si es que la reapertura del proceso penal, en primer lugar, se sustenta en un nuevo fundamento, esto es, en un ilícito distinto de aquel por el cual se emitió sentencia, cualquiera que fuese el sentido de ésta. Así mismo, este Colegiado estima que tampoco se viola el derecho de no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, si la realización de un nuevo proceso obedece a la declaración de nulidad de la sentencia originalmente dictada, por anidar un vicio procesal grave que la afecta en su esencia, y si la declaración de nulidad e iniciación de un nuevo proceso penal tiene la finalidad de corregir, a favor del sentenciado, una vulneración de las normas procesales con relevancia constitucional.

Aunque no se trate de un instrumento internacional que vincule al Estado peruano, el Tribunal Constitucional debe recordar, asumiendo la comparación como quinto método de la interpretación jurídica, y, en particular, en el ámbito de los derechos fundamentales, que similar apreciación prevé el artículo 4° del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

«1. Nadie podrá ser procesado o castigado penalmente por las jurisdicciones del mis-

mo Estado por una infracción por la que hubiera sido absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, en caso de que hechos nuevos o revelaciones nuevas o un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada.»

6. En el caso de autos, conforme se aprecia de la sentencia de fecha 6 de octubre de 1993, el Juzgado Militar Especial de la Fuerza Aérea del Perú resolvió declarar fundada la contienda de competencia promovida por la defensa de la recurrente, por considerar que al no existir indicios de que ésta hubiese cometido el delito de traición a la patria, debía ser juzgada en el fuero ordinario por el delito de terrorismo, toda vez que carecía de competencia para sancionarla por la comisión de este ilícito penal. Dicha resolución fue confirmada por la sentencia de fecha 28 de octubre de 1993, expedida por el Tribunal Militar Especial.

Es decir, que la apertura del proceso en el fuero ordinario (llevado a cabo con los denominados jueces «sin rostro») que se cuestiona mediante la presente garantía constitucional, cuya nulidad declaró la sentencia recurrida por violar el derecho al juez natural, tuvo por finalidad enmendar un vicio procesal grave, como lo es la competencia judicial.

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

FALLA

Declarando INFUNDADO, en vía de integración, el extremo de la demanda en que se alega la violación del principio non bis in ídem. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
GONZALES OJEDA

c) NE BIS IN IDEM: SANCION PENAL Y SANCION DISCIPLINARIA

Exp. N° 2868-2004-AA/TC [José Antonio Alvarez Rojas]

fecha de resolución 24 de noviembre de 2004, fecha de publicación: 26 de febrero de 2005, fundamentos jurídicos N° 6-8.

Dimensiones del principio *ne bis in ídem*

6. En la STC 2050-2002-AA/TC, este Tribunal destacó que el principio *ne bis in ídem* es un principio 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» (Fund. Jur. 18). Y este derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces por los mismos hechos se encuentra reconocido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a tenor del cual:

«Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país».

Así como en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual:

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

. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos».

4. En la misma STC 2050-2002-AA/TC, este Tribunal recordó que el principio *ne bis in ídem* tiene una doble dimensión:

a. Por un lado, una dimensión procesal, en virtud de la cual se garantiza 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)» [Fund. Jur. 19].

b. Por otro, una dimensión material, según la cual el enunciado «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».

Esta última dimensión 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, literal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos —como lo ha expresado este Tribunal en la STC 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. 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.

De ahí que se considerase que «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».

5. Para que el ejercicio de la potestad

sancionatoria de la administración policial pueda considerarse contraria a dicho derecho fundamental, en su dimensión material [que es la que el recurrente, en esencia, ha alegado], es preciso que cuando menos dos de las sanciones impuestas a un mismo sujeto, por la comisión de un acto, obedezcan a la infracción de un mismo bien jurídico, sea este administrativo o de carácter penal.

Por tanto, lo importante para calificar si dos sanciones impuestas violan dicho derecho fundamental no es tanto que por un mismo acto una persona sea sancionada administrativa y disciplinariamente y, correlativamente, en un proceso penal [pues, a priori, efectivamente ello puede acontecer desde el momento en que aquel acto puede suponer la infracción de un bien jurídico administrativo y, simultáneamente, de un bien jurídico penal], sino que la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico, haya merecido el reproche dos o más veces.

6. Bajo ese esquema, corresponde al Tribunal evaluar las siguientes medidas adoptadas contra el recurrente:

A) Inicialmente, el recurrente fue sancionado a ocho días de arresto simple por haber cometido falta contra el decoro [debido a que el recurrente era el padre biológico de un no nato de seis meses de gestación, lo que había sido denunciado ante la Fiscalía, Municipalidad e Iglesia de la Provincia de Pomabamba] y falta contra la obediencia [porque el recurrente no habría «cursado la solicitud correspondiente ante la superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Rojas Minchola (...)»]. (f. 8 vuelta).

B) Posteriormente, dicha sanción fue incrementada a 18 días de arresto simple (f. 11).

C) Por su parte, por Resolución Regional N.º 062-IV-RPNP-UP.UMDI fue pasado de la situación de actividad a la de disponibilidad, por habersele encontrado responsable de la comisión de faltas «contra el decoro» y el «espíritu policial» (f. 2).

D) Finalmente, por Resolución Directoral N.º 728-2000-DGPNP/DIPER, el recurrente fue

pasado de la situación de disponibilidad por medida disciplinaria a la de retiro por límite de permanencia en disponibilidad.

7. En primer lugar, el Tribunal considera que no se ha infringido el principio ne bis in ídem en su dimensión material por el hecho de que la administración policial haya aumentado la sanción originalmente impuesta de ocho días de arresto simple a 18 días de arresto simple. La hipótesis de agravamiento de una sanción incide en el cuántum de esta y, por sí misma, no configura una nueva sanción por la infracción del mismo bien jurídico.

En segundo lugar, el Tribunal estima que sí se ha acreditado la lesión del principio ne bis in ídem, pues el recurrente, además de haber sido sancionado con 18 días de arresto simple, posteriormente fue pasado a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria. En efecto, se violó el referido principio en su dimensión material, esto es, en su expresión de no ser sancionado dos o más veces por la infracción del mismo bien jurídico, puesto que se lo sancionó con arresto simple supuestamente por haber cometido faltas contra el decoro y contra la obediencia y, posteriormente, se lo pasó a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria, alegándose su responsabilidad en la comisión de la misma falta contra el decoro, a la que se agregó la infracción de la falta contra el espíritu policial.

8. Finalmente, el Tribunal Constitucional opina que no se ha lesionado el principio ne bis in ídem, por el hecho de que, impuesta la última sanción –la del pase del recurrente a la situación de disponibilidad–, con posterioridad, la administración policial haya decidido pasarlo a la situación de retiro. En efecto, como se observa de la parte resolutive de la Resolución Directoral N.º 728-2000-DGPNP/DIPER, el recurrente fue pasado a la situación de retiro por haber sobrepasado el límite de permanencia en la situación de disponibilidad, y no porque hubiese sido sancionado ex novo por las mismas faltas que se invocaron en aquella.

D) NE BIS IN IDEM FRENTE A SOBRESEIMIENTOS DICTADOS EN EL FUERO MILITAR POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Exp. N.º 4587-2004-AA/TC [Santiago Martín Rivas]

fecha de resolución: 29 de noviembre de 2005, fecha de publicación: 15 de febrero de 2006, fundamentos N.º 28-87.

§4. Alegación de violación del derecho a la cosa juzgada y a la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada

Apreciaciones del demandante

28. El recurrente sostiene que tras culminar la etapa de investigación del proceso penal abierto por los hechos conocidos como «Barrios Altos», la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró el sobreseimiento definitivo de los actuados al no encontrársele responsabilidad penal. Recuerda que dicha resolución fue confirmada por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante resolución de 26 de julio de 1995, la misma que, por ese hecho, considera que

«(...) alcanzó el carácter de cosa juzgada y por tanto estando a la santidad de la cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica es inamovible»¹⁷.

29. Igualmente, refiere que en 1995 el Congreso de la República,

«(...) al amparo de su derecho reconocido por la Constitución Política concordante con el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a Conflictos Armados sin carácter internacional y Convención Americana sobre Derechos Humanos, promulgó las leyes de Amnistía N.º. 26479 y 26492»¹⁸.

Recuerda que contra dichas leyes se interpuso una demanda de inconstitucionalidad, la misma que fue declarada improcedente por este Tribunal median-

¹⁷ Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 137.

¹⁸ Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 137.

te sentencia de fecha 9 de mayo de 1997,

«(...) alcanzando también esta resolución el carácter de cosa juzgada por imperio de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁹»

30. No obstante ello, señala que, se interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que

«(...) maliciosamente omitieron (...) hacer de conocimiento de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que los citados hechos dieron origen al proceso 494-V-94 seguido ante la Justicia Militar contra algunos miembros del Ejército —entre ellos el recurrente— y que dicho fuero había dictado Resolución de Sobreseimiento Definitivo por NO HABERSE PROBADO LA RESPONSABILIDAD DE LOS MILITARES INCULPADOS (...)»²⁰ [destacado en el original]

31. A su juicio, esta deliberada omisión,

«(...) se debió a que la Justicia Militar en el aludido proceso N°. 494-V-94 no aplicó las leyes de amnistía N.º 26479 y 26492; por tanto cual fuere el resultado de la aludida denuncia formalizada ante los organismos internacionales citados, en lo más mínimo afectaría la Resolución de Sobreseimiento Definitivo en mención, debido a la santidad de la cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica»²¹.

32. Sostiene que, con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expidió sentencia condenando al Estado peruano y declaró incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos las referidas leyes de amnistía Nos. 26479 y 26492, ordenando que se investigue y sancione a los responsables por no ser de aplicación las citadas leyes de amnistía.

33. No obstante que la resolución de sobreseimiento definitivo dictada en el proceso penal que se le abrió no se fundó en la aplicación de las leyes de amnistía, refiere

que la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar

«(...) ilegalmente anula esta resolución sin respetar la cosa juzgada que ha generado ya un derecho adquirido; y remite el expediente N°. 494-V-94 al Fuero o Jurisdicción común»²².

A su juicio, la anulación de la resolución del sobreseimiento definitivo se efectuó

«(...) fuera del procedimiento requerido para poder anular una resolución con carácter de Cosa Juzgada, que sólo procede por un Recurso de Revisión interpuesto por el condenado o cuando éste ha obtenido una resolución supranacional que protege uno de sus derechos, esto es, de conformidad con el artículo 29 literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido a que nadie puede interpretar la Convención en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes; la indicada Sala Revisora irregularmente se valió del uso de un procedimiento que cabe sólo para los casos citados líneas arriba, pero que no puede ser utilizado para anular una resolución con carácter de Cosa Juzgada, que no sólo no guardaba relación con el fallo del 14 de marzo-2001 emitido por la Corte Interamericana, sino que contiene un derecho adquirido como es la santidad de Cosa Juzgada.»²³

Apreciaciones del representante de los emplazados

34. El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar ha señalado que

«(...) los hechos imputados (Caso Barrios Altos) y por el que se apertura en el Fuero Castrense, en contra del ahora accionante y otros fueron materia de Leyes de Gracia (amnistía), razón por la cual se dispuso el

¹⁹ Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 137.

²⁰ Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 138.

²¹ Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 138.

²² Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 142.

²³ Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 145.

sobreseimiento de la Causa Militar en su contra y la de otros, pero conforme a la Sentencia de fecha 14 de marzo de 2001 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dichas normas de gracia, que motivaron el sobreseimiento de la Causa Militar en contra de los inculcados y que posteriormente fueron declarados nulos ya que eran contrarios e incompatibles a los dispositivos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que conforme a dicha sentencia Supranacional el Fuero Castrense se INHIBE a favor del Fuero Común que es el competente para conocer y juzgar los delitos imputados tanto al ahora accionante y otros»²⁴.

35. A su juicio,

«(...) las ejecutorias supremas cuestionados por el accionante tienen la razón y el sustento legal ordenada por una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...), la misma que ordena al Perú investigar hechos para de terminar a las personas responsables de violaciones de Derechos Humanos».

Apreciaciones del Tribunal Constitucional

36. El inciso 2) del artículo 139° de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada. En los términos de dicho precepto constitucional,

«Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. *Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada*, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)» [cursivas añadidas].

37. Dicha disposición constitucional debe interpretarse, por efectos del principio de unidad de la Constitución, conforme con el inciso 13) del mismo artículo 139° de la Ley Fundamental, el cual prevén que

«Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento de finitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada».

38. En opinión del Tribunal Constitucional, mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó.

39. La determinación de si una resolución que no constituye una sentencia definitiva (pero que ha puesto fin al proceso penal) se encuentra también garantizada por este derecho, a la luz de dichas disposiciones de derechos fundamentales, debe absolverse por este Tribunal en sentido afirmativo. No solamente porque en la dicción de dichas disposiciones se ha evitado circunscribir el ámbito de protección sólo al caso de las sentencias, y se ha comprendido también a los autos que ponen fin al proceso (al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa)²⁵,

²⁴ Escrito de 6 de agosto de 2004, folios 49.

²⁵ Cf. artículo 139°, inciso 13, de la Constitución.

sino también porque ese es el sentido interpretativo que se ha brindado a una disposición aparentemente más limitativa de su ámbito de protección, como puede ser el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por los órganos de protección de los derechos humanos en nuestra Región.

40. En efecto, el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé que

«El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos»

41. En relación a los alcances del concepto de «sentencia firme» que utiliza la referida disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que:

«(...) la expresión «sentencia firme» en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados. En este contexto, «sentencia» debe interpretarse como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional y «sentencia firme» como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiera las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada»²⁶.

42. Del mismo criterio ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, en el Caso Loayza Tamayo (Sentencia del 17 de septiembre de 1997), consideró que el Estado peruano lesionó el derecho reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos al iniciar un proceso penal ante la jurisdicción ordinaria contra María Elena Loayza Tamayo, después de haberse sobreesido la causa ante un tribunal militar por un delito (traición a la patria) cuya conducta antijurídica era semejante a la que sirvió para abrirse el nuevo proceso penal en la jurisdicción ordinaria.

43. En tal ocasión, la Corte Interamericana consideró

«(...) en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra «absolución», sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana» (párrafos 76 y 77).

44. Sobre el valor que pueda tener la referida jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos para la comprensión del ámbito protegido por los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, en diversas oportunidades, este Tribunal ha destacado su capital importancia.

Tenemos dicho, en efecto, que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental no sólo ha de extraerse a partir de la disposición constitucional que lo reconoce; de la interpretación de esta disposición con otras disposiciones constitucionales con las cuales pueda estar relacionada (principio de unidad de la Constitución), sino también bajo los alcances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 1/95 (Caso 11.006, Alan García Pérez c/ Perú).

parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

45. Así, por ejemplo, en el caso de Crespo Bragayrac (STC 0217-2002-HC/TC), este Tribunal sostuvo que

«De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región».

46. Pues bien, despejada la duda en torno a si una resolución de sobreseimiento definitivo puede alcanzar la cualidad de cosa juzgada, ahora es preciso remarcar que, en el ámbito penal, uno de los efectos que se deriva de haberse alcanzado dicha autoridad de cosa juzgada es la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona.

Esa eficacia negativa de las resoluciones que pasan con la calidad de cosa juzgada, a su vez, configura lo que en nuestra jurisprudencia hemos denominado el derecho a no ser juzgado 2 veces por el mismo fundamento (*ne bis in idem*).

En relación a este derecho, el Tribunal tiene declarado que, si bien el *ne bis in idem* no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, sin embargo, al desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2) del artículo 139º de la Constitución (cosa

juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso.

47. Por su parte, en la STC 2050-2002-AA/TC este Tribunal señaló que el contenido constitucionalmente protegido del *ne bis in idem* debe identificarse en función de sus 2 dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su vertiente sustantiva o material, el *ne bis in idem* garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico. En tanto que en su dimensión procesal o formal, el mismo principio garantiza que una persona no sea sometida a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho.

48. A su vez, en la STC 0729-2003-HC/TC precisamos que la vertiente procesal del principio *ne bis in idem*

«(...) garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que en base a la V Enmienda de la Constitución Norteamericana se denomina *double jeopardy*, es decir, el doble peligro de condena sobre una persona. Este principio contempla la (...) proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se haya enjuiciado en un primer proceso en el que se haya dictado una resolución con efecto de cosa juzgada.»

49. En el caso, el recurrente ha sostenido que los emplazados lesionaron su derecho constitucional alegado, pues luego de realizarse la investigación judicial en el proceso penal que se le inició ante los tribunales militares, se sobreseyó la causa iniciada en su contra. En ese sentido, sostiene que, en la medida que la resolución de sobreseimiento no se sustentó en la aplicación de las leyes de amnistía N.ºs 26479 y 26492, la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos, de 14 de marzo de 2001, resulta, por así decirlo, inaplicable a su caso.

50. Entre tanto, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar ha sostenido que dicha decisión de anular la resolución que sobreseyó la causa seguida contra el recurrente, tiene como fun-

damento la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos, de 14 de marzo de 2001, que dispuso que se dejara sin efecto las resoluciones judiciales donde se hayan aplicado las leyes de amnistía, de manera que no se habría producido una lesión del derecho a no ser juzgado dos o más veces por un mismo hecho²⁷.

51. A efectos de esclarecer si en el caso se lesionó el derecho del recurrente a no ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho, este Tribunal debe advertir que, pese a que se ha alegado que las resoluciones que sobreseyeron la causa penal que se le siguiera al recurrente ante los tribunales militares no se dictaron en aplicación de las leyes de amnistía N.ºs 26479 y 26492, sino como consecuencia de no haberse encontrado responsabilidad penal, sin embargo, éstas no se han adjuntado como prueba anexa a la demanda por el demandante.

52. Tal hecho, si bien impide que este Tribunal pueda emitir un pronunciamiento sobre la veracidad de tales afirmaciones, sin embargo, no restringe la posibilidad de que pueda emitir un pronunciamiento sobre el fondo, habida cuenta que, con la demanda se ha adjuntado la resolución expedida por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 4 de junio de 2001, en cuya parte resolutive se declara

«(...) NULAS las resoluciones de sobreseimiento expedidas por la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y seis de julio de mil novecientos cincuenta [sic] (...)»²⁸

53. Por tanto, no estando en cuestión la preexistencia de las resoluciones de sobreseimiento a las que se refiere el recurrente, y obedeciendo su expedición a

«(...) que, del estudio de autos se aprecia

que los agraviados en el caso `Barrios Altos´ acudieron ante la jurisdicción regional americana reclamando, tanto contra la afectación a sus derechos cuanto contra la forma como se procesó y archivó las investigaciones correspondientes, pedido que fue acogido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos iniciándose el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que con fecha catorce de marzo del dos mil uno falló, entre otros extremos relevantes, por la responsabilidad internacional del Estado Peruano al haber violado el derecho a las garantías y protección judiciales (...); disponiendo que el Estado del Perú investigue los hechos de `Barrios Altos´ para determinar las personas responsables de las violaciones de los Derechos Humanos derivados de este caso, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables (...)»²⁹

motivo por el cual, de conformidad con el artículo 151º de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

«(...) que dispone que las sentencias expedidas por los Tribunales Internacionales, constituidas según Tratados de los cuales es parte el Perú, son remitidas al órgano jurisdiccional en que se agotó el proceso para la ejecución de la sentencia supranacional por el órgano judicial competente; que en virtud de la citada obligación internacional, el Estado peruano debe dar estricto cumplimiento al fallo supranacional, de modo que se haga real y efectiva en todos sus extremos la decisión que ella contiene, anulando todo obstáculo de derecho interno que impida su ejecución y total cumplimiento, en este sentido la sentencia internacional constituye el fundamento específico de anulación de toda resolución, aún cuando ésta se encuentre firme, expedida por órganos jurisdiccionales nacionales que esté en contradicción a sus disposiciones»³⁰.

²⁷ Cf. supra, fundamentos N° 29 al 36 de esta sentencia.

²⁸ Anexo 1-C a la demanda, folios 5.

²⁹ Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 3.

³⁰ Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 4.

el Tribunal considera que la absolución del cuestionamiento formulado por el recurrente pasa por esclarecer:

a) Si la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos comprende (o no) las resoluciones de sobreseimiento dictadas por las instancias de la jurisdicción militar en las que se hayan aplicado (o no) las leyes de amnistía N.ºs 26479 y 26492.

b) Si las comprendiera, si el principio del *ne bis in idem* resulta lesionado cuando, pese a existir una resolución de sobreseimiento definitivo, la iniciación de una nueva investigación judicial es consecuencia de la ejecución, en el ámbito interno, de una sentencia dictada por un tribunal internacional de justicia en materia de derechos humanos.

b.1) Para esto último, a su vez, será preciso delimitar los alcances de la prohibición del doble enjuiciamiento, lo que comporta establecer los elementos constitutivos del principio, así como los supuestos que se encuentren excluidos de él.

54. Por lo que hace al primer aspecto, esto es, si la orden de investigar y sancionar decretada en la parte resolutive de la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos comprende a las resoluciones de sobreseimiento dictadas por las instancias de la jurisdicción militar, incluso de aquellas en las que no se hayan aplicado las leyes de amnistía N.ºs 26479 y 26492, el Tribunal considera que la cuestión debe absolverse en términos afirmativos.

55. En efecto, conforme se desprende del primer párrafo de la Sentencia del 14 de marzo de 2001, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la denuncia presentada por la Comisión Interamericana tenía por objeto que

«(...) la Corte decidiera que hubo violación, por parte del Estado del Perú (en adelante «el Perú», «el Estado» o «el Estado peruano»), del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la

Convención Americana, en perjuicio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolasco, Luis Antonio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquiniño, Odar Mender Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo».

56. Asimismo, que la Corte decidiera:

«(...) que el Estado violó el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en perjuicio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvérez (...).

«(...) que decidiera que el Estado peruano violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492. Finalmente, solicitó a la Corte que determinara que, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492 y de la violación a los derechos señalados, el Perú incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

57. Por ello, después de una serie de sucesos, entre los cuales se encontró el restablecimiento pleno de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado peruano, mediante su representante, en escrito de 19 de febrero de 2001, y en la audiencia pública del 14 de marzo de 2001, reconoció la responsabilidad internacional por los hechos descritos en el fundamento precedente³¹, señalándose como

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos, párrafo 34.

parte de la agenda la consecución de

«(...) tres puntos substanciales: identificación de mecanismos para el esclarecimiento pleno de los hechos materia de la denuncia, incluyendo la identificación de los autores materiales e intelectuales del crimen, viabilidad de las sanciones penales y administrativas a todos aquellos que resulten responsables, y propuestas y acuerdos específicos relacionados con los asuntos vinculados a las reparaciones»

así como

«(...) fórmulas integrales de atención a las víctimas en relación a tres elementos fundamentales: el derecho a la verdad, el derecho a la justicia y el derecho a obtener una justa reparación».

57. Asimismo, el referido representante del Estado peruano expresó que:

«(...) ...La fórmula de dejar sin efecto las medidas adoptadas dentro del marco de la impunidad de este caso, es en nuestra opinión una fórmula suficiente para impulsar un procedimiento serio y responsable de remoción de todos los obstáculos procesales vinculados a estos hechos y, sobre todo, la fórmula que permite, y es este nuestro interés, reivindicar las posibilidades procesales y judiciales de responder conforme a la ley a los mecanismos de impunidad que se implementaron en el Perú en el pasado reciente, y abre la posibilidad... de poder provocar en el derecho interno una resolución de homologación de la Corte Suprema, que permita que los esfuerzos que... «se están haciendo para impulsar ... esos casos, se puedan cumplir...» [subrayado añadido].

58. Tal impulso de realizar un procedimiento serio y ponderado que culminara con la sanción de los responsables de la violación de derechos humanos se propuso después de reconocerse que el Estado peruano, había

«(...) omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y de no haber san-

cionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas (...))»

59. Los términos en los que se formuló tal allanamiento fueron aceptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, al resolver la petición conforme al artículo 52.2 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuvo:

«38. Con base en las manifestaciones de las partes en la audiencia pública de 14 de marzo de 2001, y ante la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Perú, la Corte considera que ha cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso.

39. En consecuencia, la Corte tiene por admitidos los hechos a que se refiere el párrafo 2 de la presente sentencia. La Corte considera, además, que tal como fue expresamente reconocido por el Estado, éste incurrió en responsabilidad internacional por la violación del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana (...). Además, el Estado es responsable por la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492. Finalmente, es responsable por el incumplimiento de los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados anteriormente»³².

60. En mérito de ello, la Corte Interamericana decidió por unanimidad:

«1. Admitir el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Caso Barrios Altos, párrafo 38-39.

2. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, que éste violó:

a) el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...);

b) el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...); y

c) el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...), como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492.

3. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado, que éste incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados en el punto resolutivo 2 de esta Sentencia.

4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

5. Declarar que el Estado del Perú debe investigar los hechos para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a los que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables. [negritas añadidas].

6. Disponer que las reparaciones serán fijadas de común acuerdo por el Estado demandado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares o sus representantes legales debidamente acreditados, dentro de un plazo de tres meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia» [subrayado añadido].

61. En opinión del Tribunal Constitucional, las obligaciones de investigar y sancionar

a los responsables de las violaciones de los derechos humanos por el caso «Barrios Altos» ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordinal 5 del fallo de la sentencia, no se circunscriben, como ha sido interpretado por el recurrente, sólo a los supuestos contemplados en los ordinales 3 y 4 de dicho fallo; es decir, en relación a aquellas resoluciones judiciales que se dictaron aplicando las leyes de amnistía dejadas sin efecto. Comprende, también, al ordinal 2, en todos los aspectos que allí se desarrollan; esto es, la declaración de que el Estado peruano violó el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y las garantías y protección judiciales de las víctimas y sus familiares.

62. En efecto, como se precisó en la Sentencia de 3 de septiembre de 2001, sobre «Interpretación de la sentencia de fondo», de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

«[...] el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y **prácticas de cualquier naturaleza** que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías» [párrafo 17, negritas añadidas].

63. En mérito de ello, el Tribunal Constitucional considera que la obligación del Estado de investigar los hechos y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las leyes de amnistía N.° 26479 y N.° 26492, tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor del recurrente.

64. Ese también ha sido el criterio de la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justi-

cia Militar, de fecha 4 de junio de 2001, quien

«(...) al analizar la sentencia internacional, observa que los sobreseimientos dictados por la Sala de Guerra de fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro y seis de julio de mil novecientos noventa y cinco, a favor del General de División Nicolás de Bari y otros por el caso `Barrios Altos´, colisiona con el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ordena al Estado peruano investigar los hechos para determinar a los responsables de estos execrables delitos ocurridos el pasado tres de noviembre de mil novecientos noventa y uno, en forma efectiva y agotando todos los medios de esclarecimiento e identificación, procediendo a sancionar a las personas responsables de estas violaciones a los derechos humanos; que, como se puede apreciar en los autos de sobreseimiento dictados por la Sala de Guerra, éstos apartan definitivamente a los imputados del proceso penal, lo cual viene a constituir un impedimento que es necesario levantar para desarrollar el proceso de investigación que cumpla la decisión del fallo internacional basado en los principios de la Convención Americana de Derechos Humanos (...).³³»

65. El problema, por tanto, no es si la resolución judicial que declaró nulo el sobreseimiento del proceso penal iniciado contra el recurrente es ilegítima, porque no constituye una ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino si la declaración de nulidad de dichas resoluciones afecta el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho.

Esto es, si el principio del *ne bis in idem* resulta lesionado cuando, pese a existir una resolución de sobreseimiento definitivo, la iniciación de una segunda investigación judicial es consecuencia de la ejecución, en el ámbito interno, de una sentencia dictada por

un tribunal internacional de justicia en materia de derechos humanos.

66. Como se sugirió en el ordinal b.1) de dicho fundamento N°. 52, para absolver esta segunda cuestión es preciso que este Tribunal delimite los alcances de la prohibición del doble enjuiciamiento, lo que comporta establecer: a) los elementos constitutivos del principio, así como b) los supuestos que se encuentren excluidos de su contenido constitucionalmente protegido.

67. a) Por lo que se refiere a los elementos constitutivos de la dimensión procesal (o adjetiva) del *ne bis in idem*, de la doctrina jurisprudencial establecida por este Tribunal es posible señalarse que estos son:

a) El procesado debe haber sido condenado o absuelto;

b) La condena o absolución debe sustentarse en una resolución judicial firme;

c) La nueva persecución penal debe sustentarse en la infracción del mismo bien jurídico que motivó la primera resolución de absolución o condena³⁴.

68. De idéntico criterio es la Comisión Interamericana de Derechos, la que, al interpretar los alcances del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha señalado que

«(...) los elementos constitutivos del principio, bajo la Convención, son:

1. el imputado debe haber sido absuelto;
2. la absolución debe haber sido el resultado de una sentencia firme; y

3. el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación de la primera acción.

69. Por ello es que para que la prohibición de doble enjuiciamiento por la infracción de un mismo bien jurídico pueda oponerse a la segunda persecución penal, es preciso que se satisfaga irremediamente una triple identidad:

³³ Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 4.

³⁴ Cf. por todas, STC 2050-2001-AA/TC.

- a) Identidad de persona física;
- b) identidad de objeto y,
- c) identidad de causa de persecución.

70. b) Por otro lado, por lo que se refiere a la delimitación de aquellos supuestos no protegidos por la dimensión procesal del *ne bis in idem*, este Tribunal debe de recordar que el contenido constitucionalmente protegido de todo derecho no puede extraerse únicamente en atención al significado de las palabras con las cuales una disposición constitucional enuncia un determinado derecho fundamental; esto es, atendiendo sólo a su formulación semántica, sino en atención al *telos* o finalidad que con su reconocimiento se persigue.

Una finalidad que, por cierto, no se reconduce solamente a la que es propia del momento histórico en el que se produce el reconocimiento del derecho, sino también –y acaso especialmente– tomando en cuenta las nuevas e imperiosas necesidades del hombre actual. En efecto, la Constitución y, con ella, las cláusulas que reconocen derechos fundamentales, no pueden ser entendidas como entequisas o realidades petrificadas, sino como un instrumento vivo y dinámico destinado a fortalecer al Estado Constitucional de Derecho, que está sujeto a un plebiscito de todos los días.

71. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si con el *ne bis in idem* se persigue impedir el ejercicio *arbitrario* del *ius puniendi* estatal, no todo doble enjuiciamiento penal que el Estado pueda realizar contra un individuo se encuentra automáticamente prohibido.

72. Dentro de sus límites internos, esto es, aquello que queda fuera de su ámbito protegido, se encuentran aquellos supuestos en los que el doble juzgamiento no es compatible con los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho, ya sea porque es extraño o ajeno a aquello que éste persigue garantizar; porque forma parte del contenido constitucionalmente protegido de otro derecho fundamental, o porque así resulta de su interpretación con otras disposiciones constitucionales que contienen fines constitucio-

nalmente relevantes.

73. En ese sentido, y por lo que al caso de autos importa, el Tribunal Constitucional considera que es ajeno a la naturaleza del derecho, es decir, a los intereses jurídicamente protegidos por la dimensión procesal del *ne bis in idem*, que se pretenda oponer una resolución o sentencia (absolutoria) expedida en un primer proceso penal que resulta manifiestamente nulo.

74. Dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in idem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, el Tribunal considera que tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatarse que éste último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado. Y es que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este derecho no opera por el sólo hecho de que se le oponga la existencia *fáctica* de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido.

Análisis del caso concreto

75. Bajo tales consideraciones es que este Tribunal debe juzgar si, en el caso, la resolución cuestionada, mediante la cual se declaró la nulidad, a su vez, de las resoluciones que declararon el sobreseimiento definitivo del proceso penal por los hechos conocidos como «Barrios Altos», y ordenó que se remitieran los actuados al ámbito de la jurisdicción ordinaria para que se investigue judicialmente por la comisión de determinados delitos, amenaza con violar (o no) el derecho a no ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho.

76. Como se ha expuesto, la garantía que ofrece este derecho no opera por el sólo hecho de que exista fácticamente un primer enjuiciamiento en el que se haya dictado una resolución firme que sobresees la causa, sino que es preciso que ésta se haya dictado en el seno de un proceso jurídicamente válido.

77. La determinación de si el primer pro-

ceso seguido al recurrente (y, por tanto, de las resoluciones que en su seno se hayan podido expedir) es jurídicamente válido, debe efectuarse conforme a los criterios establecidos en el Fundamento N°. 75 de esta sentencia. Es decir, tras analizarse si en el caso concreto el primer proceso penal seguido tuvo (o no) el propósito de sustraer al recurrente de la responsabilidad penal, o no hubiere sido instruido por un tribunal de justicia que respete las garantías de independencia, competencia e imparcialidad.

78. A juicio del Tribunal, existen numerosos elementos objetivos que demuestran que el juzgamiento realizado al recurrente por los delitos de lesa humanidad en el caso que se ha venido en denominar «Barrios Altos», no tuvo el propósito de que realmente se le investigara y sancionara en forma efectiva.

79. a) En primer término, porque pese a tratarse de un delito común la realización de ejecuciones extrajudiciales y, por tanto, perseguible judicialmente en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, sin embargo, el recurrente fue juzgado inicialmente por órganos de la jurisdicción militar, cuya competencia *ratione materiae* está circunscrita al juzgamiento y sanción de los denominados delitos de función, cuyos alcances han sido fijados por este Tribunal en las STC 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC.

80. Tal circunstancia fue puesta de manifiesto por la emplazada, quien en su resolución de 4 de junio de 2001, cuestionada mediante el presente proceso, sostuvo

«(...) siendo una de las garantías fundamentales del debido proceso, la sustentación del proceso ante el `Juez Natural`, es decir, ante el órgano jurisdiccional del Estado, legítimamente constituido y competente para intervenir en el proceso de que se trate, de acuerdo a la legislación vigente, ello es una garantía para el justiciable, ya que a través de ella se propone asegurar la imparcialidad del juzgador e impedir que el recto curso de la justicia sea alterado; que, los hechos de `Ba-

rrios Altos`, por el tipo penal imputado, los agentes intervinientes y las circunstancias que rodearon su ejecución delictiva, corresponde su conocimiento, investigación y juzgamiento al Fuero Común y no al Privativo Militar como órgano jurisdiccional de excepción (...)»³⁵

81. b) En segundo lugar, el Tribunal considera que, en atención a las circunstancias del caso, existen evidencias que el proceso penal iniciado en el ámbito de la jurisdicción militar tuvo el propósito de evitar que el recurrente respondiese por los actos que se le imputan.

Esas circunstancias se relacionan con la existencia de un plan sistemático para promover la impunidad en materia de violación de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, particularmente de los actos cometidos por los del Grupo Colina, al cual se vincula al recurrente.

Expresión de ese plan sistemático, en efecto, lo constituyen:

82. (i) El deliberado juzgamiento de delitos comunes por órganos militares, como antes se ha dicho.

83. (ii) La expedición, en ese lapso, de las leyes de amnistía 26479 y 26492. Y si bien estas no se aplicaron al primer proceso penal que se le siguiera al recurrente, tomando en cuenta el contexto en que se dictaron, y el propósito que las animaba, el Tribunal Constitucional considera que ello demuestra palmariamente que sí hubo ausencia de una voluntad estatal destinada a investigar y sancionar con penas adecuadas a la gravedad de los delitos cometidos a los responsables de los hechos conocidos como «Barrios Altos».

84. Como sostuviera el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Informe del 2000, sobre el Perú, la expedición de las referidas leyes de amnistía

«(...) contribuyen a crear una atmósfera de impunidad»³⁶,

³⁵ Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 5.

³⁶ Comité de Derechos Humanos de la ONU, CCPR/CO/70/PER, de 15 de noviembre de 2000, párrafo 9.

puesto que normas de esta naturaleza hacen

«(...) prácticamente imposible que las víctimas de violaciones de los derechos humanos entablen con alguna posibilidad de éxito acciones jurídicas para obtener indemnización. La amnistía señalada impide la investigación y el castigo apropiados de los autores de violaciones de derechos humanos cometidas en el pasado, erosiona los esfuerzos por lograr el respeto de los derechos humanos, contribuye a crear una atmósfera de impunidad entre los autores de esas violaciones y constituye un muy grave obstáculo a los esfuerzos por consolidar la democracia y promover el respeto de los derechos humanos (...)»³⁷.

85. (iii) El retiro (nulo) de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hecha conocer a dicho órgano supranacional mediante la entrega de la Nota Nº. 5-9-M/49, de 24 de agosto de 2000, y que fuera aprobada por la también nula Resolución Legislativa de fecha 8 de julio de 1999.

Dicho acto tuvo el propósito de asegurar que también en el ámbito internacional el Estado no respondiese por las violaciones de derechos humanos y de esa forma se garantizase que sus autores no fueran sometidos a la acción de la justicia, fomentándose la impunidad.

86. Tales elementos objetivos evidencian que el proceso penal militar que originalmente se siguió contra el recurrente era nulo y, por tanto, que carecía de efectos jurídicos las resoluciones que en su seno se hubieran dictado, entre ellas, la que declaró el sobreseimiento de dicho proceso.

87. Por ello, en la medida que dicha resolución de sobreseimiento carece de efectos jurídicos, el Tribunal Constitucional considera que la iniciación de un nuevo proceso penal, esta vez ante los órganos de la jurisdic-

ción ordinaria, no viola el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho y, por tanto, el derecho a la cosa juzgada.

³⁷ Comité de Derechos Humanos de la ONU, CCPR/C/79/Add.67, de 25 de julio de 1996, párrafo 9.



§ 3

El control constitucional de la investigación preliminar, el auto apertorio de instrucción y restricciones a la libertad individual en el proceso penal

3.1 La Investigación preliminar

Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC [Fernando Cantuarias Salaverry]

fecha de resolución: 28 de febrero de 2006, fecha de publicación: 9 de marzo de 2006. Fundamentos jurídicos N.º 24 - 47

§3. ACTIVIDAD FISCAL PREVIA AL INICIO DEL PROCESO PENAL

24. Habiendo desarrollado el marco constitucional de la jurisdicción arbitral; y tomando en consideración que el petitorio constitucional del recurrente está orientado a cuestionar el procedimiento de investigación fiscal y posterior acusación que llevó a cabo la parte demandada, se procederá a analizar – aunque de manera preliminar– algunos aspectos relacionados con la actividad fiscal previa al inicio del proceso judicial penal.

25. La Constitución establece, en el artículo 159°, inciso 1, que corresponde al Ministerio Público la misión de 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; asimismo, el inciso 5) del mismo artículo constitucional encarga al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal de oficio o a petición de parte. En ese sentido, corresponde a los fiscales – representantes del Ministerio Público– hacer ejercicio de la titularidad de la acción penal pública y, una vez conocida la denuncia o noticia criminal, proceder a formalizarla ante el juez penal si lo estiman procedente, conforme a lo establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público, aprobada por Decreto Legislativo N.º 52.

26. En cumplimiento de las atribuciones que le han sido conferidas constitucional y legalmente, la labor del fiscal se extiende a lo largo de todo el proceso penal; sin embargo, es preciso analizar su labor en el procedimiento que antecede al inicio del proceso judicial.

§3.1. Investigación y posterior acusación fiscal

27. El Ministerio Público conduce desde su inicio la investigación del delito (artículo 159°, inciso 4 de la Constitución); por ende, una vez que un hecho presuntamente delictivo es denunciado, el fiscal puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el juez penal[7]. En el primer supuesto, el fiscal no cuenta con elementos suficientes que ameriten la formalización de la denuncia, por lo que se procede a iniciar una investigación orientada a obtener elementos que sustenten su acusación ante el Juez Penal; ello fluye del texto del artículo 94° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el extremo que señala: «(...) cuando se hubiese reunido la prueba que estimase suficiente [el fiscal] procederá a formalizar la denuncia ante el Juez Instructor[8] como se deja establecido en el presente artículo».

28. Respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal, la doctrina ha señalado lo siguiente: «(...) no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados».[9] Sin embargo,

desde una perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; se requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional.

§3.2. Ausencia de normatividad en la materia. Principios y criterios aplicables

29. La labor que el fiscal realice una vez recibida la denuncia o conocida la noticia criminal no ha sido desarrollada en detalle por el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, esta actividad está sujeta a diversos principios y garantías que orientan su normal desenvolvimiento para que éste sea conforme a la Constitución.

§ Principio de interdicción de la arbitrariedad

30. Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: «a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. 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. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad». (Exp. N° 090-2004 AA/TC).

Adecuando los fundamentos de la referida sentencia a la actividad fiscal, es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de

razonabilidad y proporcionalidad jurídica.

§ Principio de legalidad en la función constitucional

31. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley.

§ Debido proceso y tutela jurisdiccional

32. Al respecto, este Colegiado ha reconocido que el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público (Exp. N° 1268-2001 HC/TC). Por tanto, las garantías previstas en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, según el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

§3.3. Hábeas corpus y procedimiento de investigación fiscal

33. A continuación se analizará el petitorio constitucional del demandante, cuyos extremos son: que se declare la nulidad de la denuncia fiscal, de fecha 10 de mayo de 2005, formalizada en contra del recurrente por el fiscal demandado; y que se notifique al juez que haya asumido la calificación de la denuncia, a efectos de que la devuelva al Ministerio Público para que ésta sea calificada nuevamente, este vez por otro fiscal.

El presunto agraviado sustenta, para tal efecto, la interposición de un hábeas corpus de tipo reparador respecto a los derechos que han sido vulnerados por el demandado al momento de realizar la investigación fiscal; y, asimismo, la interposición de un hábeas cor-

pus de tipo preventivo, frente a la amenaza de su libertad individual y derechos conexos como consecuencia de la denuncia que se ha formalizado en su contra.

§ Hábeas corpus reparador y procedimiento de investigación fiscal

34. Respecto del hábeas corpus reparador, es preciso señalar que dicha modalidad representa la modalidad clásica o inicial del hábeas corpus, la misma que se promueve para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Se presenta, por ejemplo, cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúa en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad, entre otros. (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC).

35. En el caso de autos, el demandante promueve esta modalidad de hábeas corpus porque considera que la investigación fiscal llevada a cabo por el demandado se ha desarrollado con absoluta prescindencia del respeto a las garantías que brinda el derecho a la tutela procesal efectiva, derecho protegido a través del proceso de hábeas corpus de conformidad con el artículo 4º del Código Procesal Constitucional.

36. Sobre este punto, es preciso tomar en consideración que la actividad del fiscal está limitada por las atribuciones que le han sido conferidas directamente a la autoridad judicial. En efecto, la imposición de medidas coercitivas, restrictivas de la libertad o derechos conexos, son atribuciones que la Constitución no ha conferido al Ministerio Público, puesto que su investigación, en todo caso, puede concluir en la formalización de una denuncia ante el Poder Judicial; pero la imposición de medidas coercitivas como la comparecencia o la detención preventiva, son medidas propias de la instancia judicial y serán adoptadas previa valoración y motivación del juez competente. En consecuencia, el procedimiento de investigación fiscal no incide de manera directa en una posible vulnera-

ción a algún derecho vinculado a la libertad individual de la persona.

37. En este orden de ideas, las presuntas irregularidades llevadas a cabo por el fiscal demandado no dan lugar a la interposición de un hábeas corpus correctivo, por lo que, en adelante, el pedido del recurrente será analizado a la luz de la tutela que brinda el hábeas corpus de tipo preventivo.

§ Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal

38. El presunto agraviado formula demanda de hábeas corpus preventivo contra la amenaza que se cierne sobre su libertad individual y derechos constitucionales conexos como consecuencia de la acusación formulada por el fiscal demandado. Al respecto, es preciso tomar en consideración que, tal como lo dispone el inciso 1) del artículo 200º de la Constitución, el hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir tal vulneración. En este caso, la actuación del juez constitucional es anterior al acto violatorio de la libertad individual o derechos conexos, pues se procede ante una amenaza.

39. Sobre el hábeas corpus preventivo y a efectos de valorar la amenaza frente a la cual procede este proceso constitucional, este Colegiado ha sostenido que: « (...) se debe comprobar: a) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, es decir, que se configure un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en vía de ejecución, no entendiéndose por tal a los simples actos preparatorios; y b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones». (Exp. 3171-2003 HC/TC).

40. Como ha sido dicho anteriormente, dado que el fiscal no tiene la facultad de dictar medidas restrictivas de la libertad o derechos conexos, en principio no se configuraría una amenaza cierta e inminente de algún derecho tutelable por el hábeas corpus. No

obstante, es preciso tomar en consideración que si bien la denuncia fiscal no vincula al juez –el mismo que sólo abrirá instrucción si considera que de la denuncia fluyen indicios suficientes o elementos de juicio que razonablemente revelen la existencia de un delito–, en cambio, sí constituye un importante indicativo para el juez, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia abiertamente arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado.

41. Este Colegiado no considera que esta situación se haya configurado en el caso de autos, toda vez que la denuncia formalizada ante el juez penal ha sido construida sobre la base de las investigaciones efectuadas por el fiscal y los documentos proporcionados por Algamarca. No obstante, surge un cuestionamiento en torno al hecho de que no se haya contado con la declaración indagatoria del investigado. Esta resultaría ser una observación válida si el procedimiento de investigación fiscal se hubiera llevado «a escondidas» como se sugiere en la demanda; sin embargo, este calificativo no se condice con el hecho de que el señor Cantuarias Salaverry fue debidamente notificado (al menos en una oportunidad) del procedimiento de investigación fiscal que se le seguía.

42. El recurrente, por tanto, tuvo oportunidad de apersonarse al procedimiento de investigación fiscal y lo hizo a través de su abogado, el mismo que presentó escritos e incluso solicitó que se actuaran diversos medios probatorios. Respecto de esta solicitud, el fiscal no llevó a cabo la actuación de todos los medios probatorios solicitados por el demandante; no obstante, atendió a su pedido en el extremo en el que solicitó se recabara la declaración indagatoria de los otros dos miembros del tribunal arbitral. Finalmente, esta diligencia no se llevó a cabo porque ambos árbitros solicitaron una reprogramación, lo cual no tuvo lugar pues el fiscal no realizó una nueva citación.

43. De lo actuado también se desprende que el fiscal demandado citó a informe oral a la defensa del recurrente; sin embargo, ésta

volvió a solicitar que se programe una nueva fecha porque consideró que se debía esperar a que la investigación preliminar concluya. En este escenario, no resulta desproporcionado que ante las pruebas meritadas y las constantes solicitudes de reprogramación que venían siendo formuladas, el fiscal haya formalizado denuncia sobre la base de los elementos con los cuales, efectivamente, contaba.

44. En cuanto a la denuncia fiscal, esta se ajusta a lo dispuesto por el artículo 94º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, según el cual, si el fiscal estima procedente formalizar denuncia ante el juez penal «(...) expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente.»

45. Partiendo de las consideraciones que han sido previamente expuestas, este Colegiado no considera que el recurrente se encuentre frente a una amenaza cierta e inminente de su derecho a la libertad individual o algún derecho conexo, puesto que no se ha producido la formalización de una denuncia manifiestamente arbitraria, orientada a inducir a error al juez a fin de que dé inicio a un proceso penal en contra del investigado.

46. Si bien, a la fecha, es posible constatar que la denuncia formalizada por el fiscal demandado dio lugar a que se abriera instrucción en contra del señor Fernando Cantuarias Salaverry, no se ha dictado mandato de detención en su contra y se ha motivado debidamente el mandato de comparecencia restringida que fue dictado en su lugar. En efecto, este mandato de comparecencia no puede ser considerado como una concreción de la amenaza alegada por el recurrente, toda vez que esta medida ha sido dictada en el ejercicio legítimo de las atribuciones que han sido conferidas al juez penal.

47. Se advierte, por tanto, que en el presente caso no se configuran los supuestos necesarios para la procedencia del proceso constitucional de hábeas corpus y que el petitorio constitucional del presunto agravia-

do –declarar la insubsistencia del auto apertorio de instrucción– sin que se haya acreditado la existencia de una amenaza cierta e inminente de su libertad individual o derechos constitucionales conexos, importaría que este Tribunal se subrogué en las facultades que le han sido constitucional y legalmente conferidas a los representantes del Ministerio Público.

3.2 El auto apertorio de instrucción

a) Exp. N° 3390-2005-PHC/TC [Jacinta Margarita Toledo Manrique]

fecha de resolución: 6 de agosto de 2005, fecha de publicación: 11 de agosto de 2005,

EXP. N.º 3390-2005-PHC/TC

LIMA

JACINTA MARGARITA

TOLEDO MANRIQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de agosto de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Margarita Rosales Bermúdez de Bermúdez y doña Irma López de Castilla contra la sentencia de la Sexta Sala Especializada Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 186, su fecha 26 de abril de 2005, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de marzo de 2005, las recurrentes interponen demanda de hábeas corpus a favor de la ciudadana Jacinta Margarita Toledo Manrique, contra el Juez del Sexto

Juzgado Especial de Lima, señor Saúl Peña Farfán, solicitando que se deje sin efecto el mandato de detención domiciliaria dictado contra la favorecida y, consecuentemente, se ordene al juez emplazado que dicte mandato de comparecencia simple sin restricciones. Sostienen que la resolución expedida lesiona el derecho a la libertad individual de la favorecida, dado que el mandato de detención domiciliaria dictado en su contra se expidió sin la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 135.º del Código Procesal Penal, hecho que, sumado a la evidente falta de motivación resolutoria en que incurre la resolución cuestionada, transgrede concurrentemente sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva que garantiza la Norma Constitucional a todo procesado. Finalmente, alegan que recurren al proceso constitucional por la demora del órgano jurisdiccional en pronunciarse sobre la apelación del mandato formulado oportunamente por la defensa de la favorecida en el seno del proceso penal.

Realizada la investigación sumaria, la beneficiaria se ratifica en el contenido de la demanda, y alega encontrarse sujeta a detención domiciliaria desde el 10 de enero de 2005. Por otro lado, el magistrado emplazado sostiene que la resolución cuestionada se encuentra arreglada a ley, toda vez que, al dictarse la medida asegurativa de detención domiciliaria, se toman en cuenta la suficiencia de elementos incriminatorios que sindicaban la participación del imputado en los hechos denunciados, así como el peligro de perturbación de la actividad probatoria, situaciones que se advierten de autos. Finalmente, alega que los hechos imputados a la favorecida revisten gravedad, y que ésta, en ejercicio de los recursos procesales que le franquea la ley ordinaria, impugnó el mandato, apelación que fuera concedida y se encuentra a la fecha pendiente de pronunciamiento por el Colegiado.

El Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, con fecha 23 de marzo de 2005, se apersona solicitando que se declare improcedente la demanda aduciendo que el cuestionado es un proceso regular, ante el cual el hábeas cor-

pus no puede ser eficaz.

El Decimotercer Juzgado Penal de Lima, con fecha 31 de marzo de 2005, declaró improcedente la demanda, por considerar que el mandato de detención domiciliaria aún no alcanza la calidad de resolución firme prevista en el Código Procesal Constitucional para la procedencia respecto de resoluciones judiciales, toda vez que fue impugnada y a la fecha se encuentra pendiente de pronunciamiento por el superior.

La recurrida confirmó la apelada por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. Las demandantes consideran que la falta de motivación resolutoria que evidencia el mandato de comparecencia con restricción domiciliaria decretado contra la beneficiaria, vulnera el derecho al debido proceso consagrado por la Norma Constitucional, y afecta su libertad individual.

2. Del estudio de autos se advierte que la demanda es declarada improcedente en las instancias precedentes, argumentándose que la «(...) resolución cuestionada no alcanza la calidad de resolución judicial firme, por haber sido impugnada vía recurso de apelación, dentro de los plazos establecidos por ley (...)», conforme se advierte de la sentencia de vista de fecha 26 de abril de 2005, que confirma la apelada.

Al día siguiente, esto es, el 27 de abril de 2005, en la secuela del proceso penal, la Tercera Sala Penal Especial se pronunció en última instancia confirmando la medida cautelar impugnada, otorgando, con ello, carácter de firmeza y definitividad a la resolución judicial cuestionada, la misma que es presentada como recaudo del recurso de agravio constitucional.

3. Esta nueva situación jurídica, acreditada objetivamente por las demandantes, no puede ser desconocida por el Tribunal, toda vez que los principios del procedimiento que caracterizan a los procesos constitucionales tienen por finalidad cautelar la vigencia de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional, lo cual se corrobora con el

mandato del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que dispone que: «[E]l juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este código al logro de los fines de los procesos constitucionales». De la interpretación resultante se infiere que el juez, director del proceso, debe privilegiar razonablemente la tutela del derecho sobre las formas procesales.

4. A mayor abundamiento, la norma procesal indica expresamente que si «(...) se presenta una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido el Juez y el Tribunal declararán su continuación». En virtud de ello, este Colegiado debe pronunciarse sobre el fondo de la demanda.

5. Es importante precisar que si bien el proceso de habeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta que las vulneraciones aducidas no sólo implican la observancia del principio de legalidad procesal sino que inciden en el ejercicio de la libertad individual de la favorecida, el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos considerados lesivos.

6. Del contenido de la demanda se desprende que las demandantes pretenden que este Tribunal se pronuncie sobre las supuestas irregularidades en que incurre el auto que abre instrucción contra la beneficiaria, las cuales presumiblemente vulneran los derechos constitucionales invocados.

§. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional

7. En tal sentido, la controversia constitucional radica en determinar si el juez emplazado, al abrir instrucción lo hizo observando el debido proceso, o si, por el contrario, al expedir la resolución cuestionada lesionó los derechos constitucionales conexos a la libertad individual y al debido proceso.

§. El debido proceso y la tutela judicial efectiva

8. La Norma Suprema, en su artículo 139.º, establece los principios y derechos de la fun-

ción jurisdiccional, consagrando en el inciso 3.º la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.

9. Este enunciado es recogido por el artículo 4.º del Código Procesal Constitucional, bajo el siguiente tenor: «[s]e entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal».

10. Si bien este Colegiado ha sostenido que «[n]o puede acudirse al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como [lo] es la determinación del tipo penal o la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria. (...) En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una resolución expedida en proceso penal, cuando ella se haya dictado con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben guardarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por pro-

mover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo». (STC N.º 1230-2002-HC, Caso Tineo Cabrera, Fundamento 7).

11. En consecuencia, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un *iter* procesal diseñado en la ley, están previstas en la Constitución Política. O, dicho de otro modo, el órgano jurisdiccional, cuando imparte justicia, está obligado a observar los principios, derechos y garantías que la Norma Suprema establece como límites del ejercicio de la función asignada.

12. Del estudio de autos se advierte que se procesa a la beneficiaria por los delitos contra la fe pública en su modalidad de falsificación de documentos en general, y contra la tranquilidad pública en la modalidad de asociación ilícita para delinquir (fs. 35/60).

13. El artículo 427.º del Código Penal, respecto al delito de falsificación de documentos en general, establece que: «[E] que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con (...) Si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Y con (...) si se trata de un documento privado».

Se aprecia de ello que la norma penal material para dicho tipo penal prevé dos modalidades delictivas y, consecuentemente, dos penalidades distintas.

14. En el caso de autos, el juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta

falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce.

Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional

15. Esta irregularidad no fue evaluada por el superior que conoció de la impugnación interpuesta contra el mandato de comparecencia, el cual, al absolver en grado la recurrida, se pronunció únicamente respecto a la concurrencia o inconcurrencia copulativa de los elementos previstos en el artículo 135.º del Código Procesal Penal, los mismos que por el principio de *iuria novit curia* no eran materia de análisis, toda vez que el acto lesivo invocado es el mandato de comparecencia con restricción domiciliaria; de encontrarse presentes al unísono los requisitos previstos en el artículo de la norma procesal citada, estaríamos ante un supuesto de detención preventiva, mas no de comparecencia restringida.

16. La necesidad de tutela surge del enunciado contenido en el artículo 2.º inciso d) de la Norma Suprema, al disponer «[N]adie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)» Por ello, es derecho de todo procesado el que conozca de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra, y en el presente caso tanto más, dado que la naturaleza pública o privada de los documentos cuya presunta falsificación se investiga,

permanecerá inalterable durante el desarrollo de la instrucción, pero su determinación por parte del juzgador incidirá en el derecho de defensa de los imputados y en su libertad personal cuando se determine su situación jurídica y la posterior pena a imponérseles

17. Por consiguiente, este Tribunal considera que se ha transgredido el Principio Acusatorio, pues la beneficiaria **no** tiene la ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen las modalidades delictivas previstas para el delito que se le instruye, las mismas, que no pueden convalidarse por la circunstancia que la favorecida está asistida por un abogado defensor. En tanto que, a nivel procesal, al prever el Código penalidades distintas para ambas modalidades, la prognosis de pena a evaluar para el dictado de la medida cautelar también será diferente, como también lo será la situación jurídica del procesado; irregularidad que, a su vez, transgrede el principio de legalidad procesal. Ello exige que las irregularidades sean subsanadas, en aras de la tramitación de un proceso regular.

18. Con respecto a la supuesta afectación causada por el dictado de la medida cautelar, si bien es materia de evaluación «la gravedad de los hechos denunciados» –según refiere el auto de apertura de instrucción (fs. 42 del cuadernillo constitucional) – también lo es que, conforme a lo sostenido en reiterada jurisprudencia: «[e]l principal elemento a considerarse con el dictado de (una) medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. (...) En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraer-

se de una posible sentencia prolongada» (STC N.º 1091-2002-HC/TC Caso Bozzo Rotondo Fundamento N.º 18).

19. Finalmente, en cuanto a la supuesta vulneración constitucional invocada por las demandantes en sus escritos de fecha 25 de julio y 4 de agosto del año en curso (fs. 85/90 del cuadernillo constitucional), la cual supuestamente se materializa en la omisión del juzgador de pronunciarse respecto de la excepción de prescripción deducida, esta deberá ser resuelta en el propio proceso penal, toda vez que es necesario precisar la modalidad delictiva que se imputa a la favorecida, habida cuenta que son distintas las penas y, por ende, distintos los plazos de prescripción de la acción penal.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **NULO** todo lo actuado en el proceso penal N.º 63-2004 desde el auto de apertura de instrucción de fecha 10 de enero de 2005.

2. Disponer que el juez emplazado dicte nuevo auto de apertura de instrucción precisando la modalidad delictiva por la cual se procesa a la favorecida.

3. Disponer que el juez emplazado, cuando dicte el nuevo auto de apertura de instrucción, se pronuncie sobre la excepción de prescripción deducida contra la acción penal.

Publíquese y notifíquese

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

b) Exp. N.º 8125-2005-PHC/TC [Jeffrey Immelt y otros] Fecha de resolución: 14 de noviembre

de 2005. Fecha de publicación: 26 de enero de 2006.

EXP. N.º 8125-2005-PHC/TC

LIMA

JEFFREY IMMELT Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, reunido el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda, García Toma, Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Vergara Gotelli,

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Fernando Garrido Pinto a favor don Jeffrey Immelt y otros contra la resolución de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 245, su fecha 31 de agosto de 2005, que declara improcedente la demanda de habeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 3 de agosto de 2005, se interpone demanda de habeas corpus a favor de Jeffrey Immelt, Joseph Anthony Pompei, John Mc. Carter, Nelson Jacob Gurman, César Alfonso Ausín de Iurruarízaga, Jorge Montes, James Campbell, Dave Cote, Donald Breare Fontaine, Steve Reidel, Steve Sedita, David Blair, John Welch, Dennis Dammerman, James K. Harman, Helio Mattar, W. James Menerney, James E. Mohn, Robert L. Nardelli, Dennis K. Williams y John Opie, ejecutivos de la empresa General Electric Company contra el Juez del Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, don César Herrera Cassina. Se sostiene que el Juez demandado dictó auto de apertura de instrucción por delito de estafa contra los beneficiarios, disponiendo la detención de todos ellos, sin motivar debidamente

su decisión sobre las razones que tuvo para imputarles el delito de estafa, lo que les imposibilita enfrentar adecuadamente el proceso penal (N° 357-2005) que se les ha instaurado, situación que atenta contra sus derechos constitucionales a la libertad personal y de defensa.

Investigación sumaria

Realizada la investigación sumaria, el Juez demandado rinde su declaración explicativa sosteniendo que el pronunciamiento de su Juzgado ha sido en mérito de lo dispuesto expresamente por la Cuarta Sala Penal Superior que por resolución de fecha 19 de octubre de 2004, ordenó abrir instrucción penal contra los beneficiarios, y que la medida coercitiva de detención se trata de una decisión jurisdiccional arreglada a derecho. Por su parte, el promotor de la demanda de habeas corpus al rendir su declaración indagatoria sostuvo que se ha vulnerado los derechos constitucionales de los ejecutivos denunciados, porque han sido acusados sin ninguna razón, afectándose además su derecho a la libertad personal mediante un mandato de detención que violenta la libertad de tránsito, por cuanto por razones de sus trabajos tiene que trasladarse de un país a otro.

Resolución de primera instancia

El Trigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, a fojas 217, con fecha 11 de agosto de 2005, declaró improcedente la demanda por estimar que la parte demandante no ha cumplido con acreditar que la resolución que dispone el mandato de detención contra los beneficiarios, y que vulneraría manifiestamente su libertad individual y tutela procesal efectiva haya quedado firme, como así lo exige el artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

Resolución de segunda instancia

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

1. FUNDAMENTOS

§. 1. Cuestión procesal

1. El Tribunal entiende que hay una cuestión preliminar sobre la que debe detenerse a

fin de evaluar correctamente el sentido de la pretensión, y es que tratándose de un habeas corpus contra una resolución judicial como es el auto de apertura de instrucción, se debe precisar primero la aplicación del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que prescribe la procedencia del habeas corpus contra resoluciones judiciales firmes.

2. Al respecto, el Tribunal Constitucional no comparte la tesis de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, que desestimó la demanda de habeas corpus por considerar que la decisión judicial de detención adoptada por el juez emplazado no tiene la calidad de firme y definitiva que ésta requiere para ser revisada en vía constitucional.

3. Analizados los argumentos de la demanda, este Tribunal considera que la controversia en el presente caso, fundamentalmente gira en torno a la legitimidad misma del proceso penal instaurado contra los beneficiarios mediante el cuestionado auto de apertura de instrucción, resolución respecto de la cual este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el expediente N° 6081-2005-HC/TC (Caso: Alonso Esquivel Cornejo. F.J. N° 3), que si bien uno de los requisitos para cuestionar mediante habeas corpus una resolución de carácter jurisdiccional es que tenga la calidad de firme, conforme a lo previsto en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, tratándose del auto de apertura de instrucción no corresponde declarar la improcedencia de la demanda, toda vez que contra esta resolución no procede ningún medio impugnatorio mediante el cual se pueda cuestionar lo alegado en este proceso constitucional.

4. En efecto, el auto de apertura de instrucción, constituye una resolución que resulta inimpugnable por ausencia de una previsión legal que prevea un recurso con este fin. Siendo así, una alegación como la planteada en la demanda contra este auto, se volvería irresoluble hasta el momento de la finalización del proceso penal mediante sentencia o por alguna causal de sobreseimiento, lo que no se condice con el respeto del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

§ 2. Determinación del objeto del proceso constitucional de habeas corpus

1. En reiterada jurisprudencia, emitida por este Supremo Tribunal, se ha establecido que el Tribunal Constitucional no es instancia en la que pueda dictarse pronunciamiento tendiente a determinar si existe, o no, responsabilidad penal del inculpado, ni tampoco la calificación del tipo penal en que este hubiera incurrido, toda vez que tales cometidos son exclusivos de la jurisdicción penal ordinaria. Sin embargo, debe quedar plenamente establecido que si bien el juzgador constitucional no puede invadir el ámbito de lo que es propio y exclusivo del juez ordinario, en los términos que aquí se exponen, dicha premisa tiene como única y obligada excepción la tutela de los derechos fundamentales, pues es evidente que allí donde el ejercicio de una atribución exclusiva vulnera o amenaza un derecho reconocido por la Constitución, se tiene, porque el ordenamiento lo justifica, la posibilidad de reclamar protección especializada en tanto es ese el propósito por el que se legitima el proceso constitucional dentro del Estado constitucional de derecho.

2. No se trata naturalmente de que el juez constitucional, de pronto, termine revisando todo lo que hizo un juez ordinario, sino, específicamente, que fiscalice si uno o algunos de los derechos procesales con valor constitucional están siendo vulnerados. Para proceder de dicha forma existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en los expedientes N° 2192-2002-HC/TC (F.J. N° 1), N° 2169-2002-HC/TC (F.J. N° 2) y N° 3392-2004-HC/TC (F.J. N° 6).

3. En el supuesto de que una resolución judicial desconozca o desnaturalice algunos de los componentes de cualquiera de los derechos aquí mencionados, estaremos, sin lugar a dudas, ante la circunstancia de un proceder inconstitucional, y ante un contexto donde, al margen de la función judicial ordinaria ejercida y de la exclusividad que se le reconoce, resulta procedente el ejercicio del proceso constitucional como instrumento de defensa y corrección de una resolución judicial contraria a la Constitución. Puntualizado queda, en todo caso, que solo si vulnera el contenido esencial de alguno de los derechos antes mencionados, estaremos ante un proceso inconstitucional, quedando totalmente descartado que, dentro de dicha noción, se encuentren las anomalías o simples irregularidades procesales -violación del contenido no esencial o adicional-, que no son, por sí mismas, contrarias a la Constitución sino al orden legal. Mientras que el proceso que genere en inconstitucional se habrá de corregir mediante el ejercicio del proceso constitucional, la simple anomalía o irregularidad lo será mediante los medios de impugnación previstos al interior de cada proceso. Ese es el límite con el cual ha de operar el juez constitucional y, a la vez, la garantía de que no todo reclamo que se le hace por infracciones al interior de un proceso pueda considerarse un verdadero tema constitucional.

4. Particularmente, si bien el proceso de

habeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta que las vulneraciones aducidas no sólo implican la observancia del derecho al debido proceso sino que incidiría en el ejercicio de la libertad individual de los beneficiarios, el Tribunal Constitucional tiene competencia *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos considerados lesivos.

§3. Análisis del caso materia de controversia constitucional

1. Se alega en la demanda la falta de motivación del auto de apertura de instrucción, que estriba principalmente en la ausencia de fundamentación de la vinculación de la imputación judicial que se hace a los beneficiarios con los hechos que constituirían delito de estafa, generándoles con ello una situación de indefensión, por desconocer los hechos concretos respecto de los cuales debían defenderse.

Falta de motivación del auto de apertura de instrucción.

1. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138.° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

2. En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegu-

rando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver.

3. En el caso de autos, se debe analizar en sede constitucional si es arbitrario el auto de apertura de instrucción dictado contra los beneficiarios, por la falta de motivación que se alega en la demanda. Al respecto, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales (modificado por la Ley N° 28117), regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su parte pertinente establece que:

«Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción».

1. Como se aprecia, la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal considera que debe ser efectuada con criterio de razonabilidad, esto es, comprender que nada más lejos de los objetivos de la ley procesal el conformarse en que la persona sea individualizada cumpliendo sólo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instruc-

ción (menos aún, como se hacía años antes, «*contra los que resulten responsables*», hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N° 126 publicado el 15 de junio de 1981), sino que, al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.

2. Esta interpretación se condice con el artículo 14°, numeral 3), literal «b» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a este respecto, comienza por reconocer que: «*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*». Con similar predicamento, el artículo 8°, numeral 2), literal «a» de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, dispone que: «*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:...*b) **Comunicación previa y detallada de la acusación formulada**». Reflejo de este marco jurídico supranacional, es el artículo 139°, inciso 15) de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: «*El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención*». Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento, constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo.

3. Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (fs. 175/180), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, es posible afir-

mar que tal resolución no se adecuaba en rigor a lo que quieren tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda que el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que: «*El auto sera **motivado** y contendrá en forma precisa los **hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado***».

4. En otras palabras, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

5. En este sentido, cuando el órgano judicial superior jerárquico ordena abrir instrucción, ello no exonera al *a quo* de fundamentar lo ordenado, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, al haber omitido el Juez penal la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra todos y cada uno de los beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable, en los términos anteriormente expuestos, ha infringido el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, lesionando el derecho de defensa de los justiciables, al no tener éstos la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se les atribuye, en función del artículo 139°, in-

ciso 5 de la Constitución Política del Perú.

6. Por lo anteriormente expuesto, la presente demanda debe ser estimada al haberse acreditado que el auto de apertura de instrucción, de fecha 2 de agosto de 2005, dictado por el demandado Juez penal del Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima ha vulnerado los derechos constitucionales de los beneficiarios de esta demanda, referidos a la motivación de las resoluciones judiciales y de defensa, resultando de aplicación el artículo 2° del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237).

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de habeas corpus.

2. Declarar **NULA** la resolución de fecha 2 de agosto de 2005, expedida por el Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima en el proceso penal N° 357-2005, mediante la cual se abre instrucción y se dicta mandato de detención a los beneficiarios de esta demanda, en consecuencia, se dispone la suspensión de las órdenes de captura dictados contra todos los afectados.

3. Disponer se dicte un nuevo auto de apertura de instrucción, si fuera el caso, teniendo en consideración los fundamentos que sustentan la presente demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS

ALVA ORLANDINI

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

LANDA ARROYO

EXP. N.º 8125-2005-PHC/TC

LIMA

JEFFREY IMMELT Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL DOCTOR JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Emito este voto singular con el debido res-

peto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

1. Viene a conocimiento de este Supremo Tribunal Constitucional el recurso de agravio constitucional interpuesto por Luis Fernando Garrido Pinto a favor de Jeffrey Immelt y otros, contra la sentencia emitida por la Primera Sala Penal de Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmando la apelada declara improcedente la demanda de habeas corpus.

2. Se cuestiona el auto que abre instrucción en la vía sumaria por el delito de estafa, emitido por el Juez del 25° Juzgado Penal de Lima contra 21 funcionarios de la sociedad mercantil General Electric Company a quienes, en dicha resolución, se les ha dictado mandato de detención. Se afirma que el referido auto no se encuentra adecuadamente motivado porque el Juez no expone las razones que ha tenido en cuenta para imputar la comisión del referido delito por cada uno de los imputados, habida cuenta que estos tendrían que responder individualmente uno por uno durante la investigación judicial solo por hechos tipificantes, omisión que los coloca en un estado de indefensión que viola el debido proceso.

3. Al respecto este Supremo Tribunal en jurisprudencia uniforme ha señalado que la sede constitucional no es una instancia en la que pueda dictar pronunciamiento para determinar si existe o no responsabilidad penal del inculcado o calificando el tipo penal por el que se le procesa, toda vez que dichas facultades son exclusivas de la jurisdicción penal ordinaria por lo que el juzgador constitucional no puede invadir el ámbito de lo que es propio y exclusivo del juez ordinario.

4. Así, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a impugnaciones contra el auto de apertura de instrucción, en el caso del proceso N° 0799-2004-HC, señalando que «No resulta atendible la solicitud de dejar sin efecto un auto apertorio de instrucción alegando la inexistencia de pruebas de la comisión del delito, por cuanto es la etapa de la instrucción la que tiene por objeto reunir elementos probatorios de la realización del ilícito penal». Del mismo

modo en la STC N.º 2365-2002-HC ha señalado que atendiendo al objeto de dicho proceso, dejar sin efecto el auto de apertura de instrucción constituye *«pretensión imposible de satisfacer mediante esta acción de garantía, toda vez que ésta no se puede instrumentalizar con el objeto de impedir que se realicen las investigaciones judiciales derivadas del auto apertorio de instrucción... el Tribunal Constitucional considera que cualquier anormalidad o irregularidad que pueda presentar el auto cuestionado deberá remediarse mediante el ejercicio de los recursos que la ley procesal penal prevé, y no vía este proceso que tiene como finalidad proteger la libertad individual y los derechos conexos con ella»*. En síntesis, el Tribunal Constitucional tras reproducir parte del texto del artículo 77.º del Código de Procedimientos Penales ha dicho que no es instancia revisora para dilucidar si los fundamentos que sustentan el auto de apertura de instrucción son suficientes o cumplen con los requisitos legales, dejando en claro que dicha reclamación deberá de ser impugnada al interior del proceso penal en trámite pues es prerrogativa de la judicatura ordinaria resolver dichas controversias.

5. El Código Procesal Constitucional, Ley 28237, en el Artículo 4º, segundo párrafo, prevé la revisión de una resolución judicial vía proceso de habeas corpus siempre que se cumplan 2 presupuestos: 1) que se trate de una resolución judicial firme y 2) que la vulneración a la libertad individual y a la tutela procesal efectiva sea de forma **manifiesta**.

6. Consecuentemente, para legitimar el ingreso del Tribunal Constitucional a la revisión de una resolución judicial que en este caso constituye la expresión misma de la autonomía del Juez y la independencia del Poder Judicial debe acreditarse fehacientemente el cumplimiento de dichos presupuestos; caso contrario estaremos convirtiendo a este Supremo Tribunal en una suprainstancia capaz de revisar todos los autos de apertura de instrucción evacuados por la jurisdicción ordinaria a nivel nacional.

7. Debemos tener en cuenta primero que tratándose del cuestionamiento al auto que abre instrucción con el argumento de una indebida o deficiente motivación, la pretensa vulneración no puede ser conocida a través del habeas corpus sino del amparo puesto que el auto de apertura, en puridad, no está vinculado directamente con la medida cautelar de naturaleza personal que se dicta al interior de dicha resolución, medida contra la que la ley procesal permite la apelación. Este mandato se emite en función a otros presupuestos procesales, señalando el Artículo 135 del Código Procesal Penal, taxativamente, los requisitos mínimos que deben concurrir para su procedencia, que no son los mismos que los exigidos para el auto que abre instrucción establecidos en el Artículo 77º del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia considero que si se denuncia que el juez ordinario, abusando de sus facultades, abre instrucción contra determinada persona cometiendo con ello una arbitrariedad manifiesta, se estaría acusando la violación del debido proceso ya sea este formal o sustantivo, para lo que resulta vía idónea la del amparo reparador. La medida coercitiva de naturaleza personal sí incide directamente sobre la libertad; empero, contra esta medida existen medios impugnatorios previstos en la ley procesal penal que tendrían que agotarse para obtener la firmeza de la resolución en lo referente a la detención preventiva u otras limitaciones a la libertad personal.

8. Sin perjuicio de lo anterior creo pertinente considerar que si bien es cierto la normatividad procesal penal no ha previsto expresamente un medio impugnatorio para cuestionar el auto de apertura de instrucción, también lo es que de existir vacíos en el tratamiento por dicho ordenamiento procesal, éste se rige supletoriamente por el Código Procesal Civil, en cuanto le sea aplicable, según la previsión de la Primera Disposición Complementaria y Final del aludido Código que a la letra dice: «las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza». Si esto es

así, encontramos que en el Artículo 171° del referido complejo legal se prevé que la nulidad de un acto procesal «(...) puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad».

9. El recurrente afirma que el auto de apertura de instrucción carece de motivación suficiente pues no expone las razones que el Juez ha tenido en cuenta para imputar la comisión del delito de estafa a cada uno de los instruidos, ni los hechos por los que tendrían que responder individualmente durante la investigación judicial, es decir afirma que el acto procesal no cumple con los requisitos mínimos de validez. Siendo así los recurrentes tuvieron a su alcance el remedio previsto en el artículo 171° del C.P.C. a través de la formulación de la nulidad del referido acto procesal y lograr en sede ordinaria la corrección del vicio que se acusa o, en su defecto, conseguir la resolución firme que lo habilite a recurrir a la vía excepcional y sumarísima del extraordinario proceso de urgencia.

10. En cuanto a la exigencia referida a que la vulneración a la libertad individual y a la tutela procesal efectiva sea de forma manifiesta, de la revisión de autos considero que no existe tal manifiesta vulneración que como presupuesto requiere el segundo párrafo del artículo 4° del Código Procesal Constitucional para ingresar al análisis de fondo, por los siguientes argumentos: a) las consideraciones que ha tenido el Juez emplazado para dictar el auto de apertura han sido en función a lo dispuesto por la Cuarta Sala Especializada en lo Penal -Reos Libres- de la Corte Superior de Justicia de Lima, por resolución de fecha 26 de abril del 2005, mediante el cual se le ordena abrir instrucción contra los recurrentes, constituyendo una materia que compete de forma exclusiva al juzgador penal; b) mediante los fundamentos de la resolución superior y de la resolución cuestionada se motiva claramente las razones por las que la Sala y el Juez emplazado consideran que la actuación de los funcionarios de la Empresa General Electric Company encuadra en el delito que se les imputa a todos ellos; y c) la invocación de la alegada vulneración del principio de motivación es prematura, pues tratándose de un proceso

penal en etapa inicial, obviamente aún no existe una sentencia firme que sirva de base a los accionantes como responsables de la comisión del delito instruido, permaneciendo inalterable su presunción de inocencia, no resultando posible determinar el grado de participación de cada uno de ellos, lo que será materia precisamente de la investigación en el proceso judicial. Por tanto, no existe la manifiesta vulneración a la libertad individual ni a la tutela procesal efectiva.

11. Es preciso dejar sentado que el imperio del Estado delegado a sus jueces ordinarios para que en su representación hagan posible el ius puniendi no puede ser desconocido con la afirmación de que dicha facultad se está ejerciendo arbitrariamente para sustraerse de la jurisdicción, que constituye expresión de la soberanía. En todo caso existe el proceso de responsabilidad civil de los jueces previsto en el Artículo 509° y siguientes del C.P.C. como vía alterna suficiente para sancionar, por dolo o culpa, a los representantes jurisdiccionales del Estado que en el ejercicio de su autonomía causan agravios insuperables.

12. Por las precedentes consideraciones no encuentro capacidad en el Tribunal Constitucional para ingresar al proceso penal de su referencia y convertirse, de motu proprio, en el ultra revisor de lo determinado por Juez competente en un proceso regular en trámite, máxime cuando estando a lo que hoy miércoles cuatro del mes de enero del dos mil seis el diario Gestión, en su página veinte, informa de una multiplicación de procesos de habeas corpus por demandas de cada uno de los imputados en distintos juzgados, lo que además significaría abrir las puertas a muchos miles de imputados que vendrían al Tribunal con iguales impugnaciones cada vez que un juzgado penal dé trámite a la denuncia del Fiscal abriendo el correspondiente proceso.

Pero algo más, con el mismo derecho y por la misma puerta, otros miles de emplazados recurrirían también al proceso constitucional cada vez que un Juez Civil admita a trámite una demanda de acuerdo al Artículo 430° del C.Procesal Civil, ley procesal que no ha previsto la vía recursiva para cuestionar

la decisión del Juez que da origen a un proceso ordinario. Y para ambos casos - penal y civil - todo imputado y todo emplazado tendrán los «argumentos» necesarios para exigir el mismo tratamiento, lo que, a no dudarlo, al poco tiempo la carga procesal sería inmanejable para este Tribunal ampliando sus facultades cuando hoy las viene reduciendo.

Mi voto, por tanto, es por la improcedencia de la demanda.

S.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 8125-2005-PHC/TC

LIMA

JEFFREY IMMELT Y OTROS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

Me adhiero av oto del Magistrado Vergara Gotelli, en el sentido de declarar improcedente la demanda de autos, compartiendo la posición adoptada, debiendo reiterar que este Colegiado no es sede en la que se pueda dictar pronunciamiento tendiente a determinar si existe o no responsabilidad penal de inculpadados, ni de efectuar la calificación del tipo penal, toda vez que éstas son facultades exclusivas de la jurisdicción penal ordinaria. Por tanto, al resolver el presente proceso constitucional de hábeas corpus, no puede avocarse al conocimiento de cuestiones de orden penal, pues no son de su competencia.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN

3.3 La detención judicial

3.3.1 Detención judicial y presunción de inocencia

A) Exp. N.º 0005-2001-AI/TC [Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo 895 y otras normas, que regulaban el delito de terrorismo agravado].

Fecha de resolución: 16 de noviembre de 2001, fecha de publicación: 17

de noviembre de 2001

Por otra parte, el Tribunal considera la presunción de inocencia como elemento conformante del debido proceso. Disponer en una norma procesal penal que el imputado, en todo caso –es decir, sin sopesar las circunstancias de cada expediente– tendrá mandato de detención desde el inicio de la instrucción, contraría esa presunción y, por tanto, el debido proceso exigido por la Constitución.

En consecuencia, no son constitucionales los incisos a) y b) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.º 895.

Asimismo, la prohibición de conceder al imputado cualquier tipo de libertad durante la instrucción –sin excepción– contraría no sólo la presunción de inocencia, sino el derecho de defensa amparado por la Constitución. No son admisibles constitucionalmente, entonces, el inciso c) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.º 895.

Desnaturalizan el debido proceso y el derecho del demandante de acceder a ciertas libertades durante el proceso, el inciso d) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.º 895, al obligar al Juzgador a postergar, para el momento de expedición de la sentencia, la absolución de cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y otras articulaciones que, por su naturaleza jurídica, deben resolverse antes.

B) Exp. 0010-2002-AI/TC [Acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Leyes que regulan el delito de terrorismo y traición a la patria]. Fecha De resolución: 3 de enero de 2003. Fecha de publicación: 4 de enero de 2004.

§ 10.4 La presunción de inocencia

(...)

b) El mandato de detención y presunción de inocencia

138. Especial atención se debe prestar a los términos en que se formula la impugnación del inciso a) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475 porque supuestamente viola el principio de presunción de inocencia. De los argumentos expuestos por los demandantes, parece desprenderse que la lesión sobre tal

principio se generaría, además, por el hecho de que, pese a presumirse la inocencia del procesado, la disposición impugnada obligaría al juez a dictar mandato de detención, invirtiendo de ese modo la presunción de inocencia por la de culpabilidad.

139. Este criterio no es compartido por el Tribunal Constitucional. En efecto, como ya se ha tenido oportunidad de apreciar (así, por ejemplo, en los Casos Grace Riggs, Tineo Cabrera, etc.), el mandato de detención o, lo que es lo mismo, la detención judicial preventiva, no constituye una sanción punitiva, pues se trata, en esencia, de una medida cautelar, de carácter excepcional, cuyo dictado sólo puede decretarse bajo el escrupuloso respeto de las condiciones legales que autorizan su dictado, que, como se sabe, se halla regulado básicamente por el artículo 135º del Código Procesal Penal.

140. El problema, no obstante, aparentemente es otro. Que de una lectura literal de dicho precepto legal pareciera desprenderse la obligación del juez penal, al dictar el auto apertorio de instrucción, y sin tomar en consideración las causas legalmente establecidas en el artículo 135º del Código Procesal Penal, de decretar automáticamente el mandato de detención contra los procesados por el delito de terrorismo. Según este punto de vista, la detención judicial preventiva ya no constituiría una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o la misma eficacia del resultado del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo.

141. Si ese fuera el sentido del inciso a) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada sólo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, ésta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de De-

rechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, «podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley» (Informe N.º 02/97, párrafo 51).

Y es que la detención preventiva, constituyendo una restricción de la libertad individual pese a que durante el proceso se presume que el encausado es inocente, sólo puede ser dispuesta si, en un asunto determinado, ésta es juzgada indispensable; lo que presupone, consiguientemente, que no se pueda establecer legislativamente el carácter obligatorio de su dictado. Este último criterio se deriva directamente de lo señalado en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual «la prisión preventiva de las personas no debe ser la regla general», pues, como ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello «sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos».

142. Sin embargo, más allá de lo que hasta aquí ha expresado este Tribunal Constitucional, al igual que lo ha sostenido respecto a la alegación de violación del principio de autonomía judicial, dicha disposición puede también entenderse en un contexto sistemático, esto es, que la atribución de dictar mandato de detención, regulada por el inciso a) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475, necesariamente debe entenderse bajo los alcances del artículo 135º del Código Procesal Penal. Desde este punto de vista, la apertura de instrucción penal contra el encausado, eventualmente, podría terminar con el dictado de una medida cautelar, como la detención judicial preventiva, si es que se cumplen los presupuestos legales allí regulados y no porque el juez penal esté obligado a hacerlo.

Y es que, de conformidad con el artículo

7.º numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la validez de la detención judicial preventiva no sólo está condicionada a la observancia del principio de legalidad, esto es, que las causales de su dictado sean previstas en el derecho interno, sino, además, a que dichas razones de justificación se encuentren conformes con la Constitución, ya 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». Lo que quiere decir que no sólo basta con que las razones que puedan dar origen a la detención judicial preventiva estén señaladas en la ley, sino, además, que ellas se encuentren conformes con la Constitución.

143. En torno a ello, el Tribunal Constitucional debe recordar, especialmente teniendo en consideración los graves problemas ocasionados por las prácticas terroristas en nuestro país durante los últimos años, que además de las razones previstas en el artículo 135º del Código Procesal Penal, el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva. En particular, las que tienen que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público.

No obstante, si se introdujera la primera de las causales de justificación señaladas, no debe olvidarse que, como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad» (Informe N.º 02/97, párrafo 32).

144. Y, en lo que se refiere a la necesidad de preservar el orden público, no debe perderse de vista las especiales advertencias que, sobre el particular, ha efectuado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según las cuales «en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar» (Informe N.º 02/97, párrafo 36).

145. No obstante, como también ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado», y que, «en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal» (Informe N.º 02/97, párrafos 36 y 37). En cualquier caso, esta posible extensión de los motivos de justificación de la detención judicial preventiva, a fin de ser considerados judicialmente, previamente requieren ser incorporados a la legislación nacional, por expresa exigencia del artículo 7.º numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se ha dicho.

146. Más allá de estos dos últimos párrafos, el Tribunal Constitucional considera que el inciso a) del artículo 13º del Decreto Ley N.º 25475 no es, *per se*, inconstitucional, lo que no quiere decir que, en su aplicación, no pueda juzgarse la validez de una detención judicial preventiva que resulte incompatible con la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

3.3.2 SUBSIDIARIEDAD, PROVISIONALIDAD, PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD DE LA DETENCIÓN JUDICIAL

Exp. N.º 1091-2002-HC/TC [Vicente Ignacio Silva Checa]

Fecha de recolución: 12 de agosto de 2002, fecha de publicación: 16 de agosto de 2002.

EXP. N.º 1091-2002-HC/TC

LIMA

VICENTE IGNACIO SILVA CHECA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los doce días del mes de agosto de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, con el voto singular del Magistrado Manuel Aguirre Roca y los fundamentos de voto de los Magistrados Guillermo Rey Terry, Delia Revoredo Marsano y Javier Alva Orlandini, que se adjuntan, pronuncia la siguiente sentencia en mayoría.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Vicente Ignacio Silva Checa, contra la resolución de la Segunda Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas ciento uno, su fecha diecinueve de marzo de dos mil dos, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus interpuesta.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone acción de hábeas corpus contra los miembros de la Sala Penal Especializada en Delitos de Corrupción de la Corte Superior de Justicia de Lima, por violación de los principios de que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos por la ley y a la presunción de inocencia, así como los derechos a la libertad personal y a la defensa y, en consecuencia, solicita que se disponga su libertad.

Señala que, con fecha primero de febrero de dos mil uno, se le abrió instrucción por la

supuesta complicidad en la comisión del delito de peculado, dictándose en su contra orden de comparecencia restringida –detención domiciliaria–. Refiere que dicha resolución fue apelada por el Ministerio Público, la Procuraduría Pública *ad hoc*, así como por el recurrente. Expresa que, mientras los dos primeros solicitaban se dicte mandato de detención en su contra, el actor lo hizo con el objeto de que se decretara mandato de comparecencia simple.

Alega que, la Sala Penal Especial, mediante resolución de fecha once de abril de dos mil uno, dispuso su inmediata captura y detención. Por ello, el actor, posteriormente, solicitó que se le otorgara su libertad provisional, la que fue declarada improcedente. Al interponer su recurso de apelación, éste también fue declarado improcedente mediante Resolución N.º 297, de fecha 10 de diciembre del 2001, por la Sala Penal Especializada en Delitos de Corrupción de la Corte Superior de Justicia de Lima. Sostiene que la resolución de fecha once de abril de dos mil uno, es una resolución judicial irregular, pues no sustentó las razones para revocar el mandato de comparecencia restringida y, decretar el de detención, violando de esta manera su derecho a la libertad personal.

Sostiene que dicha resolución emana de un procedimiento irregular, ya que: a) obvió valorar y emitir pronunciamiento sobre los argumentos expuestos por la defensa y por el Ministerio Público, además, de no pronunciarse sobre la concurrencia de los tres supuestos previstos en el artículo 135.º del Código Procesal Penal; b) no existen suficientes elementos de prueba que acrediten que el actor es autor del delito contra la Administración Pública; c) la prognosis de la pena efectuada por el juzgador no tiene un fundamento correcto, pues el tipo penal que ha sido considerado es errado; d) no sustenta cuál es el criterio que lo ha llevado a tomar la decisión de restringirle el ejercicio de la libertad locomotora.

Alega, por otro lado, que se viola el principio al procedimiento predeterminado por la ley, pues para declararse la detención tienen que existir suficientes elementos probatorios

para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, lo que no sucedió en el caso de autos. Sostiene que se violó su derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, pues se trata de una resolución inmotivada en derecho. Asimismo, señala que se violó el principio a la presunción de inocencia, pues la emplazada, al decretar su mandato de detención, partió de una presunción inculpativa. También viola el derecho de defensa, ya que, por un lado, durante la investigación preliminar a cargo de la Fiscalía Penal especial, el acceso al expediente fue negado a su defensa; y, por otro, porque no se valoró ni se pronunció sobre diversos medios de prueba.

El Juzgado Penal de Turno Permanente de Lima, con fecha seis de marzo de dos mil dos, rechazó *in limine* la demanda y, en consecuencia, la declaró improcedente, por considerar que, conforme a lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, no proceden las acciones de garantía contra resoluciones judiciales emanadas de un proceso regular.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar, principalmente, que la acción de hábeas corpus no es la vía idónea, y porque el actor debió cuestionar la resolución que le causa agravio ante la Corte Suprema.

FUNDAMENTOS

Determinación del acto lesivo objeto del control constitucional

1. Luego de analizarse los argumentos de la demanda, el Tribunal Constitucional considera que la controversia en el presente caso, fundamentalmente, gira en torno a la validez del mantenimiento de la detención judicial preventiva contra el actor.

En efecto, el actor ha sostenido que el acto que le causa agravio es la resolución expedida por la emplazada, con fecha once de abril de dos mil uno, en virtud de la cual se revocó la resolución expedida con fecha primero de febrero de dos mil uno, en el extremo que decretó contra el actor el mandato de comparecencia con restricción y, reformándola, dic-

tó mandato de detención; por ello, con fecha veinticuatro de agosto de dos mil uno, solicitó su libertad provisional, cual fue declarada improcedente por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial de Lima, con fecha cinco de setiembre de dos mil uno, y confirmada, a su vez, mediante auto de fecha diez de diciembre de dos mil uno, por la emplazada.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que el objeto del proceso no es tanto cuestionar las razones que sirvieron inicialmente para decretar la detención judicial preventiva del actor, sino, fundamentalmente, las razones que sirvieron para *mantener vigente* aquella, lo cual es sustancialmente distinto.

2. Planteado así el aspecto controvertido, y aún antes de ingresar al análisis de fondo, el Tribunal Constitucional debe señalar:

a. Que el supuesto tema de la errada prognosis de la pena es un aspecto que, en el presente caso, no se analizará en abstracto, pues no es un tema que se encuentre dentro de las competencias de este Supremo intérprete de la Constitución, sino de la jurisdicción ordinaria.

b. Del mismo modo, pero esta vez por expreso mandato del inciso 1) del artículo 6º de la Ley N.º 23506, tampoco se analizará la alegada violación del derecho de defensa, ya que si, eventualmente, durante la investigación preliminar a cargo de la Fiscalía Penal Especial, sus abogados defensores no pudieron tener acceso al expediente, al encontrarse su caso en plena investigación judicial ante el juez penal, la eventual violación del derecho alegado se ha vuelto irreparable.

3. Finalmente, si bien las instancias judiciales precedentes, con diversos argumentos, denegaron, *in limine*, la pretensión de tutela solicitada por el actor, aludiendo, la última de ellas, a un eventual avocamiento indebido de una causa pendiente de resolver en sede judicial; que en el caso no procede el hábeas corpus pues se trata de cuestionar una resolución judicial emanada de un procedimiento regular; que no procede la liberación cuando el recurrente esté sometido a un proceso penal; que la detención fue ordena-

da por un juez competente; o, porque en el caso no «se presentan ni siquiera indicios de violación o amenaza de los derechos que le asisten al accionante», el Tribunal Constitucional ingresará a evaluar las razones de fondo del recurso extraordinario, en atención a lo siguiente:

a. En primer lugar, el Tribunal Constitucional debe expresar que no existe infracción del inciso 2) del artículo 139.º de la Constitución (avocamiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional) por admitirse el hábeas corpus cada vez que mediante este proceso se pretenda reparar la eventual lesión de cualquiera de los contenidos constitucionalmente protegidos del derecho al debido proceso. No lo hay, pues la figura del avocamiento supone, por su propia naturaleza, que se desplace al juez del juzgamiento de una determinada causa y, en su lugar, el proceso se resuelva por una autoridad distinta, cualquiera sea su clase. El Tribunal Constitucional ni los órganos judiciales que conocieron el hábeas corpus tienen competencia para resolver cuestiones de orden penal, pero sí para evaluar si se ha lesionado o no el derecho a la libertad personal u otros derechos conexos. Mediante el hábeas corpus, en efecto, el juez constitucional no puede ingresar a conocer una materia que es de competencia de la jurisdicción ordinaria, sino, únicamente, determinar si, en ese proceso ordinario, se afectó o no un derecho constitucional.

b. El Tribunal Constitucional, a su vez, no comparte la tesis de que habiéndose rechazado *in limine* la demanda, esto es, no habiéndola admitido ni seguido el procedimiento señalado por la ley, en el caso, pueda determinarse, en abstracto, que no se ha acreditado la lesión del derecho a la libertad personal o al debido proceso. La facultad de rechazar *in limine* la demanda, prevista en el artículo 14.º de la Ley N.º 25398, por el supuesto previsto en el inciso 2) del artículo 6.º de la Ley N.º 23506, exige que ésta resulte «manifiestamente» improcedente, lo cual se traduce en la necesidad de que el juzgador realice una detenida y exhaustiva exposición de las razones por las cuales considera que

lo es, pues, de lo contrario, se lesionaría el derecho al acceso de justicia, a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, a la motivación de las resoluciones judiciales y a no sufrir indefensión.

En el presente caso, habiéndose alegado la arbitrariedad de la detención preventiva dictada contra el actor, es evidente que tal condición no podría determinarse si es que no se efectuaba un análisis detenido de las circunstancias y las razones que sirvieron al juez penal para optar por restringir su libertad física, por lo que hace que el rechazo *in limine* no se base en su manifiesta improcedencia, como exige el artículo 14.º de la Ley N.º 25398.

c. Por otro lado, en los fundamentos N.ºs 4 al 9 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 1230-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que todas 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.

En ese sentido, si el inciso a) del artículo 16.º de la Ley N.º 25398 establece que no procede el hábeas corpus «cuando el recurrente tenga instrucción abierta o se halle sometido a juicio por los hechos que originan la acción de garantía», pero, por otro lado, el artículo 7.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona privada de su libertad «a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o su detención fueran ilegales»; entonces, dicho inciso a) del artículo 16.º de la Ley N.º 25398 debe entenderse en el sentido de que no procede el hábeas corpus si la detención ordenada por un juez no es arbitraria. O, lo que es lo mismo, que no procede este proceso constitucional cuando se trate de una detención ordenada en forma debida.

d. Por ello, si bien en el presente caso se ha rechazado *in limine* la demanda, lo cual coloca al Tribunal Constitucional en el dilema

de, o bien declarar la nulidad de todo lo actuado y, en consecuencia, ordenar se admita a trámite la acción de hábeas corpus; o bien, pronunciarse sobre el fondo del asunto, este Supremo Tribunal opta por hacer esto último, pues el derecho constitucional a la protección judicial de los derechos fundamentales reconocido por el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, exige del operador constitucional una especial sensibilidad y dejar de lado cualquier comportamiento que pueda significar un exceso formal de ritualismo procedimental, en particular, si en autos se encuentran suficientes elementos probatorios para expedir una sentencia de mérito.

Tal proceder, en materia de hábeas corpus, se deriva del artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual «Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal».

Por ello, en el presente caso, el Tribunal Constitucional procederá a analizar las razones de fondo.

Alcances constitucionales de la libertad personal

1. El primer derecho comprometido con el mantenimiento del mandato de detención contra el actor es la libertad personal. Éste es un derecho subjetivo, reconocido en el inciso 24) del artículo 2.º de la Constitución Política del Estado y, al mismo tiempo, uno de los valores fundamentales de nuestro Estado Constitucional de Derecho, por cuanto fundamenta diversos derechos constitucionales a la vez que justifica la propia organización constitucional.

2. En cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Los alcances de la garantía dispensada a esta libertad comprende frente a cualquier supues-

to de privación de la libertad locomotora, independientemente de su origen, la autoridad o persona que la haya efectuado. Garantiza, pues, ante cualquier restricción arbitraria de la libertad personal, según señala el artículo 9.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

3. En sede judicial, el derecho a la libertad física y a que ésta no sea restringida en forma arbitraria, alcanza no sólo a las denominadas «detenciones judiciales preventivas», sino, incluso, a una condena emanada de una sentencia expedida con violación del debido proceso.

A juicio del Tribunal Constitucional, las exigencias de legalidad y no arbitrariedad de la detención judicial no se satisfacen únicamente porque ésta haya sido expedida por un juez competente, pues si bien el elemento de la competencia judicial constituye uno de los elementos que ha de analizarse a efectos de evaluar la arbitrariedad o no de la privación de la libertad, también existen otros elementos que se tienen que tomar en consideración, los que varían según se trate de una sentencia condenatoria o, por el contrario, de una detención judicial preventiva.

4. Sin embargo, antes de evaluar si, en el caso, la detención judicial preventiva dictada contra el actor vulnera su derecho a la libertad individual, el Tribunal Constitucional estima preciso declarar que la comprensión del contenido garantizado de los derechos, esto es, su interpretación, debe realizarse conforme a los alcances del principio de unidad de la Constitución, pues, de suyo, ningún precepto constitucional, ni siquiera los que reconocen derechos fundamentales, pueden ser interpretados por sí mismos, como si se encontraran aislados del resto de preceptos constitucionales. Y es que no se puede perder de vista que el ejercicio de un derecho no puede hacerse en oposición o contravención de los derechos de los demás, sino de manera que compatibilicen, a fin de permitir una convivencia armónica y en paz social.

En ese sentido, una visión de conjunto, que ligue la realidad concreta con las disposi-

ciones y principios constitucionales, no debe perder de vista que los derechos fundamentales no sólo constituyen derechos subjetivos que se reconocen a las personas, sino que también cumplen una función objetiva, por cuanto representan el sistema material de valores de nuestro ordenamiento constitucional.

Detención judicial preventiva y libertad personal

5. Como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales.

6. La validez de tales límites y, en particular, de la libertad personal, depende de que se encuentren conforme con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad» (Caso Gangaram Panday, párrafo 47, en Sergio García Ramírez, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México 2001, pág. 117).

7. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, ésta no es inconstitucional. Sin embargo, por el hecho de tratarse de una medida que restringe

la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última *ratio* a la que el juzgador debe apelar; esto es, susceptible de dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general. Ese, pues, es el propósito del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual «la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general», y también la interpretación que de ella ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 77, en Sergio García Ramírez, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México 2001, pág. 417).

8. En la medida en que la detención judicial preventiva se dicta con anterioridad a la sentencia condenatoria, es en esencia una medida cautelar. No se trata de una sanción punitiva, por lo que la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen. Por ello, no puede sólo justificarse en la prognosis de la pena a la que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se le aplicará a la persona que hasta ese momento tiene la condición de procesado, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad.

9. Sobre el particular, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que «tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido. La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en

reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio» (Informe N°. 12/96, Argentina, Caso N°. 11.245, párrafo 86).

10. En el presente caso, conforme se desprende de la resolución cuestionada, de fecha cinco de setiembre de dos mil uno, especialmente de sus fundamentos N.ºs 3 al 5, al mantenerse el mandato de detención contra el actor, la emplazada no sólo ha considerado relevante que en el proceso penal existen suficientes elementos de prueba que lo incriminan por los delitos por los cuales viene siendo juzgado y que la pena será superior a los cuatro años, sino también al hecho de haber querido perturbar la actividad probatoria, al ocultar hechos considerados relevantes para la dilucidación del proceso penal, como son no informar que, por asesoramiento en materia de comunicaciones, recibía la suma de ocho mil dólares americanos; que sumados al importe por gastos de mantenimiento, hacían un aproximado entre veinte a veinticinco mil dólares mensuales y que recibió cien mil dólares para mejorar la situación del Canal 10 de televisión.

Tales hechos constituyen causas objetivas y razonables para entender que en la compulsación sobre el peligro procesal del actor como causa para mantener el mandato de detención, no hay indicios de arbitrariedad del juzgador.

11. Por otro lado, en atención a la incidencia que tiene en la libertad física de una persona a la que se presume inocente, sólo cabe apelar a ella, ya para adoptarla, ya para mantenerla. Ello significa que su aplicación no debe ser la medida normal u ordinaria, sino que sólo puede dictarse en casos particularmente graves y siempre que sea estrictamente necesaria para los fines que se persigue con el proceso penal. En ese sentido, la regla general debe ser que los procesados, de quienes se presume su inocencia, deben disfrutar del ejercicio de la libertad física, mientras que su privación sólo debe decretarse en aquellos casos en los que se ponga en riesgo

el éxito del proceso penal, ya sea porque se pretende obstaculizar la actividad probatoria, ya porque se pretende evadir la aplicación de la pena.

En el caso, el Tribunal Constitucional considera que no se afecta la libertad física del recurrente, pues conforme se ha sostenido en el fundamento N.º 13 de esta sentencia, el actor obstaculizó la investigación judicial al ocultar hechos relevantes para culminar con éxito el proceso penal que se le sigue. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que existe base objetiva y razonable que justifica la decisión de la emplazada para no variar el mandato de detención en su contra.

12. Del mismo modo, aparte de tratarse de una medida excepcional, el principio *favor libertatis* impone que la detención judicial preventiva tenga que considerarse como una medida subsidiaria, provisional y proporcional, esto es, cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar. El carácter de medida subsidiaria impone que, antes de que se dicte, el juez deba considerar si idéntico propósito al que se persigue con el dictado de la detención judicial preventiva, se puede conseguir aplicando otras medidas cautelares no tan restrictivas de la libertad locomotora del procesado. Por tanto, el Tribunal Constitucional declara que la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la detención judicial preventiva.

En el presente caso, el sólo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar con éxito la investigación judicial que se sigue contra el actor, exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa sobre el derecho a la libertad física del recurrente. En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la exigencia de que el juez busque una alternativa distinta a la restricción de la libertad física del procesado, dado que mientras no exista sentencia condenatoria, se presume que éste es inocente, sólo es lícita cuando

no se ha pretendido perturbar la actividad probatoria del proceso, eludir la acción de la justicia o evadirse del cumplimiento de una posible sentencia condenatoria. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que la detención practicada contra el actor del hábeas corpus no es indebida.

13. Como se ha sostenido, la detención judicial preventiva debe ser también una medida provisional, cuyo mantenimiento sólo debe persistir entre tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado. Una vez removidos, el contenido garantizado del derecho a la libertad personal y al principio de la presunción de inocencia exige que se ponga fin a la medida cautelar, pues, de lo contrario, su mantenimiento tendría que considerarse como una sanción punitiva, incompatible con su naturaleza cautelar y con los derechos antes enunciados.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional considera que no se ha afectado el carácter provisional de la detención judicial preventiva, habida cuenta de que, entre la confirmación de la resolución que declaró improcedente la solicitud de libertad provisional del actor, de fecha diez de diciembre de dos mil uno, y la fecha de interposición del hábeas corpus, el seis de marzo de dos mil dos, no ha transcurrido un plazo razonable que permita considerar que hayan variado las circunstancias que sirvieron para mantener la vigencia del mandato de detención.

14. Finalmente, el mantenimiento de la detención judicial preventiva debe encontrarse acorde con el principio de proporcionalidad. Ello significa que la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. De acuerdo con el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la restricción de la libertad física de una persona sometida a un proceso, sólo puede deberse a la necesidad de asegurar «la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su

caso, para la ejecución del fallo».

15. Desde este punto de vista, el principal elemento a considerarse con el dictado de esta medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, de que el procesado no interfiera u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posea, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada. La inexistencia de un indicio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado o el mantenimiento de la detención judicial preventiva en arbitraria, por no encontrarse razonablemente justificada.

16. En el presente caso, el Tribunal Constitucional considera que tampoco se ha afectado el principio de proporcionalidad al mantenerse vigente el mandato de detención contra el actor, denegándose su libertad provisional, pues, como antes se ha expresado, aparte de la suficiencia de elementos probatorios existentes sobre la responsabilidad penal del actor, se denegó la solicitud de libertad provisional tras entenderse que el actor viene perturbando la actividad probatoria en el proceso.

Exigencia de una especial motivación de la resolución judicial que decreta el mandato de detención judicial preventiva

17. La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con

la Constitución y las leyes (art. 138.º de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 1230-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que dicho derecho no garantiza una determinada extensión de la motivación; que se tenga que pronunciarse expresamente sobre cada uno de los aspectos controvertidos o alegados por la defensa, ni excluye que se pueda presentar la figura de la motivación por remisión.

18. Sin embargo, tratándose de la detención judicial preventiva, la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que con ello se permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva.

19. Dos son, en ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser «suficiente», esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser «razonada», en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada.

20. Por ello, de conformidad con el artículo 182.º del Código Procesal Penal, es preciso que se haga referencia y tome en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena que se le podrá imponer, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El Tribunal Constitucional no es competente para determinar la concurrencia en cada caso de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la detención judicial preventiva, que es una tarea que incumbe en esencia al juez penal, sino para verificar que la medida cautelar haya sido adoptada de forma fundada, completa y acorde con los fines

y carácter excepcional de la institución en referencia.

21. En el caso de autos, la resolución en virtud de la cual se confirma la resolución que denegó la libertad provisional del actor es suficiente y razonada, pues el resultado de la decisión es coherente y compatible con la naturaleza y fines de la detención judicial preventiva.

Presencia de peligro procesal y detención judicial preventiva en el proceso penal seguido contra Vicente Silva Checa

22. Sin perjuicio de todo lo expuesto, al analizar la detención judicial preventiva decretada contra el actor, el Tribunal Constitucional ha considerado, además, que conforme se corrobora del último párrafo del fundamento tercero de la resolución expedida por el Juez del Cuarto Juzgado Penal Especial, de fecha cinco de setiembre de dos mil uno, se consideró pertinente mantener en vigencia la detención judicial preventiva contra el actor, pues a lo largo del proceso éste no colaboró con el proceso de investigación judicial, considerándose ello «un peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria» que «atentaría contra el objetivo del proceso penal [...]».

Tal criterio se deriva del hecho de que el actor no expresó, pese a tener «conocimiento pleno», que el dinero utilizado para la compra de acciones del Canal 10 provenía del Tesoro Público; que el actor concurría todos los días a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional a fin de prestar asesoramiento en materia de comunicaciones y que, por ello, se le abonaba la suma de ocho mil dólares americanos; que, asimismo, por concepto de mantenimiento de su oficina, tal suma se incrementaba aproximadamente entre veinte a veinticinco mil dólares americanos; que habría recibido adicionalmente cien mil dólares para mejorar la situación del Canal 10, hechos que han sido corroborados por la declaración de su coimputado Vladimiro Montesinos Torres y de la testigo María Angélica Arce Guerrero.

23. Finalmente, según el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos, «En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que «El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros» (Opinión Consultiva 08/87, párrafo 26, en Sergio García Ramírez, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM, México 2001, pág. 1014).

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que detrás de la medida judicial que restringe la libertad física del recurrente existe una valoración judicial de los hechos que son materia del proceso penal, el número de personas comprometidas, la participación del recurrente como parte de una organización criminal y, especialmente, las repercusiones de los delitos por los cuales se le juzga, no sólo en lo que atañe a la infracción de determinados bienes jurídico-penales, sino incluso, y lo que es más grave, realizadas con el evidente propósito de comprometer la propia viabilidad del sistema democrático.

Por ello, el Tribunal Constitucional considera que la libertad física puede ser objeto de restricciones, y éstas no ser arbitrarias, si es que tal medida se presenta como estrictamente necesaria para garantizar y asegurar el normal desenvolvimiento de una sociedad democrática.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado

y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la acción de hábeas corpus; reformándola, la declara **INFUNDADA**. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

EXP. N.º 1091-02-HC/TC

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO AGUIRRE ROCA

Con el debido respeto por la opinión de mis honorables colegas, no compartiendo el pronunciamiento del auto superior recurrido (AR), ni tampoco, por semejantes y adicionales razones, la sentencia (S), emitida, por mayoría, por este Tribunal Constitucional (TC), formulo este voto singular discrepante, cuyos fundamentos principales se exponen en seguida:

1. Concuero con parte de la tesis sustentada en el FUNDAMENTO 3. de la S, especialmente en el corriente en el último párrafo del acápite 3.b) y en el primero del 3.d), pues, en efecto, opino, de un lado, que la demanda de autos no debió rechazarse in límine; y, de otro, que el indebido rechazo in límine de una demanda de habeas corpus, no es impedimento invencible para que el TC entre a conocer del fondo de la controversia, a condición de que existan suficientes elementos de juicio para emitir el respectivo fallo. Ya existe, al respecto, jurisprudencia concordante del TC. Pero estimo que, en el caso, no existen dichos elementos de juicio, y ello como consecuencia, precisamente, del rechazo in límine, esto es, de la festinación del trámite legal omitido. Por tal razón, considero que corresponde declarar nulo todo lo actuado

en este proceso y reponer la causa al estado de su admisión, a fin de que se le dispense el trámite legal que señala el artículo 18° de la Ley 23506, esto es, a fin de que sean citados e interrogados los vocales demandados. Ellos, según el mencionado artículo 18°, deberán ser «requeridos» para que «expliquen la razón» en que sustentan las resoluciones impugnadas que motivan estos autos.

2. Conviene recordar, a este respecto, que por razones análogas a las reseñadas líneas arriba, este TC emitió, recientemente, dos resoluciones semejantes a la que considero que debe expedir en estos autos. En efecto, en esos dos casos (Exp. N.° 307-2002-HC/TC –Manuel Jesús Aivar Marca; y Exp. N.° 290-2002-HC–Calmell del Solar), habiéndose rechazado las respectivas demandas in límine, el TC, considerando que la omisión del correspondiente trámite lo privaba de la información indispensable para formar criterio, declaró nulo todo lo actuado y repuso las causas al estado de su admisión y correcta tramitación, con arreglo al artículo 18° de la Ley 23506. No veo motivo para variar tal criterio, a mayor abundamiento cuando uno de esos dos casos (Exp. N.° 290-2002-HC/TC) es prácticamente idéntico al presente, pues el respectivo habeas corpus había sido interpuesto en beneficio no sólo de quien estuvo presente en el mismo vídeo en que aparece el beneficiario (demandante) del actual habeas corpus, sino que, además, ese vídeo y la información complementaria respectiva, ponen de manifiesto que su rol fue semejante al que cumplió aquél, esto es, uno de intermediario o transmisor de una suma que tenía otro destinatario final. La semejanza de los casos es tanto mayor cuanto que, de un lado, la información corriente en ambos autos de habeas corpus es diminuta, y, de otro, el delito imputado es el mismo («peculado»), y por iguales motivos, y sin que en ninguno de ellos se haya demostrado que tal especie puede predicarse de quienes no son funcionarios públicos ni tenían el dinero entregado en su administración.

3. También importa recordar que en las resoluciones recaídas en esos dos casos, el TC precisó que, respecto de los habeas corpus no opera la limitación constituida por la «regularidad del procedimiento», pues ella

está referida sólo al amparo. Tal criterio, basado en los textos inequívocos de los incisos 1) y 2) del artículo 200° de la Constitución vigente, no parece, sin embargo, haberse tenido en cuenta en el caso de autos, en el cual, antes bien, el fallo del TC da la clara impresión de buscar apoyo – y apoyo decisivo – en un criterio incompatible con aquél. Y ésta es, obviamente, otra de las principales razones de mis discrepancias.

4. Debo agregar que no he encontrado en los pronunciamientos judiciales emitidos en el proceso penal que origina estos autos, ni en los judiciales que corren en los mismos, ni tampoco en la S del TC, que no suscribo y que origina este voto singular, explicación jurídica convincente de que la impugnada imputación de «peculado» sea técnicamente sostenible. En mi opinión (y no son pocos los especialistas que, en la materia, concuerdan conmigo) no parece factible que el beneficiario de esta demanda, no siendo funcionario público, ni habiendo tenido en su administración el dinero entregado por el ciudadano Montesinos Torres, pueda estar comprendido en tal tipo penal, ya sea como instigador, autor, coautor o cómplice. La regla de la incomunicabilidad, recogida en el artículo 26° del Código Penal, en concordancia con el artículo 387° del mismo, y con las circunstancias del caso, parece excluirlo de tal calificación, y, como consecuencia de ello, autorizar la libertad provisional pedida, de conformidad con el artículo 182° del Código Procesal Penal. Sin embargo, por respeto a los jueces penales y, especialmente, a los honorables vocales superiores demandados en estos autos, no voto en el sentido de declarar fundada la demanda, sino que me pronuncio en el sentido de brindar la oportunidad procesal necesaria para que dichos vocales expliquen la razón –según lo dispone el artículo 18° de la Ley 23506– en que sustentan sus impugnadas resoluciones. Hasta entonces, por el respeto que ellos merecen, considero necesario reservarme el pronunciamiento final respectivo.

4.a) Importa dejar constancia, por otro lado, de que tampoco encuentro convincentes las razones que se invocan, tanto en el proceso penal como en estos autos, para con-

siderar que existe peligro de fuga o riesgo procesal, esto es, que está presente en el caso el respectivo impedimento del citado artículo 182° inciso 2. del Código Procesal Penal. Por este motivo adicional resulta necesario citar a los vocales demandados, de conformidad con el artículo 18° de la Ley 23506, para darles la oportunidad de fundamentar satisfactoriamente su correspondiente apreciación, pues de no hacerlo procedería, al igual que en la hipótesis reseñada en el párrafo precedente (4), y en concordancia con ella, otorgar, de conformidad con el mencionado artículo 182° del Código Procesal Penal, la libertad provisional pedida. Los mismos argumentos serían aplicables, *mutatis mutandis*, en el caso del artículo 135° del Código Procesal Penal.

5. También conviene precisar que no comparto la tesis que aparece en distintos puntos de la S, y según la cual el TC está impedido de penetrar en ciertos ámbitos relacionados con las resoluciones penales impugnadas. Creo, antes por el contrario, que el artículo 3° de su Ley Orgánica N.° 26435, no sólo le otorga las atribuciones necesarias para hacerlo, sino que, en concordancia, especialmente, con los artículos 41° a 45° de dicha Ley, y 200, inciso 1) de la Constitución, y demás reglas afines y complementarias, está en la insoslayable obligación de hacerlo, y no debe dejar de hacerlo, siempre que considere, soberanamente, que, en aras de su augusto e indeclinable cometido, sea menester ingresar en dichos ámbitos. En suma, a mi juicio, en el proceso de revisión de las resoluciones del Juez penal –ni más ni menos que en las del civil, castrense, arbitral o laboral– el TC fija –él mismo y nadie más– los alcances de su competencia. No veo razón alguna para que, al contrario, abdique de la misma, y menos para que lo haga en atención a supuestos cotos cerrados, zonas vedadas, o tabúes jurisdiccionales que, muy lejos de precisar razonablemente su misión, parecen destinados a entorpecerla o frustrarla.

6. Por lo expuesto, en concordancia con los fallos emitidos por este TC en los reseñados Exp.N.° 307-2002-HC/TC y Exp.N.° 290-2002-HC/TC, arriba citados y glosados, mi voto singular se inclina –y pronuncia– por la emi-

sión de un simple auto que, revocando el recurrido, y anulando todo lo actuado en este proceso de habeas corpus, ordene admitir la demanda correspondiente y dispensarle el trámite legal que contemplan los artículos 18° y concordantes de la Ley 23506.

SR.

AGUIRRE ROCA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. GUILLERMO REY TERRY

Coincido con el fallo de la sentencia, y con alguno de sus fundamentos, a los cuales creo necesario, sin embargo, efectuar precisiones y matices.

1. En primer lugar, estimo necesario resaltar que, en mi concepto, no existen zonas ni actos, cualquiera sea el poder público del que emanen, exentos de control judicial-constitucional, cuando se detecta objetivamente la vulneración de uno o más derechos fundamentales, más aún, si mediante una resolución emanada de una autoridad pública competente, se ha comprometido la libertad personal.

2. En segundo lugar, y como ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en nuestra legislación se permite, que «(...) el recurso de hábeas corpus sea interpuesto contra los actos de autoridades judiciales, siempre que éstos no sean emanados de un proceso regular. La excepción legal referida a «proceso[s] regular[es]» no debe interpretarse en el sentido de impedir la interposición de acciones de garantía contra cualquier tipo de decisiones judiciales [subrayado nuestro], puesto que tal interpretación iría contra lo establecido en la propia Constitución peruana, en el numeral 1 del artículo 200, el cual establece que la acción de hábeas corpus procede contra cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual o los derechos constitucionales conexos» (Caso Cesti Hurtado, párrafo N.° 124)

3. En conclusión, a mi juicio, el Tribunal Constitucional puede conocer de los procesos en que se haya producido la evidente y objetiva afectación de un derecho constitucional.

Por ello, habiéndose demandado en el caso de autos la protección del derecho a la libertad individual del accionante, es que debe procederse –como ha ocurrido en la sentencia–, a emitir un pronunciamiento sobre el particular. En tal sentido, lo importante y trascendente es analizar, tratándose del mantenimiento de la detención judicial preventiva, si las condiciones que sirvieron al juez para dictar el inicial mandato de detención aún persistían al momento de solicitarse el beneficio de libertad provisional, análisis que no fue ignorado por los órganos de la jurisdicción penal al resolver la solicitud presentada y que, por lo demás, ha sido objeto de pronunciamiento en la sentencia expedida por mayoría.

S

REY TERRY

EXP. N.º 1091-02-HC

VICENTE IGNACIO SILVA CHECA

**FUNDAMENTO SINGULAR
DE LA DRA. DELIA REVOREDO
MARSANO**

A pesar de que coincido con algunos de los argumentos esgrimidos en los «Fundamentos» de la mayoría, la discrepancia que tengo respecto a otros me obliga a explicarla de modo singular. Asimismo, me permito complementar algunos de los fundamentos con los que coincido.

1. Mis colegas consideran, en el fundamento N.º 2 de la sentencia, que el objeto de esta acción de hábeas corpus no es tanto cuestionar las razones que sirvieron inicialmente para decretar la detención del actor, sino las razones que sirvieron para «mantener vigente» esa detención.

Arriban a tal conclusión, porque el actor solicitó su libertad provisional más de 4 meses después de ordenada su detención. A partir de esta presunción, omiten analizar la constitucionalidad de la detención misma, así como evitan expresamente pronunciarse sobre el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 135º del CPP; es decir, las condiciones para que proceda una detención arreglada a derecho y para mantener una detención ya ejecutada.

Mi discrepancia consiste en opinar que el lapso de aproximadamente 4 meses entre la detención y la solicitud para que sea variada, no justifica razonablemente la interpretación de que el recurrente no cuestiona, en su petitorio, la detención misma.

2. Tampoco coincido con la afirmación de la mayoría (fundamento 3b de la sentencia) de que el Tribunal no debe analizar la alegada violación del derecho de defensa, pues, en todo caso, ésta habría devenido en irreparable. Opino que el TC sí debe analizar si se vulneró o no el importante derecho de defensa amparado por la Constitución, aun cuando sea ya irreparable, pues debe sancionarse a los eventualmente responsables de la manera prescrita en el artículo 11º de la Ley N.º 23506. Que la violación haya cesado o haya devenido en irreparable no exime de responsabilidad a los infractores, de ahí la necesidad de analizar ese extremo del petitorio.

3. Se afirma en la sentencia que el TC y los jueces constitucionales carecen de competencia «para resolver cuestiones de orden penal», pero que sí la tienen para evaluar si se ha lesionado o no el derecho a la libertad.

Ocurre que para evaluar si se ha lesionado el derecho a la libertad personal, muchas veces resulta indispensable apreciar cuestiones de orden penal. Así sucede, por ejemplo, cuando el TC debe decidir si procede o no un beneficio procesal ante una acumulación o fusión de penas; cuando el TC analiza si los jueces penales motivaron suficientemente sus resoluciones; si hay o no congruencia lógica entre los fundamentos y el fallo penal; si procede la libertad por exceso de detención preventiva cuando ha habido maniobras procesales, probablemente dilatorias, por parte del detenido, etc., etc.

4. La aseveración de la mayoría de los magistrados del TC para justificar el conocimiento y la solución del fondo del asunto, y para no declarar la nulidad de todo lo actuado como correspondería hacerlo, según lo afirman ellos mismos en los numerales 4b y 4c, se sustenta en dos argumentos:

a. que en autos se encuentran suficientes elementos probatorios para expedir una sen-

tencia de mérito, y

b. que el artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que «toda persona que sea privada de su libertad en virtud de una detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal».

En virtud de este artículo, y específicamente de la frase «a la brevedad posible» y en acatamiento del principio de celeridad y economía procesales, mis colegas no optan por declarar nulo el proceso para que el Poder Judicial investigue mejor la situación del actor, como ordena la ley, sino más bien, optan por sentenciar ellos mismos «de inmediato» ... y lo hacen a favor de mantener preso al recurrente.

Creo que la correcta interpretación del artículo 9.4 del Pacto Internacional citado es distinta: la finalidad del dispositivo es proteger la libertad del individuo, no su detención, y la urgencia de investigar y resolver, surge ante la posibilidad de que esté preso un inocente que no merece la prisión preventiva. Pero no cabe esa urgencia de decidir el fondo del hábeas corpus «de inmediato», con prescindencia de la investigación judicial que impone la ley, cuando el TC estima que el recurrente debe permanecer detenido ... La necesaria celeridad funciona a favor –y no en contra– de la libertad personal. Sin embargo, parecería, al plantear de ese modo la interpretación del artículo 9.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que mis colegas opinan que hay tal urgencia de mantener al recurrente en prisión, y que no debe investigarse el caso en las instancias judiciales.

1. En el segundo párrafo del fundamento 14, la mayoría de magistrados del TC consideran que con la detención «no se afecta la libertad física del recurrente», pues éste obstaculizó la investigación judicial.

A mi parecer, no cabe mayor afectación a la libertad física de una persona que mantenerla en prisión. Lo que ocurre es que el con-

vencimiento judicial de que existe peligro de fuga o procesal, opera como una «justificación constitucional» de la afectación del derecho fundamental a la libertad física.

En principio, la carga de la prueba de la violación del derecho constitucional (la detención) recae sobre quien la alega, en este caso, el demandante. Si, *prima facie*, tal violación queda probada, la carga de demostrar que ella tiene justificación constitucional recae sobre el eventual «infractor», en este caso, sobre los miembros de la Sala Penal Especial que ordenaron la detención.

En estos casos, el juez constitucional debe ponderar el peso de los valores o derechos contrapuestos en juego, según las circunstancias probadas de cada caso concreto. En éste, se debe sopesar, por un lado, la importancia que tiene para el Estado de Derecho y para la Justicia la libertad de un individuo presuntamente inocente, y por el otro, la importancia que tiene para ese mismo Estado de Derecho y esa misma Justicia, que los procesos penales iniciados cumplan su finalidad en la forma prevista por la ley y del modo más rápido posible, sin que lleguen a frustrarse por la evasión o fuga del procesado o por su indebida actuación en el proceso.

No cabe duda de que ha quedado demostrada la privación de la libertad del demandante. Su justificación, en cambio, requiere mayor análisis. Se debe sopesar si el interés social o colectivo es superior y preferible al interés particular del demandante. Mientras que el de éste es recuperar su libertad, el de la colectividad consiste en asegurar su presencia en el proceso y llegar a la verdad de los hechos en la sentencia.

2. En el numeral 15 de la sentencia se lee que «el solo propósito de obstaculizar y ocultar evidencias probatorias que ayuden a culminar con éxito la investigación judicial que se sigue contra el actor, exceptúa la necesidad de que el juzgador busque una alternativa menos gravosa sobre el derecho a la libertad física del recurrente.

Me parece que tal afirmación no es conforme a nuestro ordenamiento jurídico:

No basta, para detener a un individuo y

encarcelarlo, el solo peligro procesal. El art. 135° del CPP establece 3 condiciones que deben darse CONCURRENTEMENTE.

Una de ellas es el peligro procesal o el de fuga. Pero es necesario que también concurren las otras dos; a saber: que existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito doloso que vincula al imputado como autor o como partícipe, y que la sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de la libertad.

El juez penal ha de investigar si concurren necesariamente los 3 requisitos a fin de proceder a la detención del imputado y no debe limitarse a constatar –como parecen sostener mis colegas– sólo el peligro procesal.

De autos fluye que en la primera resolución impugnada, de fecha 11 de abril de 2001, que impuso la medida de detención, y en la del 10 de diciembre de 2001, que confirmó la improcedencia de la libertad provisional, las autoridades judiciales motivaron suficiente y razonablemente sus fallos. En efecto, en la primera de las resoluciones citadas se analizaron los requisitos del artículo 135° del CPP, explicando, respecto al primero, que de los recaudos que se adjuntan a la denuncia fiscal «se pone de manifiesto la participación activa del imputado en la adquisición del 75% de las acciones de la Empresa Peruana de Cable – Televisión S.A. – CNN- Cable Canal de Noticias, Frecuencia Diez de Cable Mágico», lo que «se corrobora con la declaración del procesado» y «con el acta que contiene la transcripción de la Diligencia de Exhibición de la Documentación y Visualización de fecha 6 de noviembre de 1999, titulada doctor Calmell-Vicente-Gral. Delgado». Ello, para los magistrados judiciales, es suficiente elemento de prueba de la comisión del delito y de la vinculación del inculcado con el hecho punible, en virtud del principio de accesoriedad limitada.

No cabe, en mi concepto, aceptar como precedente a este caso, el del expediente 139-02-HC (argumento que exhibe el recurrente), ya que en éste la autoridad judicial dudaba de la procedencia pública o privada de los fon-

dos, lo que no ha ocurrido en la resolución judicial ahora impugnada.

Respecto al segundo elemento del artículo 135°, los magistrados denunciados también explican por qué consideran que la sanción que corresponderá al inculcado será mayor de 4 años, y en cuanto al tercer factor, explican que han ponderado la vinculación del recurrente con los hechos dolosos, la probable pena que se le impondría y la posibilidad de que influya negativamente sobre la prueba, así como el riesgo de que eluda la acción de la justicia, todo lo cual, señalan, forma en ellos la convicción que corresponde ordenar la medida cautelar de detención.

3. Conforme al mismo artículo 135° del CPP procede, además, la variación de la medida de detención por otra menos restrictiva (a favor del imputado), cuando se comprueba que han variado las circunstancias que sirvieron para mantener la detención.

Mis colegas sostienen que la detención sólo debe persistir «entre tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado, pues una vez removidas esas razones, el contenido garantizado de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia exige que se ponga fin a la medida cautelar, pues de lo contrario, su mantenimiento tendría que considerarse como una sanción punitiva, incompatible con su naturaleza cautelar y con los derechos antes enunciados».

Pero, a renglón seguido, consideran que no han variado esas razones objetivas y razonables que justificaron la detención, «habida cuenta» de que sólo transcurrieron 86 días entre la fecha de la detención y la fecha de interposición del hábeas corpus.

No considero válida la interpretación de que como sólo han transcurrido 86 días, no han podido variar las circunstancias que justificaron la detención.

El Poder Judicial está en la obligación de investigar y pronunciarse respecto a si variaron o no tales circunstancias. De ningún modo es dable presumir que no variaron las circunstancias, exclusivamente, porque han transcurrido sólo 86 días desde la detención.

Más aún, si en la Resolución del 10 de diciembre de 2001, también impugnada, los magistrados judiciales analizaron cada uno de los requisitos para la procedencia de la libertad provisional, relacionándolos con el caso concreto y citando las pruebas que los convencieron para no concederla. Por lo anteriormente expuesto, no parece vulnerado el derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales.

4. En el fundamento 20, así como en el 21, 22 y 23 de la sentencia, se desarrolla extensamente el contenido y la importancia que tiene la garantía constitucional de motivar las resoluciones jurisdiccionales. Se expresa que, tratándose de la detención, la exigencia de una motivación en el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, «pues sólo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial». Sin embargo, en las únicas 4 líneas del fundamento 24 se concluye someramente que la resolución denegatoria del hábeas corpus por parte de la Sala «es suficiente y razonada». Opino que debió explicarse de modo más detallado por qué se considera «suficiente y razonada» la resolución impugnada, en cumplimiento precisamente de la exigencia que ellos reclaman al Poder Judicial.

Es decir, en vista de la interpretación de la mayoría que lo que se impugna es el «mantenimiento» de la detención, habría en esta oportunidad que citar las consideraciones que tuvo el juez del hábeas corpus, basadas en hechos posteriores a la detención, que lo llevaron a declarar improcedente la acción, y que constan a fojas 14 y 15 del expediente constitucional; a saber: que el imputado conocía que el dinero recibido por él provenía del Tesoro Público, extremo que no había admitido ni confesado; que guardó silencio respecto a sus numerosas visitas al SIN en compañía de Daniel Borobio, y al hecho de que asesoraba al régimen en materia de comunicaciones por una contraprestación de US\$ 8,000 dólares americanos; que tampoco colaboró con la investigación judicial al omitir declarar que recibía entre 20,000 y 25,000 dólares americanos mensuales de Vladimiro Montesinos; que también guardó silencio res-

pecto a los US\$ 100,000 que recibió para mejorar la situación del canal y que fueron «aportados» por él mismo en calidad de «préstamos»; además de las circunstancias ponderadas en las resoluciones impugnadas a las que hemos hecho referencia en los numerales precedentes, todo lo cual hizo pensar a la autoridad judicial que existe un propósito de obstaculizar la investigación.

En conclusión: a diferencia del otro expediente anterior –el N° 139-02-HC, citado por el recurrente–, en este caso, las autoridades judiciales sí han motivado su convicción de la existencia de peligro procesal. Han explicado también por qué piensan que se configura el delito de peculado, y por qué merecería una pena mayor de 4 años. Hay, pues, motivación suficiente y congruente en la autoridad judicial, y, en consecuencia, no se ha producido la vulneración del derecho constitucional invocado por el recurrente, que haría indebido al proceso.

Por lo anteriormente expuesto, mi fallo coincide con el de la mayoría.

DRA. DELIA REVOREDO MARSANO

FUNDAMENTACIÓN DE VOTO

Además de las sólidas razones que contiene la sentencia, no puede dejarse de considerar que el artículo 25.° del Código Penal establece que son punibles todos los que participan en la comisión del delito; y el artículo 317.° del mismo Código sanciona la asociación ilícita para delinquir.

ALVA ORLANDINI

3.3.3 Plazo máximo y plazo razonable de la detención judicial

- a) PLAZO MÁXIMO DE LA DETENCIÓN: EN NUEVOS PROCESOS POR SENTENCIAS DEL FUERO MILITAR ANULADAS

Exp. 1170-2001-HC/TC [JAIME FRANCISCO CASTILLO PETRUZZI]

fecha de resolución 12 de noviembre de 2001 fecha de publicación 8 de marzo de 2002

EXP. N° 1170-2001-HC/TC

LIMA

JAIME FRANCISCO

CASTILLO PETRUZZI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los doce días del mes de noviembre de dos mil uno, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente, Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Jaime Francisco Castillo Petruzzi contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas doscientos siete, su fecha dieciséis de agosto de dos mil uno, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

La presente acción de hábeas corpus se interpone contra la Juez del Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, doña Sonia Medina Calvo; sostiene el actor que fue detenido en el mes octubre de mil novecientos noventa y tres, y acusado por delito de traición a la patria; que fue sentenciado por la justicia militar, el siete de enero de mil novecientos noventa y cuatro a cadena perpetua, condena que fue confirmada por el Tribunal Supremo de Justicia Militar el tres de mayo del mencionado año; y que habiendo recurrido a los tribunales internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (Caso 11.319), se pronunció declarando la invalidez del proceso seguido contra él.

Con fecha catorce de mayo de dos mil uno, la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia

Militar declaró nula la ejecutoria suprema que condenó al actor por delito de traición a la patria, nula la instrucción, nulo el auto de apertura de instrucción y dispuso la remisión del caso al fuero civil; alega el actor que continúa procesado por delito de terrorismo ante el Juzgado Penal emplazado (Exp. 128-2001), cumpliendo en total, a la fecha, más de noventa y un meses de reclusión, sin que se haya expedido sentencia en primera instancia. En consecuencia, resulta de imperativa aplicación el Decreto Ley N° 25824 que modificó el artículo 137° del Código Procesal Penal, que contempla la libertad por exceso de detención, debiendo ordenarse su inmediata excarcelación.

Realizada la investigación sumaria, la Jueza penal emplazada manifiesta que el actor solicitó su excarcelación en virtud del artículo 137° del Código Procesal Penal, petición que fue declarada improcedente con fecha diez de julio del presente año, considerando que el tiempo de su detención se cuenta a partir de la fecha del auto de apertura de instrucción que se dictó en el fuero civil.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas ciento cincuenta y seis, con fecha diecisiete de julio de dos mil uno, declara infundada la acción de hábeas corpus, considerando, principalmente, que el plazo de privación de libertad que estuvo cumpliendo el actor en el Fuero Militar en la condición de condenado, del siete de enero de mil novecientos noventa y cuatro al catorce de mayo de dos mil uno, no es computable al actor para efectos de considerar el periodo que se encuentra en la condición de procesado en la jurisdicción ordinaria, por el delito de terrorismo.

La recurrida confirma la apelada, considerando principalmente que habiendo optado el afectado por la vía ordinaria para hacer cesar la amenaza de los mismos derechos constitucionales que se pretende cautelar en la presente acción de garantía, ésta resulta improcedente.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente acción de garantía es obtener la excarcelación del actor quien

alega hallarse detenido hace más de noventa meses, en vista de que se anuló el proceso militar seguido en su contra, así como la sentencia condenatoria resultante. Habiéndose excedido los plazos de detención establecidos en el artículo 137° del Código Procesal Penal, solicita el actor su libertad por exceso de detención.

2. Respecto de la pretensión del actor, debe hacerse la siguiente precisión: **a)** Técnicamente, el actor tuvo la calidad procesal de detenido en el fuero militar, y fue condenado por la Justicia Militar a la pena de cadena perpetua, por la comisión del delito de traición a la patria dentro de los plazos normales de detención previa a una sentencia condenatoria; **b)** La Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó remitir los autos al fuero común con fecha treinta de mayo de mil novecientos noventa y nueve; **c)** Recién el catorce de mayo de dos mil uno, la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró nula la Ejecutoria del Tribunal Supremo Militar Especial que condenaba al actor y coprocesados por el delito de traición a la patria. En consecuencia, si bien el actor sufrió privación de su libertad desde el siete de enero de mil novecientos noventa y cuatro hasta el catorce de mayo de dos mil uno, la encarcelación se produjo en virtud de una condena, y no en cumplimiento de una medida coercitiva personal, supuesto básico para invocar la libertad por exceso de detención.

3. Debe señalarse que la medida coercitiva de detención que en el fuero ordinario le ha sido impuesta al actor, se computa a partir del quince de mayo de dos mil uno, que es la fecha en que se emitió el auto de apertura de instrucción por el Vigésimo Octavo Juzgado Penal de Lima, en el proceso penal que se le sigue por delito de terrorismo y cuya regularidad no ha sido cuestionada por el afectado, pues el órgano judicial tiene derecho a un plazo razonable para administrar justicia. Además, el nuevo proceso penal es un reconocimiento de la Corte Interamericana al derecho de defensa del actor que fue condenado en un proceso militar irregular; reconocimiento que lo beneficia, pero que implica, en contrapartida, el respeto del procedimiento al que resulta sometido, lo que supone la vi-

gencia de los plazos respectivos, incluyendo los relacionados con las medidas preventivas y de seguridad. Siendo así, resulta de aplicación el artículo 10° de la Ley N° 25398 y el artículo 6°, inciso 2) de la Ley N° 23506.

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

FALLA

REVOCANDO la recurrida que confirmando la apelada declaró infundada la demanda, y reformándola declara **IMPROCEDENTE** la acción de hábeas corpus. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

AGUIRRE ROCA
REY TERRY
NUGENT
DÍAZ VALVERDE
ACOSTA SÁNCHEZ
REVOREDO MARSANO

b) DUPLICIDAD AUTOMÁTICA Y PROLONGACIÓN DE LA DETENCIÓN JUDICIAL

Exp. 330-2002-HC/TC [James Ben Okoli]

fecha de resolución 9 de julio de 2002 fecha de publicación 22 de septiembre de 2002

EXP. N.° 330-2002-HC/TC

LIMA

JAMES BEN OKOLI Y OTRO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los nueve días del mes de julio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente

sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don James Ben Okoli contra la sentencia de la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas ciento setenta y cinco, su fecha once de setiembre de dos mil uno, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos, incoada contra el Juez del Cuarto Juzgado Especializado en lo Penal del Callao.

ANTECEDENTES

La demanda de fecha seis de marzo de dos mil uno, tiene por objeto que se disponga la excarcelación de don James Ben Okoli y don Khan Hossein, los cuales argumentan que fueron detenidos el veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y nueve y que se encuentran reclusos en el Establecimiento Penitenciario de Régimen Cerrado Ordinario de Lurigancho desde el veintisiete de setiembre de dicho año; motivo por el cual su detención ha excedido el plazo señalado en el artículo 137.º del Código Procesal Penal; más aún cuando el mandato de detención ordenado no ha sido ampliado mediante resolución fundamentada y con audiencia de los inculpados.

El Juez del Cuarto Juzgado Especializado en lo Penal del Callao, mediante informe obrante a fojas cincuenta, señaló que los demandantes se encuentran reclusos por espacio de veinte meses y veintidós días, y que la prórroga a que se refiere el artículo 137.º del Código Procesal Penal es de «aplicación automática».

La Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del Poder Judicial, a fojas ciento diecinueve, manifiesta que las anomalías existentes dentro de un proceso deben ventilarse al interior del mismo.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas ciento treinta y seis, con fecha veinte de junio de dos mil uno, declaró improcedente la demanda, considerando que la prórroga del plazo de detención es «automática»; motivo por el cual no se encuentra acreditada arbitrariedad alguna en la detención.

La recurrida confirma la apelada, considerando que, en el presente caso, no se ha producido exceso en el plazo de detención establecido en el artículo 137.º del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS

1. En el presente caso, don Khan Hossein consintió la sentencia venida en grado al no haber interpuesto el correspondiente recurso extraordinario; razón por la cual este Tribunal sólo debe pronunciarse sobre el recurso extraordinario interpuesto por don James Ben Okoli.

2. Conforme se aprecia a fojas setenta y tres, mediante resolución judicial de fecha nueve de setiembre de mil novecientos noventa y nueve, se abrió instrucción con mandato de detención contra don James Ben Okoli por los delitos de tráfico ilícito de drogas y contra la fe pública, en la modalidad de falsificación de documentos, en agravio del Estado. En consecuencia, se ha acreditado que el recurrente se encuentra detenido, a la fecha, más de treinta y cuatro meses.

3. Respecto a la reclamación de libertad por exceso de detención alegada por el demandante, ésta debe desestimarse, pues si bien el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha interpretado que los plazos máximos de duración de la detención en todos los casos que establece el artículo 137.º del Código Procesal Penal sólo pueden ser prolongados por el tiempo que indica esta misma norma mediante auto debidamente motivado y a solicitud del Fiscal; sin embargo, en virtud del artículo 55.º de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, este Supremo Colegiado, apartándose de esta jurisprudencia, en adelante adopta la siguiente interpretación: a) tratándose de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, previstos en el primer párrafo del artículo 137.º del Código Procesal Penal, el plazo límite de detención se duplicará automáticamente, y, b) sólo en los casos del segundo párrafo de la citada disposición procesal, la prolongación de la

detención por un plazo igual al límite se acordará mediante auto debidamente motivado, a solicitud del Fiscal o con conocimiento del inculpado.

El cambio de criterio jurisprudencial se fundamenta en una interpretación más textual del artículo 137.º del Código Procesal Penal respecto a la interpretación anterior.

En el texto, claramente se distingue entre la duplicidad del plazo, por un lado, y la prolongación de la detención, por el otro. Tal distinción se justificaría porque la duplicidad opera automáticamente, mientras que, en los casos del segundo párrafo, que establece que «cuando concurren circunstancias que importan una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual» se requiere para que opere la prolongación de la detención auto motivado a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado.

4. En consecuencia, no habiendo transcurrido el plazo máximo de detención al que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico anterior, esto es, los treinta y seis meses, la pretensión debe desestimarse.

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

FALLA

CONFIRMANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró **IMPROCEDENTE** la demanda. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA/ GARCÍA TOMA

c) DERECHO A SER JUZGADO EN UN

PLAZO PLAZO RAZONABLE

Exp. N.º 2196-2002-HC/TC [Carlos Saldaña Saldaña]

fecha de resolución 10 de diciembre de 2003, fecha de publicación 29 de enero de 2004, fundamento jurídico N.º 4.

4. Conviene precisar que el análisis de una norma de contenido imperativo como la establecida en el artículo 137º del Código Procesal Penal, exige que la judicatura penal sea respetuosa del derecho prevalente de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, situación que, prima facie, no puede predicarse de la conducta funcional de los magistrados demandados, si se tiene en cuenta que el actor se halla detenido desde hace 50 meses sin que se haya resuelto su situación jurídica, por lo que eventualmente los demandados podrían ser pasibles de las sanciones que les resulten aplicables por ley.

d) DERECHO AL PLAZO RAZONABLE DE LA DETENCION

Exp. 2915-2004-HC/TC [Federico Tiberio Berrocal Prudencio]

fecha de resolución 23 de noviembre de 2004, fecha de publicación 25 de noviembre de 2004.

EXP. N.º 2915-2004-HC/TC

LIMA

FEDERICO TIBERIO
BERROCAL PRUDENCIO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de noviembre del año 2004, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen; Vicepresidente, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Federico Tiberio Berrocal Prudencio contra la sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fojas 74, su fecha 15 de septiembre de 2004, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 27 de agosto de 2004, interpone acción de hábeas corpus contra el Juez de Tercer Juzgado Penal de Huaura, Dr. Miguel Alzamora Zevallos, por considerar vulnerado su derecho a la libertad personal. Refiere que se encuentra internado en el Penal de Carquin desde el 13 de febrero de 2003, por la presunta comisión de los delitos de robo agravado, tenencia ilegal de armas y tráfico ilícito de drogas (TID); y ostiene que a la fecha lleva más de 18 meses detenido, motivo por el cual, en aplicación del artículo 137° del Código Procesal Penal corresponde ordenar su inmediata excarcelación.

El emplazado manifiesta que el proceso es seguido contra 5 personas en agravio de 4. Sostiene que con fecha 17 de febrero de 2004, se elevaron a la Sala los informes finales; que, sin embargo, con fecha 22 de abril de 2004, el expediente fue devuelto al juzgado con la finalidad de que se amplíe el auto apertorio de instrucción en contra de un sexto imputado; y que, a la fecha, no tiene obligación de excarcelar al recurrente, puesto que el artículo 137° del Código Procesal Penal permite que el plazo máximo de detención se duplique en los procesos seguidos por el delito de TID.

El Primer Juzgado Penal de Huaura, con fecha 31 de agosto de 2004, declaró improcedente la demanda, por considerar que el plazo máximo de detención previsto en el artículo 137° del Código Procesal Penal no ha vencido, puesto que el recurrente se encuentra procesado, entre otros delitos, por la supuesta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que el proceso seguido contra el recurrente es de naturaleza compleja, pues se investigan tres delitos; y que el plazo máximo

de detención previsto en el artículo 137° del Código Procesal Penal no ha vencido, por cuanto uno de los delitos investigados es el de tráfico ilícito de drogas.

FUNDAMENTOS

1. El recurrente solicita que se ordene su inmediata excarcelación por considerar que se ha vencido el plazo máximo de prisión preventiva previsto en el artículo 137° del Código Procesal Penal (CPP), sin haberse dictado sentencia en primera instancia. En tal sentido, el derecho que se alega como vulnerado es el de no ser detenido provisionalmente más allá de un plazo razonable.

2. En atención a la importancia creciente del tema en revisión, se procederá a analizar su naturaleza e implicancia desde una perspectiva general y con vocación vinculante.

§1. Presupuestos para la legitimidad de la detención preventiva

3. Son dos los factores sustanciales que deben ser atendidos por la judicatura al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de la limitación del derecho a la libertad personal materializada en una detención judicial preventiva: de un lado, las causales que la justifican; y, de otro, la duración de la medida.

El Tribunal Constitucional, en el Caso Silva Checa (Exp. N.° 1091-2002-HC/TC), ha tenido oportunidad de pronunciarse in extenso respecto de las causas que justifican el dictado de una medida de detención; siendo éstas, básicamente, la presunción de que el acusado ha cometido un delito (como factor *sine qua non*, pero en sí mismo insuficiente), el peligro de fuga, la posibilidad de perturbación de la actividad probatoria (que pudiera manifestarse en la remoción de las fuentes de prueba, colusión, presión sobre los testigos, entre otros supuestos), y el riesgo de comisión de nuevos delitos. Cabe enfatizar que cada una de las razones que permiten presumir la existencia del denominado peligro procesal, deben permanecer como amenazas efectivas mientras dure la detención preventiva pues, en caso contrario, ésta, automáticamente, deviene en ilegítima.

4. En esta sentencia se ingresa a evaluar el límite temporal de la medida.

§2. El derecho al plazo razonable de la detención preventiva como manifestación implícita del derecho a la libertad personal en el orden constitucional y explícita en el orden internacional

5. El derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º24 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.

6. Por lo demás, la interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

Al respecto, debe señalarse que existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9º3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que «[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad». Por su parte, el artículo 7º5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho de «[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso».

En consecuencia, el derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido.

7. Es necesario precisar que el derecho a la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva es distinto –tanto en su contenido como en sus presupuestos– del derecho a la razonabilidad del plazo del proceso en su totalidad, al que hace alusión el artículo 8º1 de la Convención Americana.

Así, tal como ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: «Un atraso que constituya violación de la disposición del artículo 7.5 puede estar justificado según el artículo 8.1» (Informe N.º 12/96, Caso N.º 11,245, párrafo 110), por el sencillo motivo de que mientras en el primero de los casos de lo que se trata es de garantizar un tiempo limitado de detención, en el segundo se busca garantizar el límite temporal entre el inicio y el fin del proceso.

Esta sentencia se ocupa sólo del primero de los referidos derechos, es decir, del derecho de toda persona a no sufrir detención preventiva más allá de un plazo razonable.

§3. La detención preventiva como medida excepcional y subsidiaria

8. La medida de encarcelamiento ha sido instituida, *prima facie*, como una fórmula de purgación de pena por la comisión de ilícitos penales de determinada gravedad. En tal sentido, su aplicación como medida cautelar en aras de asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser la última ratio por la que puede optar un juez para asegurar el éxito del proceso penal.

9. Tal como establece el artículo 9º3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «(...) la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general». Lo propio queda expuesto en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de la libertad (Reglas de Tokio),

que precisa que: «sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso». Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado: «(...) la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa». (Informe N.º 12/96, párrafo 84).

10. Por ello, su dictado presupone que el juez penal haya evaluado y —a la luz de las particulares circunstancias de cada caso—, descartado, la posibilidad de dictar una medida menos restrictiva de la libertad personal. Sin embargo, aun en esas circunstancias, resulta inconstitucional que la medida de detención exceda de un plazo razonable.

§4. Plazo razonable de la detención preventiva, presunción de inocencia y persecución del delito

11. El contenido del derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable se expresa en el adecuado equilibrio entre los dos valores que se encuentran en contrapeso al momento de aplicar la medida: por una parte, el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables; y, por otra, el derecho de toda persona a la libertad personal (artículo 2º24) y a que se presuma su inocencia, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad (artículo 2º24.e).

12. La presunción de inocencia se mantiene «viva» en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla. Mientras ello no ocurra dicho principio debe informar a todos y cada uno de los actos de la judicatura, máxime si existe una medida de detención vigen-

te. La duración desproporcionada de dicha medida desvirtúa la funcionalidad del principio en el seno del proceso, generando la mutación de una medida cautelar en una sanción que, a diferencia de la pena impuesta por una resolución judicial condenatoria, agota su propósito en el abatimiento del individuo, quien deja de ser «sujeto» del proceso, para convertirse en «objeto» del mismo.

13. Tal como ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: «(...) el principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad.» (Informe N.º 12/96, párrafo 78).

§5. Razonabilidad del plazo de detención

14. Como resulta evidente, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito.

15. Este criterio es compartido, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al referir que «el plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios períodos dependiendo de la gravedad del delito» (Caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4).

16. En tal sentido, para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenderse a las específicas circunstancias de cada caso concreto.

17. Sin embargo, la imposibilidad de establecer un plazo único e inequívoco para evaluar la razonabilidad o irrazonabilidad de la

duración de la prisión preventiva, no impide el establecimiento de criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario. A continuación, el Tribunal procede a desarrollar los referidos criterios.

§6. Criterios de evaluación de la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva

- a) Actuación de los órganos judiciales: «Prioridad y diligencia debida»

18. Es deber del juez penal dotar de la prioridad debida y actuar con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculcado se encuentre en condición de detenido de un lado porque: «(...) el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del proceso constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos dentro de un plazo razonable» (Informe N.º 2/97, párrafo); y, de otro, porque el procesado que afronta tal condición sufre una grave limitación de la libertad que, *strictu sensu*, la ley ha reservado sólo a los que han sido efectivamente condenados.

19. De no tenerse presente ello, una medida que debería ser concebida como cautelar y excepcional, se convertiría en un instrumento de excesiva aflicción física y psicológica para quien no tiene la condición de condenado, resquebrajando su capacidad de respuesta en el proceso y mellando el propio principio de dignidad.

Tal como lo ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: «[l]a situación jurídica de la persona que se encuentra en prisión preventiva es muy imprecisa: existe una sospecha en su contra, pero aún no ha logrado demostrarse la culpabilidad. Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igual-

mente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia.» (Informe N.º 2/97. Casos N.ºs 11205 y otros, párrafo 7).

20. En consecuencia, a efectos de determinar la razonabilidad del plazo de detención, es preciso analizar si el juez penal ha procedido con la «diligencia especial» debida en la tramitación del proceso. (Caso Kenmache. Sentencia del TEDH, párrafo 45)

21. Para determinar si en la causa se ha obrado con la debida diligencia, no sólo se deberá analizar, propiamente: a) la conducta de la autoridades judiciales, sino también, b) la complejidad del asunto, y c) la actividad procesal del interesado. (Caso Toth. Sentencia del TEDH del 12 de diciembre de 1991, párrafo 77/ Caso Genie Lacayo. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de enero de 1995. Serie C, núm. 21, párrafo 77; aunque en este último caso los criterios fueron utilizados para evaluar la razonabilidad de la duración de la totalidad del proceso).

22. En lo que respecta a la actuación de los órganos judiciales, será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45).

23. La falta de diligencia de los órganos judiciales tendría lugar, incluso, en aquellos supuestos en los que su actuación se viera «formalmente» respaldada por el ordenamiento legal, puesto que, tal como ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «(...) nadie puede ser sometido a detención o

encarcelamiento por causas y métodos que – aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo, por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad». (Caso Gangaram Panda. Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Serie C, núm. 12, párrafo 47).

Así, por ejemplo, tal como ocurriera en el Caso Toth vs. Austria, ventilado en el seno del TEDH, sería atribuible a la falta de diligencia de los órganos judiciales la aplicación de leyes de procedimiento que tengan un injustificado efecto suspensivo sobre las investigaciones en diversas oportunidades. (Sentencia de 12 de diciembre de 1991, párrafo 77).

24. El análisis de la debida o indebida actuación por parte de las autoridades judiciales, debe abarcar el tiempo transcurrido desde que la persona se encuentra efectivamente detenida, hasta el dictado de la sentencia (Caso Wemhoff. Sentencia del TEDH del 27 de junio de 1968, párrafo 16).

b) Complejidad del asunto

25. Para valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpadados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.

c) Actividad procesal del detenido

26. En lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada «defensa obstruccionista» (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recur-

so repudiado por el orden constitucional).

27. En consecuencia, «(...) la demora sólo puede ser imputable al acusado si éste ha abusado de su derecho a utilizar los resortes procesales disponibles, con la intención de atrasar el procedimiento» (Informe N.º 64/99, Caso 11.778, Ruth Del Rosario Garcés Valladares. Ecuador, 13 de abril de 1999. Asimismo, Caso Wemhoff, TEDH, párrafo 2; y Caso Neumeister, TEDH, párrafo 2).

28. Entre las conductas que podrían ser meritadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones. Es pertinente tener presente que «[s]i bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculcado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso» (Caso Bozzo Rotondo, Exp. N.º 0376-2003-HC/TC, F.J. 9).

29. Por otra parte, «[l]as recusaciones constituyen una hipótesis corriente y que suele demorar el curso de un proceso. Aun cuando tales situaciones no justifiquen retardos irrazonables, sí cabe descartar la defensa [del encausado] basada en que, durante su resolución, es posible que intervenga otro juez: pues aunque esto fuese teóricamente posible, lo cierto es que difícilmente puede pedírsele a otro magistrado que prosiga inmediatamente con la instrucción, sobre todo si ésta es prolongada y compleja, pues la sola ‘puesta en autos’ de aquél puede necesitar mucho tiempo» (Gialdino, Rolando. La prisión preventiva en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Artículo publicado en la página web de la Comisión Andina de Juris-

tas: www.cajpe.org.pe/guia/g-prisi.htm).

30. Sin perjuicio de lo expuesto, conviene destacar que, en principio, no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, prima facie, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, aun en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de la motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada.

31. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del imputado.

§7. Análisis constitucional de los límites legales del plazo de la detención preventiva

32. El hecho de que el plazo razonable de duración de la detención preventiva no pueda ser valorado a nivel abstracto, no significa que el ordenamiento jurídico se inhíba de establecer una regulación que sirva de parámetro objetivo para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida.

Así lo ha reconocido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando afirma que: «La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima prima facie, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal.» (Informe N.º 12/96, párrafo 70).

33. En líneas generales, a nivel del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, dicha regulación es vista como «una muestra inequívoca de buena vo-

luntad» por parte de los Estados, al autovincularse a parámetros previamente establecidos. (Informe N.º 2/97, párrafo 56).

34. En el caso del ordenamiento jurídico nacional, el artículo 137º del Código Procesal Penal regula el plazo máximo de la prisión preventiva. Dicho artículo –en lo que ahora interesa mencionar– establece lo siguiente:

«La detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 135 del Código Procesal Penal. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculcado, debiendo el Juez disponer las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales.

Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual.

La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculcado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que resolverá la Sala, previo dictamen del Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas. (...)».

El primer párrafo del artículo 137º del CPP

35. El primer párrafo del citado artículo establece la existencia de dos «tipos» de plazo máximo de detención, distinguibles en razón del delito imputado y de la complejidad de la causa:

a) De un lado se encuentra el plazo máximo aplicable a los procesos que versan sobre la generalidad de los delitos y cuyo encausa-

miento, en principio, no reviste mayor complejidad, el cual, a su vez, se divide en razón del tipo procedimiento en que debe ser merituada la causa, de manera tal que si se trata del procedimiento ordinario (denominado sumario por el Código de Procedimientos Penales), el plazo máximo es de 9 meses, y si se trata del procedimiento especial (denominado ordinario por el Código de Procedimientos Penales), 18 meses.

b) De otra parte, tenemos el plazo máximo aplicable a los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, en cuyo caso el plazo máximo es de 36 meses. Se trata de una presunción legal de complejidad, prima facie que, desde luego, podría quedar desvirtuada a la luz del caso concreto.

36. El Tribunal Constitucional encuentra razonable esta diferenciación de los plazos, en la medida en que se tome en cuenta el siguiente factor, que resulta medular al momento de garantizar el contenido del derecho a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable: los plazos «máximos». Por ello, es plenamente factible que, luego de un análisis de razonabilidad llevado a cabo bajo los criterios que han sido reseñados en los FFJJ. 18 a

31, supra, o como consecuencia de la desaparición de las causales que en su momento sirvieron de base para el dictado de la detención, ésta resulte ilegítima aun antes del cumplimiento de los plazos previstos en el artículo 137°.

37. En efecto, tal como lo estableciera la Comisión Interamericana, al evaluar la legislación argentina que se ocupa de la materia: «No se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea ‘razonable’ per se, solamente basándose en lo que prescribe la ley». La detención sin condena puede no ser razonable aunque no exceda del plazo previsto legalmente. (Informe N.° 12/96, párrafos 67 y 72). «[L]a razonabilidad debe estar fundada en la prudente apreciación judicial. (...). En principio, la autoridad judicial tiene la obligación de asegurarse de que la prisión preven-

tiva de un acusado no exceda un plazo razonable. Para tal efecto, debe analizar todos los elementos relevantes a fin de determinar si existe una necesidad genuina de mantener la prisión preventiva, y manifestarlo claramente en sus decisiones referentes a la excarcelación del procesado. La efectividad de las garantías judiciales debe ser mayor a medida que transcurre el tiempo de duración de la prisión preventiva.» (Informe N.° 2/97, párrafos 18 y 19).

38. Así, por ejemplo, dado que en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje, seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, la ley ha presumido una complejidad prima facie que, desde un punto de vista abstracto, no resulta inconstitucional, nada obsta para que tal complejidad sea descartada a la luz del caso concreto, siendo deber del juez penal advertirlo a efectos de no mantener vigente el mandato de detención dictado.

En buena cuenta, no se trata sino de la concreción de la diligencia debida que el juez debe tener al momento de tramitar una causa en la que el procesado se encuentre privado de su libertad.

El segundo y tercer párrafos del artículo 137° del CPP: la prolongación del plazo de detención

39. De otra parte, a tenor del segundo y tercer párrafo del artículo 137°, «mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculcado», se concluye que es posible prolongar el plazo máximo de detención «por un plazo igual» a los establecidos en su primer párrafo «cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculcado pudiera sustraerse a la acción de la justicia».

40. Una interpretación literal de los preceptos aludidos, se desprendería que, presentadas las circunstancias descritas, los plazos podrían extenderse a 18 meses en el caso de los delitos merituidos en procedimiento ordinario, a 36 meses en el caso de los

delitos merituados en el procedimiento especial, y a 72 meses en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado.

41. Sin embargo, al momento de aplicar dichos preceptos, el juez penal debe tener presente los siguientes criterios, a efectos de evitar afectar el derecho fundamental del procesado:

a) Se trata de plazos máximos que no pueden ser sobrepasados bajo ninguna circunstancia (límite absoluto al plazo de duración de la prisión preventiva).

b) Todos los criterios para valorar la razonabilidad de la duración del plazo (FFJJ. 18 a 31, *supra*) son aplicables cuando se pretenda prolongarlo en los casos de la generalidad de los delitos merituados en procedimiento ordinario (hasta 18 meses) y de los delitos merituados en el procedimiento especial (hasta 36 meses).

c) Sin embargo, a la luz de una interpretación pro homine y favor libertatis del segundo párrafo del artículo 137° del CPP, se concluiría en que la «especial dificultad» o «especial prolongación de la investigación», que permite justificar la prolongación del plazo de detención en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado (más de 36 meses), sólo podría fundamentarse en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta «complejidad del asunto». Son distintas las razones que permiten arribar a tal conclusión:

i) En primer término porque, tal como quedó dicho en el FJ. 35.b., *supra*, en los supuestos descritos la complejidad, *prima facie*, que reviste el asunto, ya se encuentra explícitamente incorporada en el primer párrafo del artículo en comentario, que permite que el plazo máximo de detención se extienda hasta 36 meses.

ii) En segundo término, porque el dere-

cho subjetivo a la libertad personal del procesado cuya culpabilidad no ha sido judicialmente declarada, no puede sacrificarse por la inoperancia de un aparato judicial que – aun teniendo presentes todas las vicisitudes propias de la complejidad que pueda ser atribuida a un proceso concreto– ha rebasado todo margen de razonabilidad al dilatar un proceso sin haber expedido sentencia.

En situaciones tales, no es que en un juicio de ponderación abstracto el derecho a la libertad de procesado se haya impuesto al deber objetivo del Poder Judicial de asegurar el éxito del proceso. Es sólo que en un análisis concreto la conclusión no podría ser otra, si son razones atribuibles al propio sistema judicial las que han determinado que ese deber no pueda materializarse en los hechos.

iii) Finalmente, porque la posibilidad de aceptar la propia conducta maliciosa del procesado como la última ratio en base a la cual pueda prevalecer la razonabilidad de un plazo de detención dilatado, se desprende de una interpretación sistemática del mismo artículo 137°, cuando en su sexto párrafo establece que: «(...) no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculpa-do o su defensa».

En consecuencia, el Tribunal Constitucional advierte que toda resolución judicial que pretenda prolongar el plazo de detención provisional por un período superior a 36 meses, debe encontrarse necesariamente motivada en causas suficientes y objetivamente atribuibles al procesado, pues en caso contrario se vulneraría el derecho fundamental de toda persona a no ser sometida a detención provisional más allá de un plazo razonable.

d) En ningún caso el plazo de detención provisional de un procesado puede exceder el de la pena privativa de libertad preestablecida para el delito del que se le acusa.

42. El Tribunal Constitucional anteriormente se ha pronunciado sobre la posibilidad

de prolongar los plazos de detención previstos en primer párrafo del artículo 137° del Código Procesal Penal (vg., las sentencias recaídas en los Exps. N.ºs 290-2002-HC, FJ. 6; 1300-2002-HC, FF.JJ. 18 y 19; 419-2003-HC, FF.JJ. 3 y 4; 1407-2003-HC, FJ. 3; entre otras). Sin embargo, en ninguna de estas resoluciones el Colegiado tuvo oportunidad de detenerse en el análisis interpretativo de los supuestos concretos que autorizarían dicha prolongación, tal como se ha realizado en el fundamento jurídico precedente, el cual constituye criterio de observancia obligatoria para toda la judicatura, en virtud de lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley N.º 26435 —Orgánica del Tribunal Constitucional—. En consecuencia, aunque prima facie no podría considerarse inconstitucional el supuesto de prolongación del plazo de detención previsto en el segundo párrafo del artículo 137° del Código Procesal Penal, tal como ha quedado dicho, este Tribunal considerará ilegítima toda prolongación que no se ajuste a lo expuesto en el punto c) del fundamento jurídico precedente.

Debe advertirse claramente al Poder Judicial que si bien el artículo 4° del Decreto Legislativo N.º 922-2003 prescribe que el plazo de límite de detención de los procesados por delito de terrorismo se inicia a partir del auto de apertura de instrucción del nuevo proceso; debe procurarse una acción diligente y eficaz a efectos de no colocar al Estado peruano en una situación litigiosa ante los organismos internacionales de justicia vinculados con la defensa de los derechos humanos.

§8. De la ilegitimidad de la detención preventiva a la libertad procesal

43. La libertad procesal es un derecho del encausado a obtener la aplicación de una medida cautelar menos gravosa que la detención preventiva, cuando al vencimiento del plazo legal establecido en el artículo 137° del Código Procesal Penal, este no hubiere ejercido una defensa obstruccionista afectante del principio de celeridad judicial y, pese a ello, no se le haya dictado sentencia en primera instancia. De allí que la doctrina y la jurisprudencia comparada califiquen dicha situación como arbitraria.

dencia comparada califiquen dicha situación como arbitraria.

La libertad procesal supone, en este caso, la previa existencia de una negligencia jurisdiccional, al haberse negado o no haberse podido juzgar al encausado dentro del plazo legal establecido en el artículo 137° del Código Procesal Penal.

La variación de la medida cautelar se sustenta en la acreditación objetiva, atribuible a la exclusiva responsabilidad del juzgador, de la vulneración del plazo razonable para sentenciar.

La modificación de la situación del justiciable no debe menguar en modo alguno la continuación del proceso, ni tampoco impedir la adopción de medidas de prevención para asegurar su éxito.

En ese orden de ideas, los presupuestos materiales que configurarían la libertad procesal serían los siguientes:

- a) Vencimiento del plazo de duración de la detención preventiva.
- b) Inexistencia de una sentencia en primera instancia.
- c) Conducta procesal regular del encausado en la tramitación de la causa; vale decir, no incurrir en una defensa obstruccionista atentatoria de la celeridad y éxito judicial.

§9. Análisis de constitucionalidad del caso concreto.

44. Según quedó dicho en el FJ. 1, supra, el recurrente considera que debe ordenarse su inmediata libertad, pues afirma que el plazo máximo de detención previsto en el primer párrafo del artículo 137° del Código Procesal Penal, en lo que a su caso incumbe, ha vencido.

45. Del auto apertorio de instrucción obrante a fojas 24, se tiene que el recurrente se encuentra procesado por el delito de tráfico ilícito de drogas, motivo por el cual el plazo máximo de detención, en su caso, no es de 18 meses —tal como erróneamente sostiene— sino de 36.

46. Sin embargo, tal como se ha mencionado en los FF.JJ. 35 a 37, supra, la compleji-

dad *prima facie* que supone un procesamiento por el delito de tráfico ilícito de drogas podría quedar desvirtuada a la luz de los criterios aplicables a la situación concreta, en cuyo caso la afectación del derecho a que la detención preventiva no se extienda más allá de un plazo razonable se produciría aun sin haberse cumplido el plazo máximo previsto en el primer párrafo del artículo 137°. Por ello, corresponde que este Colegiado efectúe dicha valoración.

47. De autos no se desprende ningún elemento manifiesto y objetivo que permita deducir una falta de diligencia del emplazado en la tramitación de la causa, ni tampoco un factor que acredite una conducta obstruccionista por parte del imputado (recurrente en este proceso). Por tal motivo, la razonabilidad del tiempo que lleva detenido el recurrente (a la fecha 21 meses y medio, aproximadamente), debe ser evaluada a la luz de la eventual complejidad del asunto.

48. El Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, la complejidad *prima facie* de un procesamiento por el delito de tráfico ilícito de drogas, lejos de quedar desvirtuada, se confirma por las siguientes consideraciones:

a) Además del delito de tráfico ilícito de drogas, al recurrente se le imputa la comisión del delito de robo agravado y tráfico de armas.

b) El recurrente se encuentra en calidad de coprocesado junto a otros 4 sujetos, por la supuesta comisión de los referidos delitos, en agravio de 4 personas.

c) Elaborados los informes finales, con fecha 28 de junio de presente año, el Fiscal Provincial amplió la denuncia penal contra un sexto imputado, solicitando que se tome su declaración instructiva, así como las de los agravados a fin de que se ratifiquen en el acta de reconocimiento obrante a fojas 65 del expediente penal. En virtud de dicha solicitud, con fecha 16 de agosto de 2004 se amplió al auto apertorio de instrucción comprendiendo en el proceso al nuevo denunciado por la Fiscalía.

49. En consecuencia, la complejidad del asunto mantiene plena materialidad a la fe-

cha, sin perjuicio de lo cual, a la luz de los fundamentos expuestos de la presente sentencia, será deber del emplazado mantener especial diligencia y celeridad en la tramitación de la causa.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la acción de hábeas corpus de autos.

2. Integrar en el fallo los FF.JJ. N.ºs 41, 42 y 43, *supra*.

Poner la presente sentencia en conocimiento del Poder Judicial y exhortarlo a compatibilizar, a través de una actuación diligente y eficaz, su elemental deber objetivo de aseguramiento del éxito del proceso con el derecho subjetivo a la libertad personal del procesado sin culpabilidad judicialmente declarada.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

REVOREDO MARSANO

GONZALES OJEDA/ GARCÍA TOMA

e) RESPONSABILIDAD PENAL DE JUECES QUE VULERAN EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE

Exp. 3371-2004-HC/TC [Miguel Cornelio Sánchez Calderón]

fecha de resolución 29 de diciembre de 2004 fecha de publicación 2 de febrero de 2005, fundamentos jurídicos 25-32.

25 Ahora bien, considerando que el caso sub exámine plantea el problema de la razonabilidad del plazo de la detención preventiva, precisamente, por ello, su duración se encuentra en función de la duración del proceso penal principal, cuyo objeto tiende a asegurar.

26. No cabe duda de que con la previsión

legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. No obstante, como viene ocurriendo reiteradamente en el panorama judicial nacional, el hecho de que no se decrete la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un equivocado concepto de la tramitación procesal, solo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente, pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y al derecho a la dignidad de la persona reconocidos en el artículo 3º de la Constitución Política del Estado, como lo es, sin duda, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

§ 7. Las dilaciones indebidas como praxis punible cometida por los órganos del Poder Judicial

27. Esta mala praxis judicial debe ser totalmente erradicada, por cuanto genera un injustificable retardo en la administración de justicia que no está en consonancia con la misión que le está confiada al Poder Judicial, la misma que no se agota en el aseguramiento de la legalidad formal, sino que la trasciende en tanto se afina en la observancia de los principios inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, siendo uno de ellos –contrario a la inaceptable morosidad judicial– que la decisión final sea dictada en tiempo útil y razonable.

28. Frente a la endémica morosidad que caracteriza a buena parte de los jueces y superiores tribunales de justicia nacionales y el abuso de jurisdicción que ello podría suponer, no se puede seguir apelando al consabido sentido de responsabilidad de los magistrados del Poder Judicial, sino que deben ser pasibles de la responsabilidad penal que les corresponda,

por sus conductas jurisdiccionales inadecuadas que propician el retardo judicial.

29. Por ello, tratándose de dilaciones indebidas que inciden sobre el derecho a la libertad, es exigible un especial celo a todo juez encargado de un proceso en el que se encuentra inmerso un preso preventivo, pues la libertad es un valor constitucional informador de todo el ordenamiento jurídico. De otro modo, y por aplicación del artículo 2º, 24, de la Constitución, procedería acordar la puesta en libertad.

30. Si bien puede sostenerse que la excesiva sobrecarga que padecen la mayoría de los tribunales, no solo el Constitucional sino también los de otras latitudes, puede excusar la mora en las decisiones judiciales, máxime si se presenta un desbordante flujo de recursos razonablemente imposibles de atender, esta justificación es inaceptable si el órgano judicial no observa una conducta diligente y apropiada para hacer justicia, siendo uno de sus aspectos cardinales la expedición oportuna de las resoluciones decisorias.

31. Por ello, es deplorable que en los casos de crímenes no convencionales los agentes detenidos por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, violaciones de derechos humanos, corrupción de funcionarios, en vista de que los órganos judiciales competentes no han sentenciado antes de vencido el plazo máximo de detención previsto por la ley (Código Procesal Penal: art. 137º), resultan favorecidos en virtud de ello, lo que permite en numerosos casos, la excarcelación inmediata de prontuariados enemigos públicos de la sociedad, situación que, además, implica riesgo de fuga.

32. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que el hecho de no dictaminar o sentenciar, intencionalmente, dentro de los plazos legales establecidos, con las consecuencias que ello conlleva y que ha puesto en tela de juicio la capacidad punitiva del Estado, merece sanción penal, la que deberá ser determinada por el legislador en el marco del Código Penal.

f) PLAZO MÁXIMO DE DETENCIÓN Y ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Exp. 2798-2004-HC/TC [Ricardo Orlando Vera Navarrete]

fecha de resolución 9 de diciembre de 2004, fecha de publicación 10 de febrero de 2005, fundamentos jurídicos 28-33.

28. La determinación de plazo máximo de la detención en el caso deberá realizarse de conformidad con el derecho a la razonabilidad del plazo de la detención. Asimismo, como ya lo ha señalado este tribunal, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. [Expediente N.º 2915-2004-HC/TC].

29. Asimismo, la determinación del plazo razonable de la detención no puede dejar de tomar en cuenta la especial obligación estatal de investigar y sancionar los hechos denunciados, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, a fin de no convalidar estrategias de impunidad respecto a graves crímenes y violaciones a los derechos humanos.

30. Es necesario tomar en cuenta que cada uno de los procesos abiertos contra el recurrente reviste complejidad, dado el número de procesados y de víctimas, por lo que el plazo de detención en cada uno de ellos por separado, de conformidad con lo señalado en el artículo 137 del Código procesal Penal, es el máximo previsto en la ley.

31. De otro lado, las normas procesales, entre las que se encuentra la que señala el plazo límite de la detención sin sentencia, no sólo implican una garantía para el imputado, sino que constituyen también un parámetro objetivo que informa al órgano jurisdiccional sobre la forma y modo en que debe llevarse a cabo la sustanciación del proceso. Si existe peligro procesal, requisito indispensable para imponer una medida de detención, el órgano jurisdiccional deberá llevar a término el pro-

ceso antes de que dicho plazo límite haya vencido, a fin de no poner en peligro el éxito del proceso. Caso contrario, se verá obligado a revocar el mandato de detención que pesa sobre el imputado, y en caso subsista el peligro de fuga o entorpecimiento de la actividad probatoria, ello podrá en peligro la culminación del proceso, y, con ello, la especial obligación de esclarecimiento que este tipo de crímenes conlleva.

32. Por lo tanto, este Tribunal considera que la acumulación de procesos decretada no puede tener como consecuencia que, para efectos de contabilizar el cumplimiento del plazo máximo de la detención, se tome en cuenta únicamente el mandato de detención dictado en el proceso más antiguo, sino más bien que deben ser tomados en cuenta los mandatos de detención dictados en cada uno de los procesos que se siguen en su contra.

33. Es necesario recalcar que, tal como ya lo señaló este Tribunal [Expediente N.º 2915-2004-HC/TC], una vez vencido el plazo máximo de la detención, éste podrá ser prolongado en caso la demora en el proceso sea atribuible al imputado, a través de una defensa obstruccionista, atentatoria de la celeridad y éxito judicial.

3.4 Detención domiciliaria

A) SUBSIDIARIDAD, PROVISORIALIDAD, RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN DOMICILIARIA .

Exp. 1565-2002-HC [Héctor Chumpitaz Gonzales]

fecha de resolución 5 de agosto de 2002, fecha de publicación 12 de septiembre de 2002.

EXP. N.º 1565-2002-HC/TC

LIMA

HÉCTOR CHUMPITAZ GONZALES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los cinco días del mes de agosto de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitu-

cional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia por mayoría, con el voto singular, adjunto, del Magistrado Aguirre Roca

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña María Esther Dulanto de Chumpitaz a favor de don Héctor Chumpitaz Gonzales, contra la resolución de la Primera Sala Penal Corporativa de Procesos Ordinarios para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas ochenta y siete, su fecha veintiocho de mayo de dos mil dos, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

La presente acción de garantía ha sido interpuesta contra los vocales de la Sala Penal Especial, doctores Roberto Barandiarán Dempwolf, Inés Tello de Neco y Marco Lizárraga Rebaza, por supuesto atentado contra la libertad individual, al haber confirmado el mandato de detención domiciliaria contra el beneficiario.

Precisa que luego del «visionado» del video denominado «Reunión Dr. Hurtado Miller», donde se aprecia que el ex asesor Vladimiro Montesinos manifiesta al Dr. Juan Carlos Hurtado Miller, haberle entregado al beneficiario una cantidad de dinero para que éste formara parte de una lista que encabezaría Hurtado Miller para las elecciones Municipales de 1998; fue citado por la Fiscalía Anticorrupción, en calidad de testigo, cita en la que declaró que recibió de Vladimiro Montesinos la cantidad de diez mil dólares americanos para participar como candidato a Regidor en las Elecciones Municipales de 1998. Posteriormente, por resolución del 16 de octubre de 2001, expedida por el Primer Juzgado Penal Especial, se amplía la instrucción en mérito a la denuncia formulada por el Ministerio Público contra Héctor Chumpitaz Gonzales como presunto cómplice en el delito contra la administración pública, peculado, en el proceso seguido contra Juan Carlos

Hurtado Miller y otros, ordenándose mandato de comparecencia con restricción de detención domiciliaria, la misma que se hizo efectiva el 17 de octubre de 2001, más el pago de cinco mil nuevos soles de caución y embargo preventivo de sus bienes hasta por el monto de cincuenta mil nuevos soles. Ante ello, se presentó recurso de apelación por considerar que era una medida excesiva, toda vez que no existía peligro procesal. La Sala Penal Especial confirma la medida, manifestando que resulta razonable y proporcional por la gravedad de los hechos investigados. Posteriormente, con fecha seis de febrero de dos mil dos, se solicita la variación del mandato de detención domiciliaria, en mérito a la sentencia del Tribunal Constitucional del veintinueve de enero del dos mil dos, en la cual se declaró fundada la acción de hábeas corpus promovida por Luis Bedoya de Vivanco, solicitud que fue declarada improcedente por el Primer Juzgado Penal Especial. Finalmente la Sala emplazada confirmó la medida de arresto domiciliario, señalando que la sentencia del Tribunal Constitucional no es aplicable al caso analizado, toda vez que para variar la medida coercitiva vigente, se requiere de nuevos medios probatorios.

El Segundo Juzgado Penal de Lima, con fecha quince de mayo del dos mil dos, declaró improcedente la demanda, por considerar que, mediante una acción de garantía no se puede cuestionar una resolución judicial emanada de un proceso regular.

La recurrida, confirmó la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. Conforme se desprende del petitorio de la demanda, el objeto de ésta es que se ordene la inmediata libertad del beneficiario del hábeas corpus, por considerar que, a su juicio, la orden de detención domiciliaria decretada contra don Héctor Chumpitaz Gonzales adolece de arbitrariedad. Por tanto, y en la medida que en autos existen los suficientes elementos de prueba para evaluar si la medida cuestionada es o no compatible con los derechos constitucionales alegados, según ya expresó este Tribunal Constitucional

en la Sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial (Exp. N.º 1091-02-HC/TC), este Colegiado es competente para resolver el fondo de la controversia, que las instancias judiciales precedentes, declararon improcedente *in limine*, la demanda.

2. En ese sentido, lo 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 concreto, en relación al tema de la detención judicial preventiva o, como también se le conoce en la doctrina, la prisión provisional.

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, a 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.

3. No cabe duda de, que con la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la detención judicial preventiva: La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que

ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad.

4. En el caso de autos, conforme se desprende del auto apertorio de instrucción, obrante de fojas diecinueve a veintitrés, se aprecia que la medida dictada contra el beneficiario del hábeas corpus se basa, fundamentalmente, en la gravedad de la conducta que se le imputa y los suficientes de elementos de prueba que lo comprometen con la comisión del delito instruido, como es su propia declaración (mediante el cual acepta haber recibido dinero del ex asesor presidencial Vladimiro Montesinos Torres la suma de treinta mil dólares americanos para la financiación de su campaña en el proceso electoral municipal).

Aunque el referido auto apertorio de instrucción no haga mención al peligro procesal que justificaría que se haya dictado el mandato de comparecencia con restricción de detención domiciliaria, se infiere de ella, que se dictó tal medida en atención a la gravedad del delito imputado. Esta omisión del juzgador sobre el tema del peligro procesal, sin embargo, fue corregida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, cuya resolución, de fecha veintiséis de diciembre dos mil uno, alude como un factor para confirmar la medida cuestionada, al hecho de que entre la declaración testimonial y la declaración instructiva, ambas prestadas por el beneficiario, «se advierte la ausencia de coherencia e identidad de su versión en el extremo referido al monto de dinero que efectivamente recibió por disposición de su co-procesado Vladimiro Montesinos Torres, así en su testimonial recuerda únicamente haber recibido diez mil dólares americanos, empero en su declaración instructiva indica haber recibido la suma ascendente a treinta mil dólares americanos».

5. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que, en atención a lo expuesto precedentemente, no existe arbitrariedad de los emplazados en el hecho de haber dictado o, a su turno, haber confirmado, el mandato de comparecencia con restricción domiciliaria contra el beneficiario del hábeas corpus, toda vez que éste se sustenta en que en el proceso penal existe suficientes elementos de prueba que vinculan al beneficiario del hábeas corpus con el delito instruido, la posibilidad de imponerle una pena superior a los cuatro años, la gravedad de los hechos por los cuales viene siendo juzgado, y además, en el esclarecimiento del delito instruido y los fines que se persiguen con el proceso penal.

6. La circunstancia de que haya sido el mismo procesado quien, voluntaria y libremente, haya enmendado su actitud inicial, y, posteriormente, ayudado con el esclarecimiento de los hechos investigados (y ésta no haya sido consecuencia por el contrario de las investigaciones judiciales), es un motivo, a juicio del Tribunal Constitucional, razonable para que, no obstante el tipo de delito y la existencia de suficientes elementos de pruebas sobre su responsabilidad penal, los emplazados hayan optado por decretar en su contra el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, una medida, como antes se ha expuesto, alternativa que restringe menos la libertad personal que la detención judicial preventiva.

7. Finalmente, al Tribunal Constitucional no le es ajeno el hecho de que dicha medida de comparecencia restringida con detención domiciliaria decretada contra el beneficiario haya sido objeto de «flexibilización» –según se afirma en la resolución expedida por la emplazada, de fecha veintisiete de junio de dos mil dos–, al autorizársele a «asistir exclusivamente a la Municipalidad de Lima Metropolitana en su calidad de Regidor una vez por semana a las reuniones del Concejo ha celebrarse en el recinto municipal», no obstante que tal «flexibilización», no se halle prevista entre las disposiciones que regulan la detención domiciliaria.

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

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que confirmando la apelada, declaró improcedente la acción de hábeas corpus; y reformándola la declara **INFUNDADA**. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

REY TERRY

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

VOTO SINGULAR DEL DR. MANUEL AGUIRRE ROCA

1. Discrepo del fallo –sin perjuicio del respeto que merecen las opiniones de mis colegas– principalmente porque estimo que en el caso no existe el requisito *sine qua non* que figura en el inciso 3° del artículo 135° del Código Procesal Penal, esto es, el llamado «peligro de fuga y riesgo procesal». Es cierto que el encausado o beneficiario de la demanda de autos, Héctor Chumpitaz Gonzales (HChG), no se encuentra en «detención» propiamente dicha, sino en un especial estado de comparecencia restringida, denominado «detención domiciliaria», pero igualmente lo es que, según se expresa en el FUNDAMENTO 3. y parte del 4. de esta misma sentencia (S) –criterio que sí comparto– las reglas del citado artículo 135° también son aplicables a esta especial situación.

2. Por otro lado, las resoluciones emitidas por los jueces comunes y recaídas en los sucesivos recursos del beneficiario (HChG), no han cumplido con el insoslayable deber de examinar el requisito legal y *sine qua non* comentado líneas arriba, y tampoco se han pronunciado sobre él. Tres de estas resoluciones se expidieron en el cuaderno cautelar del proceso penal, y ninguna de ellas siquiera abordó el tema. Tampoco lo hizo la resolución

(auto) que ordenó la comparecencia restringida (detención domiciliaria). Ni lo han hecho, en el presente procedimiento de habeas corpus, los jueces ordinarios intervinientes, esto es, el de primera instancia y los tres colegiados de la Sala. Tan extraña situación – difícilmente explicable– podría configurar una sui generis especie de denegación de justicia.

3. A su turno, la S tampoco examina la materia, sino que se remite, al respecto, a un pasaje de la resolución de la Sala Penal que confirmó el auto de comparecencia restringida (detención domiciliaria) y en el que se destacan las discrepancias que aparecen, al compararse entre sí, dos declaraciones judiciales sucesivas del encausado HChG. Dicho pasaje, a mi juicio, no llena el comentado vacío, ni, consecuentemente, puede liberar a este Tribunal del respectivo cometido constitucional, o sea, del de examinar, él mismo, y en forma acuciosa y técnica, la correspondiente materia.

4. Respecto de los otros dos requisitos del artículo 135°, que igualmente invoca la demanda, tampoco se han hecho los análisis técnicos del caso. Y no se han hecho ni en las resoluciones de los jueces comunes, ni en la S de este Tribunal. Sólo el auto que ordena la comparecencia restringida –que es el origen remoto de este proceso de garantía– examina la materia y considera que el inculcado sí es cómplice –por «accesoriedad limitada»– del delito de peculado. No estoy de acuerdo, sea dicho de paso, con dicha calificación (puesto que HChG no tenía calidad de funcionario público, ni tampoco era, a la sazón, administrador o depositario de los fondos cuestionados), y menos lo estoy con el uso de la expresión «accesoriedad limitada», puesto que entiendo que ella se aplica a los casos en que, curiosamente, el «autor» del delito no es culpable, y no a aquéllos en que tal cosa no se discute. Pareciera que el Juez ha confundido dicha expresión con la contraria, esto es, con la de accesoriedad plena, extensa o ilimitada.

5. Disiento, así mismo, de la opinión que aparece en el FUNDAMENTO 2. de la S, con-

cordante con las correspondientes resoluciones de los jueces comunes, en el sentido de que la invocación que se hace de la sentencia emitida en el caso Bedoya, no es aplicable en estos autos, por no ser los casos iguales. Estimo que si bien es cierto que los casos son distintos, lo que se pretende con tal invocación es que los criterios jurisprudenciales expresados en aquél sean tomados en cuenta en éste; y tal pretensión parece procedente, puesto que la jurisprudencia del caso Bedoya –concordante, por lo demás, con sus antecedentes– pone de manifiesto, una vez más, y de forma especialmente clara, que este Tribunal tiene competencia para examinar y pronunciarse sobre la presencia y relevancia de los requisitos del tantas veces mencionado artículo 135° del Código Procesal Penal, requisitos que no han sido debidamente examinados en estos autos por los jueces comunes, ni tampoco por la S que emite, en mayoría, este Tribunal, no obstante haber sido invocados, una y otra vez, en defensa del encausado.

6. Por lo ya expuesto, tampoco puedo concordar con el FUNDAMENTO 5. de la S, pues en él se declara que no se considera arbitrario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, en atención a que en el proceso penal «(...) existen suficientes elementos de prueba que vinculan al beneficiario del habeas corpus con el delito instruido, la posibilidad de imponerle una pena superior a los cuatro (4) años, la gravedad de los hechos por los cuales viene siendo juzgado, y además, en el esclarecimiento del delito instruido y los fines que se persiguen con el proceso penal». Y no concuerdo porque, a mi criterio, según lo precedentemente explicado, lo que no se ha acreditado técnicamente es, precisamente, la presencia, en el caso, de cualquiera los tres requisitos del invocado y crucial artículo 135° del Código Procesal Penal.

7. Otro aspecto muy importante de estos autos consiste en que la demanda no ha sido tramitada con arreglo a ley, puesto que el Juez de primera instancia no cumplió –como sí lo manda, inequívocamente, el artículo 18° de la Ley 23506– con «requerir» a los vocales demandados para que «expliquen las razones»

o fundamentos de sus decisiones impugnadas, optando, en cambio, sin fundamento atendible alguno, por declarar improcedente, in límine, dicha demanda. Como tal fallo quedó confirmado por la recurrida, en verdad no ha habido procedimiento de habeas corpus, sino, antes bien, una denegatoria total e inexcusable del mismo.

7.a) La reseñada ostensible falta de examen y evaluación de los argumentos esenciales de la demanda de autos, así como la ausencia de los correspondientes pronunciamientos debidamente motivados y fundamentados, constituye una reiterada infracción del inciso 5) del artículo 139° de la Constitución, así como de las insoslayables reglas concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Procesal Civil, todo lo cual agrava, considerado en su conjunto, la sui generis especie de denegación de justicia destacada en la última parte del párrafo 2), supra.

8. A este respecto, si bien comparto el criterio de la S en el sentido de que, pese al rechazo in límine, de haber suficientes elementos de juicio, este Tribunal puede ingresar en el fondo de la controversia, en este caso concreto estimo necesario, antes de pronunciarme sobre el fondo, que los vocales demandados sean citados y «requeridos» para que, entrando en materia, examinen los fundamentos de la demanda de habeas corpus y se pronuncien sobre ellos, tal como lo manda el precitado numeral 18° de la Ley 23506, en concordancia con el artículo 135°, inciso 5. de la Constitución y las demás normas procesales arriba citadas.

9. Los elementos de juicio que obran en autos, según ya se ha indicado —especialmente en los párrafos 1) y 4) precedentes— inclinan mi opinión, y de modo virtualmente inalterable, a favor del petitorio; pero, por respeto a la de los señores vocales penales demandados, y en aras del mayor esclarecimiento de los hechos, y por ende, de la más acertada administración de justicia, creo necesario, subsanando los vicios procesales anotados, devolver la causa al juez de origen, a fin de que sean debidamente citados y «requeridos»

los vocales demandados, y se les brinde, así, la oportunidad de explicar las razones de sus impugnados pronunciamientos. Conviene tener presente que, por semejantes razones, este Tribunal ya se ha pronunciado, en el mismo sentido, en varios casos análogos (Exps. 307-2002-HC/TC, Manuel Aivar M; y 290-2002-HC/TC, Calmell Del Solar), y yo mismo lo he hecho en un voto singular más reciente (Exp. 1091-02-HC/TC); y no veo ninguna razón para variar esta línea jurisprudencial.

10. Mi voto, consecuentemente, es en el sentido de declarar nulo todo lo actuado en estos autos de habeas corpus, y de hacer retornar la causa a primera instancia, a fin de que el Juez cumpla con tramitarla con arreglo a ley, esto es, de conformidad con el artículo 18° de la Ley 23506. Por lo demás, tratándose de un trámite muy breve y sumario, tal nulidad no podría atentar contra la economía procesal, debidamente entendida, ni menos, por cierto, contra los sagrados deberes de la tutela constitucional.

SR. AGUIRRE ROCA.

B) IMPOSIBILIDAD DE ACUMULAR LOS PLAZOS DE DETENCIÓN DOMICILIARIA A LOS PLAZOS DE DETENCIÓN PREVENTIVA

Exp. 2717-2002-HC/TC [Mario Ricardo Arbulú Seminario]

fecha de resolución: 6 de enero de 2003, fecha de publicación: 22 de mayo del 2003

EXP. N.º 2717-2002-HC/TC

LIMA

MARIO RICARDO ARBULÚ SEMINARIO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 6 días del mes de enero de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Rey Terry y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Juan Walter Sifuentes Bustillos a favor de Mario Ricardo Arbulú Seminario contra la sentencia de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 186, su fecha 17 de setiembre de 2002, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 20 de agosto de 2002, interpone acción de hábeas corpus a favor de Mario Ricardo Arbulú Seminario contra la Jueza del Cuarto Juzgado Penal Especial, con objeto de que se ordene la inmediata libertad del beneficiario.

Refiere el promotor de la acción de garantía que, a la fecha, el beneficiario lleva más de 19 meses de carcelería efectiva e injustificada, y que aún no se ha expedido auto o resolución que prolongue la medida de detención. Agrega que, al transcurrir más de 15 meses, y al no existir sentencia alguna, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo* para decretarse la excarcelación del beneficiario.

Realizada la investigación sumaria, la emplazada rinde su declaración y señala que se encuentra a cargo del Cuarto Juzgado Penal Especial en el que se ha recibido la instrucción seguida contra José G. Villanueva Ruesta, Mario Ricardo Arbulú Seminario y otros, en agravio del Estado; y que al encausado-beneficiario, al encontrarse sujeto a un proceso ordinario, de acuerdo con la norma prevista por el artículo 137° del Código Procesal Penal en su versión modificada, le correspondía como plazo máximo de detención el de 18 meses, que computados desde el inicio de la misma, el 30 de mayo de 2001, vencía de 30 de noviembre de 2002; además, habiéndose prolongado el plazo máximo, este ya no es de 18 sino de 36 meses; por tanto, a la fecha no puede solicitar su excarcelación, careciendo de sustento alguno los argumentos de la acción de garantía.

El Noveno Juzgado Penal de Lima, con fecha 23 de agosto de 2002, declaró improcedente la demanda, por considerar que hasta

el momento de interponer la acción, han transcurrido 14 meses y 20 días, por lo que no se han conculcado los derechos del beneficiario, ya que el plazo máximo de detención en el referido proceso es de 36 meses, no siendo amparable la pretensión demandada.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo con la Constancia de Reclusión N.º 04993, que corre a fojas 137 de autos, el beneficiario fue internado en el Establecimiento Penitenciario San Jorge, con fecha 31 de mayo de 2001, lo que es corroborado con el Oficio N.º 1821-2001-DIRPOJ-PNP/DIVPOJ/DEPCAP (a fojas 66).

2. Al momento de la interposición de la demanda, esto es, al 20 de agosto de 2002, el actor llevaba 14 meses y días, y no los 19 meses de carcelería efectiva a que hace referencia en su escrito de demanda, pues no es posible acumular el tiempo en que el beneficiario se encontraba con mandato de detención domiciliaria al tiempo en que estuvo con detención preventiva, por lo que la demanda debe ser desestimada, al no haber transcurrido el plazo de detención ordinario dispuesto por el artículo 137° del Código de Procedimientos Penales; en consecuencia, es de aplicación el Decreto Ley N.º 25824, norma que estaba vigente al momento de su detención y que le es más beneficiosa, al establecer que el plazo de detención no durará más de 15 meses prorrogables a 30 en los procedimientos complejos.

3. De otro lado, debe tenerse en cuenta que, aunque no ha sido materia de la demanda interpuesta, este Colegiado no puede dejar de apreciar que en el proceso penal ordinario seguido contra el demandante, con fecha 27 de noviembre de 2001 (de fojas 68 a 69), se dictó un auto ampliatorio de instrucción, por medio del cual se declaró como proceso complejo la instrucción seguida contra el actor, mientras que a fojas 76 obra la resolución que prolonga el plazo ordinario de detención hasta el máximo legal permitido, la misma que le ha sido notificada al actor como aparece a fojas 82, por lo que debe

desestimarse la pretensión invocada.

No obstante esto, debe precisarse cuál es el plazo máximo de detención, considerando el contenido de las resoluciones antes anotadas, así como la legislación procesal vigente aplicable al caso de autos.

4. En el presente proceso, debe destacarse que mientras el beneficiario estaba cumpliendo el plazo ordinario de detención dictado en su contra —15 meses—, se dictó la Ley N.º 27553, con fecha 14 de noviembre de 2001, razón por la que este Colegiado considera, como ya lo expresó en la sentencia recaída en el expediente N.º 318-2002-HC (Caso Wuerttele Verde), que el nuevo plazo de detención ordinario —18 meses y su prórroga— solo puede ser aplicado a aquellas personas contra las cuales, con posterioridad a dicha fecha, se dicte mandato de detención, mas no así contra quienes o ya se encontraban detenidos o se les podía duplicar o prorrogar el plazo ordinario, como es el caso del beneficiario, ello con el objeto de no contradecir lo dispuesto en el artículo 103º de la Constitución.

5. En consecuencia, no habiendo transcurrido el plazo máximo de detención al que se ha hecho referencia en los fundamentos jurídicos anteriores, esto es, los 30 meses, la pretensión debe desestimarse.

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

FALLA

CONFIRMANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró **IMPROCEDENTE** la demanda. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
REY TERRY
GONZALES OJEDA

C. DETENCIÓN DOMICILIARIA: PELIGRO PROCESAL

Exp. N.º 2712-2002-HC [Alex Wolfenson

Woloch]

fecha de resolución 16 de mayo de 2003, Fecha de publicación: 17 de junio de 2003

EXP. N.º 2712-2002-HC/TC

LIMA

ALEX WOLFENSON WOLOCH

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 16 de mayo de 2003

VISTO

El recurso extraordinario interpuesto por don Alex Wolfenson Woloch contra la sentencia de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 122, su fecha 25 de setiembre de 2002, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que, con fecha 20 de agosto de 2002, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra los vocales integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, don Roberto Barandiarán Dempwolf, doña Inés Tello de Ñecco y don Marco Antonio Lizárraga Rebaza, por considerar afectado su derecho a la libertad individual, dado que los emplazados le han impuesto la medida de arresto domiciliario, mediante Resolución N.º 252, de fecha 23 de mayo de 2002, y, en consecuencia, solicita que dicha medida se deje sin efecto, por tratarse —a su criterio— de una medida arbitraria, carente de fundamento fáctico y legal.

Alcances constitucionales de la libertad personal

2. Que el derecho a la libertad personal, en cuanto derecho subjetivo, garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locomotora, mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias, conforme lo establecen el artículo 9.º de la Declaración Universal de Dere-

chos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La detención domiciliaria

1. Que el accionante cuestiona que la Sala emplazada haya mantenido el mandato de comparecencia restringida, agregando a las reglas de conducta impuestas en primera instancia la medida de detención domiciliaria, la que también importa la restricción de la libertad ambulatoria consagrada en el texto constitucional.

2. Que la detención domiciliaria es distinta de la detención judicial preventiva; sin embargo, la orden de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio también es una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse al tratarse de una medida cautelar y no de una sanción. Cabe, entonces, analizar la resolución impugnada en el presente caso, en relación con el peligro procesal. Allí, el juzgador se refiere a los elementos relacionados con el *periculum in mora*, y no obstante que descarta la petición de que se imponga al actor el mandato de detención solicitado por la procuraduría, sustentándose en que «al analizar la concurrencia del presupuesto relativo al riesgo de fuga, la conducta procesal observada hasta el momento por el inculcado, disuade de su presencia» (cuarto considerando); le impone la medida de arresto domiciliario considerando «las delicadas circunstancias del caso», es decir, luego de analizar los elementos que permiten establecer una vinculación del procesado con la comisión del delito, i.e., el *fumes boni iuris*.

3. Que, como ya lo ha expuesto este Colegiado en el caso Silva Checa (Exp. N.º 1091-2002-HC/TC) y reiterado en los casos Chumpitaz Gonzales (Exp. N.º 1565-2002-HC/TC) y Bozzo Rotonzo (Exp. N.º 376-2003-HC/TC), «el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado

no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia. Tales fines deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que, antes y durante el desarrollo del proceso, puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada» (Fundamento N.º 18).

La motivación de las resoluciones judiciales

4. Que, en el caso de autos, el Tribunal estima que, aún cuando en la resolución que se impugna se aducen adecuadamente argumentos para descartar la medida de detención, sin embargo, ella no se encuentra suficientemente motivada respecto de la medida de arresto domiciliario impuesta por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, siendo este un requisito indispensable que debe cumplir toda resolución judicial. En consecuencia, dispone que en la Sala emplazada corrija la deficiencia antes mencionada y dicte una nueva resolución suficientemente razonada; sin que ello signifique que se deje sin efecto la medida cautelar dictada en contra del recurrente.

Principio de congruencia

5. Que, de otro lado, se ha alegado la afectación del principio de congruencia, dado que la Sala emplazada optó por dictar una medida de detención distinta de la solicitada por el Procurador (mandato de detención) o de la ordenada por el Juez penal (comparecencia).

6. Que, sobre el particular, cabe resaltar que las medidas cautelares, por su naturaleza, se caracterizan por ser temporales y variables; además, cuando se solicite al juzgador que dicte alguna de ellas, queda a su criterio evaluar la pertinencia de ello y, también, ordenar la que más se adecue a los fines del proceso.

7. Que, por ello, la Sala emplazada se encontraba facultada para dictar la medida cautelar de comparecencia restringida (detención domiciliaria) en lugar de la detención

judicial preventiva solicitada, medida cautelar esta última más severa que aquella, no habiéndose acreditado la afectación del principio de congruencia.

Presunción de inocencia y el principio *reformatio in pejus*

8. Que el principio de la presunción de inocencia se encuentra reconocido en el artículo 2°, inciso 24), literal «e», de la Constitución Política del Estado; sin embargo, dicho principio no es lesionado cada vez que contra un procesado se dicta una medida cautelar restrictiva de determinados ámbitos de la libertad individual, pues ello se hace con el propósito de garantizar que el procesado no evada la acción de la justicia y que, de ese modo, no se frustre el *ius puniendi* del Estado.

9. Que, en cuanto al objeto del artículo 300° del Código de Procedimientos Penales, éste prohíbe en nuestra legislación procesal aplicar el principio *reformatio in pejus*, el que tiene por finalidad evitar que la modificación de una sentencia condenatoria que solo haya sido impugnada por el sentenciado resulte peor, lo que no ocurre en el caso de autos, puesto que se trata de una medida cautelar y no de una sentencia; a ello cabe agregar que el recurso que motivó la resolución impugnada fue interpuesto por el Procurador encargado de la defensa de los intereses del Estado.

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

RESUELVE

Ordenar que, en vías de subsanación, y en un plazo prudencial, la Sala emplazada cumpla con precisar las razones que sustentan la Resolución N.° 252, de fecha 23 de mayo de 2002, sin que ello signifique que este Colegiado deje sin efecto la medida cautelar dictada en contra del recurrente. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
REY TERRY

GONZALES OJEDA

D). DETENCION DOMICILIARIA: PELIGRO PROCESAL Y APARIENCIA DEL DERECHO

Exp. N° 2712-2002-HC [Alex Wolfenson Woloch]

fecha de resolución 26 de enero de 2004. fecha de publicación 18 de marzo de 2004. En el mismo sentido Exp. N° 2268-2002-HC [Moisés Wolfenson Woloch]

EXP. N.° 2712-2002-HC/TC

LIMA

ALEX WOLFENSON WOLOCH

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 26 días del mes de enero de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Rey Terry y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Alex Wolfenson Woloch contra la sentencia de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 122, su fecha 25 de setiembre de 2002, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 2 de agosto de 2002, interpone acción de hábeas corpus contra los vocales integrantes de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, don Roberto Barandiarán Dempwolf, doña Inés Tello de Ñecco y don Marco Antonio Lizárraga Rebaza, por atentar contra su libertad individual, solicitando que se deje sin efecto la Resolución N.° 252, de fecha 23 de mayo de 2002, por la que se le impone la medida de arresto domiciliario. Refiere que viene siendo procesado por la presunta comisión de delito de peculado, ante el Primer

Juzgado Penal Especial, Expediente N.º 36-01, proceso en el cual fue incluido mediante auto ampliatorio de fecha 11 de enero de 2002, imponiéndosele mandato de comparecencia restringida. Asimismo, sostiene que la apelación interpuesta por el Procurador *Ad hoc* contra el auto que dicta mandato de comparecencia restringida estaba dirigida a que se dicte mandato de detención en su contra; sin embargo, la Sala dictó mandato de arresto domiciliario, lo que constituye un fallo *extrapetitum*, atentatorio contra el principio de congruencia.

Admitida a trámite la acción, y realizada la sumaria investigación, se recabó fotocopia certificada de la resolución impugnada (fojas 63 y siguientes), así como de la recaída en el caso del hermano del accionante, Moisés Wolfenson (fojas 49 y siguientes); de otro lado, se realizó la diligencia de declaración de los magistrados emplazados (fojas 88), quienes negaron que se trate de una resolución *extra petita*, considerando que si el recurso es interpuesto por el Ministerio Público o la parte civil, la Sala está facultada para modificar la medida cautelar o confirmarla. Asimismo, enfatizan que la resolución cuestionada satisface plenamente el principio constitucional de motivación de las resoluciones, pues en ella se hace un análisis de las pruebas aportadas en el proceso.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se declare improcedente, aduciendo que se trata de un proceso regular.

El Decimoséptimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 29 de agosto de 2002, declaró improcedente la demanda, considerando que no se evidencia vulneración de los derechos constitucionales del demandante, toda vez que la detención domiciliaria que viene sufriendo ha sido dictada de conformidad con lo establecido en el inciso 1) del artículo 143º del Código Procesal Penal.

La recurrida confirmó la apelada, estimando que cuando el recurso impugnatorio es interpuesto por alguna de las partes acusadoras (Ministerio Público o parte civil),

la Sala podrá revocar o confirmar la resolución impugnada; en el caso, la emplazada podía confirmar el mandato de comparecencia restringida, y optar por cualquiera de las alternativas previstas en el artículo 143º del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS

1. Mediante resolución de fecha 16 de mayo de 2003, este Colegiado emitió resolución de fondo sobre la alegada afectación del principio de congruencia, dejando a salvo lo referente a la presunta afectación a la libertad personal, ordenando que, en vía de subsanación, la Sala cumpla con precisar las razones que sustentan el cuestionado arresto domiciliario.

Es así que, con fecha 15 de agosto de 2003, la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima amplía las razones que sustentan dicha resolución, devolviéndose los autos a este Tribunal para que emita un pronunciamiento de fondo.

2. Como toda medida cautelar, la imposición del arresto domiciliario deberá estar supeditado a la observancia de dos presupuestos básicos: *fumus boni iuris* (apariencia del derecho) y *periculum in mora* (peligro procesal). El primero de ellos estará referido –en el ámbito penal– a la suficiencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho delictivo, mientras que el segundo se refiere al peligro de que el procesado se sustraiga de la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria.

Asimismo, tal como lo ha sostenido constantemente la jurisprudencia de este Tribunal [Exps. N.ºs 1091-2002-HC, 1565-2002-HC y 376-203-HC], el más relevante de ambos es el peligro procesal, de manera tal que a mayor o menor peligro procesal, la medida cautelar podrá ser más o menos gravosa, respectivamente.

3. La Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en su Resolución N.º 252, de fecha 23 de mayo de 2002, analiza, en su fundamento tercero, el *fumus boni iuris*, señalando los testimonios de Guido Rosas Bonucelli, Matilde Pinchi Pinchi, los

capitanes EP Wilmer Ramos Viera y Mario Ruiz Agüero como elementos probatorios que abonan a favor de la responsabilidad penal del denunciado, de manera tal que exista una primera vinculación del imputado con la presunta comisión del delito.

4. Luego, mediante resolución subsanatoria de fecha 15 de agosto de 2003, la emplazada justifica el peligro procesal, considerando que dicha medida cautelar está dirigida fundamentalmente a evitar que el imputado perturbe la actividad probatoria, peligro que, a criterio de la emplazada, se sustenta en la conducta procesal que desarrolló el imputado a lo largo de la investigación llevada a cabo por el Ministerio Público.

5. Por tanto, el arresto domiciliario impuesto contra el accionante no constituye una indebida afectación de su libertad individual.

FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADO** el presente hábeas corpus.

SS.

ALVA ORLANDINI

REY TERRY

GONZALES OJEDA

E) IMPOSIBILIDAD DE EQUIPARAR LA DETENCIÓN DOMICILIARIA

Exp. N° 0731-2004-HC [Alfonso Villanueva Chirinos]

fecha de resolución 16 de abril de 2004. fecha de publicación 31 de mayo de 2005.

EXP. 0731-2004-HC/TC

LIMA

ALFONSO VILLANUEVA CHIRINOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2004, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados: Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano y García Toma, pronuncian la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Alfonso Villanueva Chirinos contra la sentencia de la Segunda Sala Penal Superior con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 134, su fecha 11 de diciembre de 2003, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El accionante, con fecha 30 de setiembre de 2003, interpone acción de garantía contra el juez del Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, don Jorge Barreto Herrera, sosteniendo que se halla cumpliendo detención domiciliaria por más de dieciocho meses en el proceso penal N° 003-2001-JP por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, no pudiendo ejercer sus actividades normales de trabajo, esparcimiento, gestiones personales, entre otras, además de tener vigilancia domiciliaria dispuesta por el Juzgado emplazado, por lo que la medida de comparecencia restringida que le ha sido impuesta es contraria a su derecho a la libertad personal.

Realizada la investigación sumaria, el juez penal emplazado declaró que la restricción de la libertad del demandante se sustenta en el artículo 143° del Código Procesal Penal, en consecuencia, no cabe alegar plazos máximos de detención pues en su caso se trata de una medida de comparecencia restringida y no de detención preventiva. Por su parte, el accionante ratifica los términos de su demanda.

El Trigésimo Séptimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 10 de octubre de 2003, declaró improcedente la demanda, por considerar que la medida de comparecencia restringida adoptada por el Juez demandado contra el accionante, es una restricción a la libertad acorde con la normatividad legal de la materia.

La recurrida, confirmo la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§ Petitorio

1. Conforme se desprende del petitorio de la demanda, el objeto de ésta es que se levante la orden de detención domiciliaria que cumple el accionante por disposición del juez emplazado, por encontrarse detenido por más de 18 meses excediendo el plazo establecido en el artículo 137° del Código Procesal Penal.

2. Siendo así, lo primero que este Tribunal Constitucional debe destacar, teniendo en consideración los términos en que se ha formulado la pretensión y la invocación al artículo 137 del Código Procesal Penal, es que en el presente caso no es el tema de la detención judicial preventiva el cuestionado, sino el hecho que el juzgador haya decretado contra el accionante, mandato de comparecencia con detención domiciliaria y que el mismo permanezca vigente hasta este momento.

3. Corresponde en esta sentencia, pronunciarnos sobre el límite temporal de la medida de detención domiciliaria.

§ La libertad personal y las exigencias para su privación mediante medidas cautelares en el proceso penal.

4. En general, en el caso de las disposiciones que restringen la libertad del imputado como medida cautelar, existen dos intereses que deben ser cautelados por el Estado; esto es, *a)* la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción al proceso penal de la persona a quien se imputa un delito, y, *b)* la garantía a la protección de los derechos fundamentales del imputado. Estos intereses, aparentemente contrapuestos, deben lograr un verdadero equilibrio a fin de no menoscabar la protección de uno frente al otro, siendo la regla general, la libertad.

Ello, por cuanto, siendo los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, que-

dan justificadas únicamente, como *ultima ratio*, en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales en un proceso penal y siempre que no hayan otros mecanismos menos radicales para conseguirla. Caso contrario, se produce una afectación al derecho a la libertad individual y al principio informador de presunción de inocencia.

5. Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que como consecuencia del carácter subsidiario, excepcional y proporcional a los fines que deben cumplir las medidas cautelares de privación de libertad, estas deben justificar su permanencia restringiéndose a un *plazo razonable*. Al respecto, conforme lo ha señalado recientemente este Tribunal en el Caso Tiberio Berrocal (Exp. 2915-2004-HC/TC), aún cuando no sea un derecho reconocido expresamente en la Constitución Peruana, el derecho al plazo razonable, se incorpora a nuestra legislación nacional en mérito a la cuarta disposición final y transitoria, que exige la interpretación de derechos y libertades conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú.

6. En esta materia, el artículo 9° inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que «toda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad». Por su parte, el artículo 7°, inciso 5 de la Convención Americana sobre derechos Humanos reconoce el derecho de «toda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso».

§ La detención domiciliaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

7. 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 y evitando el «contagio criminal» al que se expone con la entrada a un establecimiento penitenciario. Sin embargo, no se puede desconocer que tanto la prisión provisional y la detención domiciliaria, se asemejan por el objeto, es decir, en tanto impiden a una persona autodeterminarse por su propia voluntad a fin de lograr asegurar la eficacia en la administración de justicia.

8. En la legislación vigente, la detención domiciliaria, se ha considerado dentro de las medidas de comparecencia –siendo la más gravosa de todas –; y como tal, esta medida o aquellas de comparecencia menos gravosas, se aplican en defecto de la detención preventiva cuando no se configuren algunos de los presupuestos de ley establecidos para decretarla.

9. La detención domiciliaria, en tanto restricciones a la libertad individual anterior a la imposición de la pena, únicamente procede como medida cautelar cuando asegure un eficiente desarrollo del proceso penal. A ese respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido en uniforme jurisprudencia los presupuestos básicos para la imposición del arresto domiciliario, cuales son: a) *fumus boni iuris* (apariencia del derecho); b) *periculum in mora* (peligro procesal).

El primero de ellos, referido a la suficiencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho delictivo, mientras que el segundo se relaciona con el peligro de que el procesado se sustraiga a la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria. (Exp. N° 0124-2004-HC, Exp. N° 2712-2002-HC).

10. Asimismo, al igual que en el caso de la prisión preventiva, la detención domiciliaria, se encuentra sometida a los criterios subsidiariedad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, a fin de evitar la arbitrariedad de la decisión.

11. En ese sentido, si bien las restricciones a derechos son admitidas *prima facie*, el principio de proporcionalidad –también conocido como prohibición del exceso–, impide la injerencia desproporcionada sobre los mismos, evaluación que debe medirse en conjunto con otro límite, cual es, la prohibición de rebasar el contenido esencial del derecho.

§ La problemática sobre el plazo de duración máxima del mandato de comparecencia con detención domiciliaria. La razonabilidad y proporcionalidad, criterios para establecer límites a la detención domiciliaria.

12. Uno de los problemas en la legislación actual, es la falta de regulación de plazos máximos para la imposición de esta medida, omisión que puede resultar lesiva al *derecho al plazo razonable*. De este modo, la no existencia de plazos máximos para la medida de detención domiciliaria, deja al juzgador sin un parámetro cuantitativo límite, para verificar el exceso en la restricción al derecho.

Y es que, no siendo esta privación de la libertad, impuesta a consecuencia de sentencia condenatoria, resulta irrazonable pensar que esta omisión pueda habilitar la medida de detención domiciliaria en un tiempo indefinido. Mayor aun, cuando la misma no se contabiliza como pena a cuenta.

Conforme lo advierte este Tribunal con preocupación, la falta de plazo máximo puede ser perjudicial para resguardar que la restricción del derecho a la libertad individual responda al parámetro de proporcionalidad y no vulnere el contenido esencial del derecho a la libertad, debido a lo problemático que puede resultar determinar lo razonable o lo excesivo de una detención, cuando no se establecen legalmente parámetros claros.

13. No obstante lo señalado, tomando en cuenta a su vez, lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución, y, a fin de salvar este vacío legal, el Tribunal considera importante resaltar dos premisas: a) *la existencia del plazo máximo*, no resulta el único criterio determinante para constatar que una detención deviene en desproporcionada y

arbitraria luego de vencido el plazo, pudiendo tornarse en tal, inclusive antes del cumplimiento del mismo, cuando por ejemplo, desaparezcan las razones que motivaron el propio mandato.

Esto último, deriva del deber del juez para que de oficio, revise permanentemente la subsistencia de la razones que motivaron la medida cautelar, así como el comportamiento del imputado a lo largo del proceso.

b) *la inexistencia de un plazo máximo legal*, de ninguna manera puede admitirse como justificación válida para la permanencia de una medida restrictiva de derechos, de forma indefinida, arbitraria y desproporcionada, debiendo más bien, ser valorado en cada caso, según los elementos de juicio objetivos existentes. Lo contrario, llevaría al absurdo de mantener a la persona privada de su libertad - en mayor medida -, por el establecimiento de medidas cautelares y no a consecuencia de la imposición de una pena; o, lo que es peor, detenida provisionalmente en prisión o en el domicilio, para luego ser absuelto por inexistencia del hecho imputado.

Estas situaciones desde ya, terminan por desnaturalizar la finalidad y función de las medidas cautelares, además de perder su justificación como disposición de carácter procesal preventivo.

14. Bajo este razonamiento, el Tribunal Constitucional reitera y establece que el exceso de detención domiciliaria puede verificarse en cada caso concreto atendiendo a una serie de elementos, dentro de los cuales, la existencia de un plazo máximo como referente derivado del propio principio de proporcionalidad, solo es uno de ellos y no el único determinante. Tómese en cuenta además, que la existencia de un plazo razonable no puede establecerse en abstracto, traducido en un número fijo de días sino dependiendo de las circunstancias derivadas de cada caso.

15. Por lo señalado, resulta necesario establecer criterios que sirvan de parámetro al juez constitucional para determinar si una persona esta detenida en su domicilio más

allá del tiempo razonablemente necesario. Criterios que serán expuestos en esta sentencia con carácter vinculante.

16. En primer lugar, el Tribunal ha señalado en el Caso Silva Checa (Exp. N° 1090-2002-HC/TC), que «el principal elemento a considerarse con el dictado de (una) medida cautelar debe ser el *peligro procesal* que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas antijurídicas». Fines que deben ser evaluados en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse.

En consecuencia, si el llamado peligro procesal - de fuga o perturbación de la actividad probatoria-, no permanece como *amenaza efectiva* en tanto dure la medida decretada, la misma devendrá en ilegítima desde el momento mismo en que desaparece la amenaza.

En tales casos, de proseguir la medida, la situación del imputado bajo arresto domiciliario, estaría basada ya no en razones objetivas sino en retrasos judiciales causados por un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, con las responsabilidades jurídicas que de ello puedan derivar, conforme lo advierte el inciso 7 del artículo 139° de la Constitución.

17. De otro lado, siendo que en ambas medidas se persigue el mismo objetivo de lograr el éxito del proceso penal, asegurando la ejecución de la pena que eventualmente llegue a imponerse, corresponde invocar también en este caso, los elementos que este Tribunal ha desarrollado *in extenso* en el Caso Tiberio Berrocal (Expediente 2915-2004-HC/TC, *l.j.* 18 - 31), referidos a la evaluación de la razonabilidad del plazo en la detención provisional. Estos son:

a) La actuación diligente de los órganos judiciales.

b) La complejidad del asunto

c) La actividad procesal del detenido

Respecto al primero de ellos, deberá analizarse la conducta diligente de las autoridades

des judiciales, es decir, el grado de celeridad en la tramitación y resolución de recursos, así como la motivación de los mismos. Por su parte, la complejidad del caso, se evalúa en función a factores como la naturaleza y gravedad del delito, hechos investigados, alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agravados o inculpadados, o algún otro elemento que objetivamente permita calificar una causa como complicada.

la actividad procesal del detenido es evaluada en función a lo que se entiende por *defensa obstruccionista*, cuando este ha abusado de su derecho a utilizar recursos con objeto de dilatar el procedimiento, es decir, únicamente cuando hay mala fe por parte del procesado, lo cual, corresponderá ser demostrado por el juez. En este caso, el término de la detención podría extenderse en el entendido que no corresponde contabilizarse como plazo razonablemente transcurrido a aquel atribuible a la actuación con mala fe del imputado.

Al respecto, ya en el Caso Saldaña, (Exp. 2196-2002-HC/TC), el Tribunal hizo mención al trato de las dilaciones maliciosas, señalando que «...si bien es cierto que el artículo 137° del Código Procesal Penal otorga la libertad por exceso de detención al vencerse los plazos establecidos, también lo es que dicha norma de excarcelación prevé que no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos el tiempo en que la causa sufre *dilaciones maliciosas* imputables al inculpado o su defensa...»

§ Análisis de constitucionalidad del caso concreto

18. En el caso de autos, conforme se desprende del auto de apertura de instrucción, obrante de fojas 35, se aprecia que la medida dictada contra el accionante, se basa, fundamentalmente, en el *grado de participación* que habría tenido el accionante en la comisión del delito contra la vida el cuerpo y la salud, así como por la forma y circunstancias en que se suscitaron los hechos incriminados. Igualmente, por la posibilidad de imponérsele una pena privativa de la libertad superior a

cuatro años.

19. Se advierte además que el presente caso ha sido calificado como uno complejo, al existir pluralidad de procesados y agravados, por lo que se ampliaron los plazos de la instrucción.

20. Por tales motivos, el Tribunal Constitucional considera que no ha existido arbitrariedad, al momento de dictarse mandato de comparecencia con detención domiciliaria, el mismo que fue expedido de conformidad a la norma procesal de la materia en defecto a la prisión preventiva. Sin embargo, es de observar que desde la apertura de instrucción, esto es, desde febrero del 2001 hasta la fecha del último escrito presentado por el imputado ante este Tribunal con fecha 05 de agosto del 2004, han transcurrido más de 3 años, sin que se haya resuelto la causa, manteniendo con detención domiciliaria al accionante.

21. Tan prolongado periodo de tiempo podría presumirse como irrazonable, además de generar dudas respecto a si en estas condiciones, aun se puede reconocer el derecho a la libertad del individuo (prohibición de rebasar su contenido esencial).

Pese a ello, de autos no puede desprenderse si el mantenimiento de la medida se sustenta en la actuación maliciosa del imputado o de su defensa – lo que justificaría la dilación –, conforme se señala en el *fd 17 supra*, circunstancia que constituye un elemento relevante para resolver sin equívoco si le asiste o no al actor el derecho que alega en su demanda.

Por este motivo, es necesario que el juez ordinario proceda a efectuar las diligencias pertinentes que permitan dilucidar si en el caso de autos se produjo alguna inapropiada conducta procesal atribuible al actor con el objeto de dilatar los términos de su proceso.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica;

HA RESUELTO

Declarar **NULO** lo actuado y retornar la causa a primera instancia, a fin de que el juez

indague y determine si en el caso de autos se produjo alguna inapropiada conducta procesal atribuible al actor o su defensa que justifique la permanencia de la detención domiciliaria, conforme a lo señalado en el fundamento 23 de la presente sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
REVOREDO MARSANO
GARCÍA TOMA

F). DETENCION DOMICIARIA: INCONSTITUCIONALIDAD DE SU EQUIPARACION CON LA DETENCION JUDICIAL.

Exp. N° 0019-2005-AI/TC [Proceso de inconstitucionalidad contra Ley N.° 28568 que equiparaba para efectos del cómputo de la pena, el plazo de detención domiciliaria con el de detención preventiva].

Fecha de resolución 21 de julio de 2005. fecha de publicación 21 de julio de 2005.

EXP. N.° 0019-2005-PI/TC

LIMA

MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE MIEMBROS DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra el Artículo Único de la Ley N.° 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.° 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.° 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.° 28586, cuyo Artículo Único dispone:

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

Artículo 47°: 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.° 28568, cuyo Artículo Único modifica el artícu-

lo 47° 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 2° de la Constitución.

Asimismo, sostienen que la ley impugnada también vulnera el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139° de la Constitución), pues dichos fines no pueden ser cumplidos en el domicilio.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 18 de julio de 2005, el apoderado del Congreso de República contesta la demanda refiriendo que la ley cuestionada ha sido derogada mediante la Ley N.º 28577, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de

julio del presente año, motivo por el cual solicita que el Tribunal Constitucional declare que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

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

· Con relación al objeto de pronunciamiento:

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

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

· Con relación al fondo del asunto:

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

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

d.1) Determinar la naturaleza jurídica de la detención domiciliaria, por un lado, así como sus diferencias sustanciales con la detención judicial preventiva y con la pena privativa de libertad, por otro.

d.2) Analizar los criterios desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación al arresto domiciliario.

d.3) Evaluar el tratamiento que la ley impugnada dispensa al arresto domiciliario a la luz del principio de igualdad.

d.4) Analizar las distintas teorías sobre la finalidad que cumple la pena privativa de li-

bertad, 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

2. 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.

3. Concretamente, la ley cuestionada dispone:

«Artículo Único.- Modificase el artículo 47º del Código Penal, el mismo que quedará re-dactado 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

6. 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

5. 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.

2. 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 encon-

trarse 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 83º del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204º 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).

4. 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

4. 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).

7. 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".

1. 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 31º del Código Penal de 1863, artículo 49º del Código Penal de 1924 y artículo 47º del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del artículo 139º 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 2º de la Constitución).

1. 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

1. 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.

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

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

13. Porque el derecho a la libertad personal no es ilimitado, es que resulta válido que el legislador haya previsto distintas medidas cautelares que bajo, criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pueden incidir sobre el, a afectos 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 cla-

ro 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 143º (entre las cuales se encuentra incluido el arresto en el domicilio), cuando no se cumplan copulativamente los requisitos previstos en el artículo 135º 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 143º, el arresto domiciliario puede ser dictado en cualquier supuesto; lo cual quiere decir, *prima facie*, que no se concibe como un sustituto de la detención preventiva. De hecho, prácticamente la totalidad de supuestos en los que se ha dictado esta medida ha comprendido casos de personas en perfecto estado de salud. No obstante, el referido artículo también permite que esta medida cautelar se imponga como un sustituto de la prisión preventiva para casos excepcionales, es decir, cuando se trate

«(...) de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de

incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente».

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

17. En tal sentido, bien puede afirmarse que, a la vista del ordenamiento procesal penal vigente, con la salvedad hecha a los supuestos de personas valetudinarias, el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva son instituciones procesal penales sustancialmente distintas. De ahí que sea un despropósito acudir a ordenamientos que recogen modelos *restringidos* para justificar el tratamiento que debe otorgarse al arresto domiciliario en nuestro medio.

18. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, no puede considerar al ordenamiento infraconstitucional, por sí solo, como el factor determinante de sus interpretaciones. Motivo por el cual, es necesario revisar si, desde una perspectiva constitucional, puede equipararse el arresto domiciliario con la detención preventiva. Para tales efectos, debe recurrirse al uniforme criterio que este Tribunal ha expuesto sobre el particular y que, dentro de este contexto, constituye jurisprudencia vinculante para todos los poderes públicos.

19. Así, en el Caso Chumpitaz Gonzales (STC 1565-2002-HC), en el que se pretendió cuestionar la constitucionalidad del dictado de un arresto domiciliario, este Colegiado señaló:

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

En efecto, en el presente caso se cuestiona que el juzgador haya decretado contra el beneficiario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, mientras que en los casos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se cuestionaba supuestos de detención judicial preventiva. Tales figu-

ras, 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 Proce-

sal 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 Lorenzti 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 en-

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

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

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

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

denatoria.

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 proscribiera 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, sen-

cillamente no tendría lugar. Se trataría de un supuesto en el que, si bien se dota al derecho fundamental a la libertad personal de un «contenido adicional» ajeno a su contenido constitucionalmente protegido, en última instancia resulta «favorecida» la libertad en su nivel subjetivo.

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

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

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

29. Para arribar a una respuesta satisfac-

toria 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 adminis-

tración 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 artí-

culo 2º, 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 93º 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 44º de la Constitución),

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

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente,

quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución).

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

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

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

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

Dicha Corte, en criterio que este Tribunal comparte, rechaza

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

Mientras que la Corte Constitucional colombiana ha destacado que

«Por vía de los beneficios penales, que

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

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

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

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

44. Tal como quedó dicho, el fin que persigue la ley en cuestión, *prima facie*, no puede ser considerado como constitucionalmente inválido, toda vez que optimiza la libertad personal del penado al reducir el tiempo de purgación de pena en un establecimiento penitenciario. Y, desde luego, la medida adoptada, esto es, permitir que para tales efectos se abone el tiempo de arresto domiciliario al cómputo de la pena impuesta, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto, resulta idóneo para alcanzar dicho objetivo.

45. Sin embargo, ¿resulta razonable que el tiempo de arresto domiciliario (con las características que tiene en nuestro ordenamiento procesal penal vigente) sea computado «día por día» con la pena privativa de libertad?

46. Para este Tribunal Constitucional, una medida como la descrita vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. Ello alcanza mayores y perniciosas dimensiones en una sociedad como la nuestra en la que, de por sí, la credibilidad de la ciudadanía en los poderes públicos se encuentra significativamente mellada.

47. Las funciones de valoración, pacificación y ordenación de este Tribunal lo obligan, en la resolución de cada causa, y más aún si se trata de un proceso de inconstitucionalidad, a no prescindir de los signos que revela la realidad concreta relacionada con la materia de la que se ocupa la ley que es objeto de control. En atención a ello, es preciso destacar que al 10 de junio del presente año, de las 75 personas a las que se había impuesto la medida de arresto domiciliario, 50, es decir, más del 66%, eran personas acusadas de encontrarse vinculadas con actos de corrupción tanto de la década pasada como recientes (Diario *La República* del 10 de junio de 2005, p. 6). Es decir, se trata de conductas que no sólo resultan contrarias al orden jurídico penal, sino que se riñen con los más elementales designios de la ética y la moral, y consiguientemente, con los valores hegemónicos de la axiología constitucional.

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

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

(...) la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz

y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; (...)».

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

48. Por otra parte, la norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad.

49. Asimismo, aun cuando las medidas tendientes a la rehabilitación y resocialización del penado que dispensan nuestros centros carcelarios no son óptimas, la posibilidad de que dichos objetivos se cumplan será menor, mientras se reduzca el tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad.

50. Por las razones expuestas, este Tribunal considera inconstitucional la disposición impugnada en el extremo que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto domiciliario.

Ello significa que es inconstitucional la

frase «y domiciliaria» del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.° 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 138º de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación retroactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución.

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

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

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

54. Es indudable que el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se encuentra en directa relación con el derecho fundamental a la libertad personal del condenado. En consecuencia, el primer

límite a la aplicación retroactiva de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad se encuentra en los supuestos en los que dicha retroactividad genere una afectación del derecho fundamental a la libertad personal.

Sucede, sin embargo -y tal como se ha expresado en la presente sentencia-, que no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal el hecho de que se permita que el tiempo de arresto domiciliario impuesto a cualquier persona (con excepción de las valetudinarias), sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto. Por el contrario, dicha previsión resulta manifiestamente inconstitucional, por desvirtuar la finalidad de las penas en el Estado social y democrático de derecho.

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

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

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

«(...) tal regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una *vacatio setentiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal

que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

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

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

cho, 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 impugnatorios y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

64. Precísese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los dos fundamentos precedentes, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial

El Peruano, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

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

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

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

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

«Los Jueces interpretan y aplican la leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional».

En tal sentido, al momento de evaluar si

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

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

VII. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.

2. Declarar la inconstitucionalidad de la frase «y domiciliaria» del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28658. En consecuencia,

A) Con relación al efecto normativo de esta sentencia:

Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto

domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto.

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

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

En tal sentido, de conformidad con los Fundamento 62 y 63, *supra*, las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que todavía no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado los efectos inconstitucionales de la ley impugnada.

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

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 137° del Código Procesal Penal.

4. Exhorta al Congreso de la República para que, en el Presupuesto 2006, considere plazas suficientes que permitan a los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Pú-

blico 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



§ 4

Ejecución de la pena

4.1 Los fines de la pena

A) LOS FINES DE LA PENA DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Exp. N° 0019-2005-AI/TC [Proeso de inconstitucionalidad contra Ley N.º 28568 que equiparaba para efectos del cómputo de la pena, el plazo de detención domiciliaria con el de detención preventiva].

Fecha de resolución: 21 de julio de 2005. fecha de publicación: 21 de julio de 2005.

§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 Talió: «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. Compiler 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 Antejuiicio 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 Consti-

tución para la limitación de diversos derechos fundamentales. Así, por ejemplo, el inciso 9 del artículo 2º 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 2º, 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 93º 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 44º de la Constitución),

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

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución).

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 adopta-

da, 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.° 28568.

b) FIN RESOCIALIZADOR DE LA PENA Y CADENA PERPETUA

Exp. N° 0010-2002-AI/TC [Acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los decretos leyes que regulan el delito de terrorismo y traición a la patria].

Fecha de resolución: 3 de enero de 2003, fecha de publicación: 4 de enero de 2004, fundamentos jurídicos: 178-194.

XI. La cadena perpetua y la reincorporación del penado a la sociedad

178. Los demandantes cuestionan la validez constitucional de la aplicación de la pena de cadena perpetua, por considerarla incompatible con el numeral 2) del artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139°, inciso 2), de la Constitución.

179. Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro 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», en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que «el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados».

180. Se trata, naturalmente, de un 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 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.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum* de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cuántum* 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.

181. La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140º 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.

182. A juicio del Tribunal, de 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.

183. La denominada «cadena perpetua», 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.

a) La cadena perpetua y los principios de dignidad y libertad

184. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

185. En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya 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, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. 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.

186. En segundo lugar, este Colegiado considera que detrás de las exigencias de «reeducación», «rehabilitación» y «reincorporación» como fines del régimen penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal.

Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues

cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

187. En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual - porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado-, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

188. El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Dere-

cho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.

189. El sistema material de valores del Estado de Derecho impone que cualquier lucha contra el terrorismo (y quienes lo practiquen), se tenga necesariamente que realizar respetando sus principios y derechos fundamentales. Aquellos deben saber que la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y que las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes la detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirla. Por ello, si el establecimiento de la pena se encuentra sujeta a su adecuación con el principio de proporcionalidad, tal principio no autoriza a que se encarcele de por vida.

190. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarse si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Además porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de «mera incompatibilidad» en este punto, el Tribunal Constitucional considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.

191. Sobre el particular el Tribunal Constitucional debe de recordar que, actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado núme-

ro de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.

192. En ese sentido, debe recordarse que el Estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo N.º 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua.

193. Por otro lado, también el legislador nacional puede introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización. Ese es el caso, por ejemplo, de la legislación italiana, que, con el objeto de que la cadena perpetua pueda ser compatibilizada con los principios de resocialización y de dignidad de la persona, a través de la Ley N.º 663 del 10 de octubre de 1986 ha posibilitado que, luego de quince años de prisión, el condenado pueda acceder al beneficio de la semilibertad y, luego, a la libertad condicional. Similar situación sucede en la mayoría de países europeos y también en algunos latinoamericanos, como en el caso argentino, donde la pena de cadena perpetua en realidad no es ilimitada, esto es, intemporal, pues como dispuso la Ley N.º 24660, el reo condenado a cadena perpetua goza de libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semilibertad que pueden obtenerse a los quince años de internamiento. Incluso, puede considerarse la edad del condenado como uno de los factores importantes al momento de establecer los límites temporales.

194. En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos tempora-

les de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias.

c) Proporcionalidad de las penas

Exp. N.º 0010-2002-AI/TC [Acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los decretos leyes que regulan el delito de terrorismo y traición a la patria]. Fecha de resolución: 3 de enero de 2003. Fecha de publicación: 4 de enero de 2004. Fundamentos jurídicos: 178-194.

XII. Proporcionalidad de las penas.

195. El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona.

196. Sin embargo, el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena.

En el presente caso, se ha cuestionado la desproporcionalidad de las penas establecidas en el Decreto Ley N.º 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira so-

bre uno de los ámbitos de la determinación de la pena. En concreto, sobre la denominada «determinación legal».

197. En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que «la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)».

198. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador junto los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución.

199. Corresponde al ámbito del legislador, al momento de determinar las penas, evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena. Mientras que a dicho órgano le corresponde evaluar los elementos y circunstancias antes señaladas y de conformidad con ellas, establecer, entre otros supuestos, las penas aplicables para determinados delitos; al Tribunal Constitucional, en cambio, le corresponde indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por

tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma.

200. Los demandantes sostienen que son inconstitucionales las penas establecidas (y aunque no lo señalen expresamente, habría que entender que se trata de las previstas en el Decreto Ley N.º 25475), porque «existe una gran desproporción entre el hecho delictuoso y la sanción aplicada al agente responsable. Son penas draconianas» y que «sólo se han previsto penas privativas de libertad», excluyéndose las demás.

201. No comparte, desde luego, tal criterio este Tribunal Constitucional. En efecto, y conforme se ha adelantado en la primera parte de esta sentencia, al Tribunal Constitucional no le cabe duda que el Terrorismo constituye un delito muy grave, como también son muy graves los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que se afectan con su comisión, pues, sin importarle los medios, tiene la finalidad de afectar la vida, la libertad, la seguridad y la paz social, con el objeto de destruir el sistema constitucional.

202. Asimismo manifiestan, sostiene que no se ha establecido ni un máximo ni un mínimo de las penas previstas, por lo que el juzgador las aplica a su libre albedrío, sin tener en cuenta el grado de participación y la responsabilidad del procesado y tampoco las especificaciones contenidas en los artículos 45º y 46º del Código Penal y, dentro de ellas, los móviles que pueda tener el agente sentenciado.

Desde esta última perspectiva, dos son los aspectos que, en relación al tema propuesto, deben señalarse. En primer lugar, que hay que entender la impugnación planteada por los demandantes como referida a los artículos 2º, 3º, literales «b» y «c», 4º y 5º, del Decreto Ley N.º 25475, pues en los regulados por los artículos subsiguientes sí se han previsto límites máximos y mínimos de las penas. Y, en segun-

do lugar, que es inexacto que las disposiciones impugnadas no prevean un mínimo de pena, pues conforme se observa de todos y cada uno de los preceptos antes aludidos, allí se indican límites mínimos de pena.

203. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la cuestión es: ¿la ausencia de límites máximos es inconstitucional porque afecta el principio de proporcionalidad?

Naturalmente, la absolución de la interrogante en esos términos, parte de un dato previo; esto es, da por supuesto que no existe, como lo alegan los demandantes, un plazo máximo de penas que el juez debe aplicar.

204. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe advertir que, en efecto, en la actualidad no existe un plazo máximo de determinación de la pena. Pero esa inexistencia es sólo temporal, pues debe computarse a partir del día siguiente que este mismo Tribunal (Exp. N.º 005-2001-AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N.º 895, cuya Quinta Disposición Final modificó el artículo 29º del Código Penal, que señalaba que tratándose de las penas privativas de libertad temporales, éstas se extendían, con carácter general, entre dos días, como mínimo, a 35 años, como máximo.

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la inconstitucionalidad de los preceptos enunciados tiene un carácter temporal, esto es, que se originó a partir del día siguiente en que se publicó la sentencia en mención.

205. No obstante lo anterior, la inconstitucionalidad temporal advertida no está referida a lo que dichas disposiciones legales establecen, sino a la parte en que no prevén los plazos máximos de pena. Por ello, considera el Tribunal que, análogamente a lo que ha sostenido en cuanto al tratamiento de la pena de cadena perpetua, debe exhortarse al legislador para que, dentro de un plazo razonable, cumpla con prever plazos máximos de pena en cada una de la figuras típicas reguladas por los artículos 2º, 3º literales «b» y «c», 4º y 5º del Decreto N.º Ley 25475.

4.2 El hábeas corpus correctivo

a) HÁBEAS CORPUS CORRECTIVO: DEFINICION

Exp. N.º 590-2001-HC/TC [Abimael Guzmán Reynoso y otra]

fecha de resolución 22 de junio d 2001 fecha de publicación 3 de setiembre de 2001

EXP. N.º 590-2001-HC/TC

LIMA

ABIMAE GUZMÁN REYNOSO Y OTRA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, veintidós de junio de dos mil uno.

VISTO

El recurso extraordinario interpuesto por doña María Pantoja Sánchez y otros contra el auto expedido por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas sesenta, su fecha cuatro de diciembre de dos mil, que confirmando el apelado declaró improcedente la acción de hábeas corpus; y,

ATENDIENDO A

1. Que el argumento del rechazo *in limine* de la presente acción de garantía se sustenta en considerar que los hechos cuestionados conciernen a la ejecución de la condena judicial dictada, emitida por jurisdicción militar en proceso de competencia de la misma, precisando que la jurisdicción constitucional no está concebida para revisar aspectos que atañen a un proceso regular, por lo que las anomalías de éste deben resolverse dentro del mismo proceso.

2. Que, sin embargo, el objeto del presente proceso constitucional es que la autoridad jurisdiccional disponga que «cese el estado de incomunicación, aislamiento absoluto y perpetuo y sometimiento a condiciones de reclusión inhumanas, humillantes y degradantes, incompatibles con la persona humana», a las cuales estarían sometidos los beneficiarios. En tal sentido, no se cuestiona, como erróneamente se ha entendido en las instan-

cias del Poder Judicial, la sentencia condenatoria de los beneficiarios, sino las condiciones de reclusión bajo las que se encuentran. Por consiguiente, dado que la presente controversia no se plantea respecto a la regularidad o no del proceso en el que se expidió la citada sentencia, no es de aplicación lo previsto por el inciso 2) del artículo 6° de la Ley N.° 23506, no procediendo el rechazo *in limine* de la presente demanda; correspondiendo a este Tribunal Constitucional aplicar lo previsto por el segundo párrafo del artículo 42° de su Ley Orgánica, N.° 26435.

3. Que siendo el objeto del presente proceso constitucional que el órgano jurisdiccional disponga que «cesen las condiciones de reclusión ya expuestas» (fojas treinta y tres vuelta), se está ante la pretensión del denominado «hábeas corpus correctivo», que procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados. Así queda en claro que, aún cuando el artículo 12° de la Ley N.° 23506 no comprende como derechos susceptibles de ser protegidos los antes mencionados, ello no implica que se les deniegue protección, dado que el citado artículo tiene sólo carácter «enunciativo», con lo cual se debe entender que otros derechos que no estén comprendidos en el mismo, pero que tengan relación directa con el derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas privadas de su libertad o internadas, pueden ser protegidos a través del presente proceso constitucional. Por lo tanto, para el Tribunal Constitucional queda claramente establecido como principio de observancia obligatoria para jueces y tribunales, de conformidad con la Primera Disposición General de nuestra Ley Orgánica, que este tipo de hábeas corpus correctivo opera en todo ámbito, ya sea cuando la reclusión se cumpla en un establecimiento penitenciario común o en un penal militar; o el internamiento se efectúe en un establecimiento público o privado.

4. Que, por lo tanto, de conformidad con el artículo 13° de la Ley N.° 25358, Complementaria de la Acción de Hábeas Corpus y Amparo, aunque la privación de la libertad como consecuencia de una sentencia condenatoria no constituye una detención indebida, es indispensable en estos supuestos de hábeas corpus correctivo que el juez, al admitir la demanda, efectúe una investigación sumaria, con el único propósito de constatar *in situ* las condiciones de reclusión de los beneficiarios y tomar su declaración, así como de la autoridad emplazada para mejor resolver. En consecuencia, como principio de observancia obligatoria para jueces y tribunales, de conformidad con la Primera Disposición General de nuestra Ley Orgánica, debe considerarse que, ante la interposición de hábeas corpus del tipo correctivo, es necesario que el órgano jurisdiccional actúe la citada diligencia.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica;

RESUELVE

Declarar **NULA** la recurrida, insubsistente la apelada y **NULO** todo lo actuado; reponiéndose la causa al estado en que sea admitida la demanda y se tramite con arreglo a Ley. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

REY TERRY
NUGENT
DÍAZ VALVERDE
ACOSTA SÁNCHEZ
REVOREDO MARSANO
GARCÍA MARCELO

b) **RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA POR LA SALUD DE LOS INTERNOS**

Exp. N.° 1429-2002-HC/TC [Juan Islas Trinidad y otros]

fecha de resolución 19 de noviembre de 2002. fecha de publicación 11 de febrero de 2003.

EXP. N.º 1429-2002-HC/TC

LIMA

JUAN ISLAS TRINIDAD Y OTROS

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 19 días de Noviembre de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Presidente; Revoredo Marsano, Vicepresidenta; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Emiliano Álvarez Lazo y otros, a favor de don Juan Islas Trinidad y otros, contra la sentencia expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 172, su fecha 17 de enero de 2002, que declaró infundada la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Los accionantes, con fecha 25 de setiembre de 2001, interponen acción de hábeas corpus contra el Ministro de Justicia, don Fernando Olivera Vega, el Ministro del Interior, don Fernando Rospigliosi y el Jefe del Instituto Nacional Penitenciario, con el objeto de que se disponga el cese del aislamiento, incomunicación y las condiciones humillantes, degradantes e inhumanas de reclusión de treinta y cuatro internos trasladados al Establecimiento Penal de Challapalca, y se ordene su retorno a su lugar de origen, el Establecimiento Penal «Miguel Castro Castro» de Lima.

Afirman que los favorecidos, 34 internos del Pabellón IV del Penal de Yanamayo, en la madrugada del día viernes 21 de setiembre de 2001 fueron trasladados ilegalmente al Establecimiento Penal de Challapalca, en contravención de las sugerencias de la Defensoría del Pueblo y el Comité Internacional de la Cruz Roja, que recomendaron el cierre de dicho establecimiento penal, de mayor aislamiento y altura, por ser atentatorio de la salud de los

internos y los visitantes. Manifiestan que el Establecimiento Penal de Challapalca se encuentra a una altitud mayor a los 4650 metros sobre el nivel del mar, en un lugar bastante alejado de la residencia de los familiares de los internos y que sus condiciones de aislamiento del lugar y características climatológicas, lo hacen inadecuado para la sobrevivencia humana, constituyendo, así, un peligro para la salud de los internos y de sus familiares que, por lo general, son personas mayores de edad y tienen que trasladarse desde la ciudad de Lima. Refieren que esta medida tiene por finalidad aislarlos más de sus familiares y de la sociedad, en aplicación de un plan de aislamiento, aniquilamiento y genocidio iniciado por el anterior gobierno Asimismo, que el traslado se efectuó en medio de un operativo militar y policial que puso en riesgo sus vidas e integridad física y cuyas consecuencias son ocultadas, al extremo de no haberse permitido la presencia del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Defensoría del Pueblo y de negarse la visita de los familiares, quienes, los días sábado 22 y domingo 23 de setiembre del año pasado, acudieron al Establecimiento Penal de Challapalca y se les informó que los internos estaban incomunicados indefinidamente. Sostienen que el acto cuestionado evidencia la continuación del plan del ex Presidente Fujimori y del señor Montesinos, de aniquilamiento y genocidio contra los reclusos, expresados en encierro celular, incomunicación, aislamiento y sometimiento a condiciones de reclusión inhumanas, humillantes y degradantes, incompatibles con la dignidad de persona humana y que transgreden el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sostienen que parte del mencionado plan es la negación del derecho a la defensa de los demandantes debido a que se les mantiene incomunicados con sus abogados e, incluso, con sus familiares y que las características climáticas, aislamiento y lejanía del lugar, imposibilitan que los abogados tengan acceso al cuestionado establecimiento penal. Manifiestan también que el traslado se efectuó sin conocimiento previo de la Defensoría del Pueblo, del Comité Internacional de la

Cruz Roja y familiares de los internos, desconociéndose su estado salud y en qué condiciones fueron trasladados, extremo que, sostienen, debe verificarse a través de la presente acción, así como la situación de los objetos personales y de trabajo pertenecientes a los internos que permanecen en el Penal de Yanamayo. Manifiestan que estos hechos conculcan el derecho a la integridad personal de los 34 demandantes, reconocido por el artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Solicitan que se tome la declaración, además, del Delegado del Comité Internacional de la Cruz Roja, CON relación al estado de salud de los demandantes y del Defensor del Pueblo, respecto a las condiciones inadecuadas del Establecimiento Penal de Challapalca, que lo impulsaron a recomendar su cierre.

El Presidente del Consejo Nacional Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario, don Luis Javier Bustamante Rodríguez, por su parte, afirma que el traslado de los demandantes se realizó en mérito a la Resolución Directoral de la Dirección Regional Altiplano Puno N.° 159-2001-INPE-DRAP-D, de fecha 20 de septiembre de 2001, que, a su vez, se sustenta en el Acta del Consejo Técnico Penitenciario N.° 029-2001-EPY-CTP del Establecimiento Penal de Máxima Seguridad de Yanamayo, de fecha 20 de septiembre del mismo año. Manifiesta que en la citada Resolución Directoral se consigna que existe un deterioro significativo de la infraestructura del establecimiento penitenciario y que para efectuar las reparaciones correspondientes se hacía necesario el traslado de los internos a quienes, previamente, se les propuso trasladarlos en distintos grupos a los penales de Huancayo, Cajamarca e Ica, lo cual rehusaron. Señala que durante su salida del pabellón del establecimiento y su embarque en los vehículos que los llevaron, estuvieron presentes dos representantes del Ministerio Público y un médico legista invitados, con el propósito de cautelar el operativo y los derechos humanos de los demandantes. Sostiene que la razón por la que no se les permitió llevar consigo sus pertenencias fue para efectuar una requisa

en los ambientes que ocupaban de las armas hechizas manufacturadas (sic) y otros objetos no autorizados por el Reglamento, para posteriormente remitirlos. Afirma que no hay norma alguna que disponga que el Instituto Nacional Penitenciario deba consultar sus decisiones al Comité Internacional de la Cruz Roja o a la Defensoría del Pueblo. Refiere que el Establecimiento Penitenciario de Challapalca es un penal de máxima seguridad de construcción nueva, que cuenta con una clínica, áreas laborales y educativas y un equipo profesional multidisciplinario encargado del tratamiento, donde cada interno posee su propia celda; éstas cuentan con servicios higiénicos propios y no existe hacinamiento, además que se dispone de varios patios para actividades al aire libre. Enfatiza que los demandantes no se encuentran incomunicados, ya que pueden recibir visitas de sus abogados y representantes de organismos protectores de derechos humanos, como la Cruz Roja y la Defensoría del Pueblo, y que luego de que concluyan el periodo de treinta días de sanción disciplinaria impuesta por los destrozos que los internos ocasionaron, éstos podrán recibir visitas de sus familiares; asimismo, reitera que no se encuentran aislados, y que cada uno permanece en su celda unipersonal en cuatro alas de un mismo pabellón, con cama individual que dispone de colchón y cuatro frazadas. Manifiesta que ha presentado al despacho judicial diez fotografías que muestran los destrozos en el establecimiento de Yanamayo ocasionados por los demandantes, así como, entre otros documentos, el Informe N.° 085-01-XII-RPNP-EPY.SI del Jefe de Seguridad de dicho establecimiento, donde se indica el grado de deterioro del penal y se recomienda el traslado de los internos; asimismo, el acta de verificación y de recepción de los médicos de los establecimientos de Yanamayo y Challapalca, respectivamente. Afirma que los Ministros accionados no estuvieron presentes el día del traslado de los demandantes porque dicho acto es competencia de la Dirección Regional del INPE.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministro del Interior

manifiesta que el traslado de los demandantes se realizó en el ámbito de competencias del Director del Establecimiento Penal de Yanamayo y sus superiores, en ejercicio de sus atribuciones, como consecuencia de los actos ilícitos (sic) cometidos por los demandantes y que el informe que da cuenta de estos hechos, refiere que el establecimiento carcelario estaba dominado por los internos, situación que ponía en riesgo la seguridad integral de las instalaciones, de ellos mismos, de los funcionarios del INPE y de los funcionarios (sic) encargados de la custodia exterior del establecimiento.

La Procuradora Pública encargada de los asuntos judiciales del Ministerio de Justicia, por su parte, afirma que el traslado cuestionado se dispuso por decisión del INPE, que es el ente rector del sistema penitenciario nacional, de conformidad con el artículo 1° de su Reglamento de Organización y Funciones, Resolución Ministerial N.° 040-2001-JUS.

El Tercer Juzgado Especializado en Derecho Público de Lima, a fojas 126, con fecha 30 de octubre de 2001, declaró infundada la acción interpuesta por considerar que en la constatación realizada por el juez comisionado en el Establecimiento Penal de Challapalca, se verificó que los internos se hallan reclusos en condiciones normales, pues cuentan con los servicios básicos para su subsistencia y que no existe queja por maltrato o tortura contra el personal del INPE; asimismo, porque siendo potestad de la administración penitenciaria determinar el establecimiento penal donde se ubican los internos, de conformidad con la Resolución Directoral 159-2001-INPE-DRAP-D, ésta dispuso transitoriamente y por reordenamiento el mencionado traslado; y, finalmente, porque los demandantes no han sufrido deterioro de su salud ni se encuentran en condiciones humillantes, degradantes o inhumanas de reclusión, pues el Establecimiento Penal de Challapalca cumple las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N.° 003-2001-JUS.

La recurrida confirmó la apelada por considerar que el traslado de los demandantes se dispuso bajo la modalidad de reordenamiento, es decir, cuando la capaci-

dad de albergue de un establecimiento penitenciario es excedida por el número de internos, lo que pone en riesgo el régimen y la disciplina penitenciaria; en el caso, la infraestructura del establecimiento presentaba serias deficiencias que ponían en riesgo su seguridad, lo que hacía necesaria su refacción y el consiguiente traslado de los demandantes hasta la culminación de las obras. Asimismo, considera que se ha acreditado en los actuados que las condiciones de reclusión en las que se encuentran los demandantes no afectan sus derechos a la vida, a la integridad física y psicológica y a la salud.

FUNDAMENTOS

Hábeas corpus correctivo: objeto y alcances

1. En resolución recaída en el Exp. N.° 590-2001-HC/TC, se estableció el denominado hábeas corpus correctivo. Esta modalidad de hábeas corpus procede ante actos u omisiones que importen violación o amenaza, en principio, del derecho a la vida, a la salud, a la integridad y, de manera muy significativa, del derecho al trato digno y a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes.

Para este supremo intérprete de la Constitución queda claro que aun cuando el artículo 12° de la Ley N.° 23506 no comprende de manera expresa la protección de estos derechos, el carácter enunciativo del conjunto de derechos que pueden ser objeto de protección, de conformidad con el citado artículo 12°, posibilita o autoriza que derechos no comprendidos expresamente por éste puedan ser objeto de protección del proceso constitucional de hábeas corpus. Ello puede suceder tanto respecto de derechos directamente conexos con el de la libertad, así como respecto de derechos diferentes a la libertad, pero que su eventual lesión se genera, precisamente, como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual.

2. Tal es el caso de personas reclusas en ejecución de una pena privativa de la libertad o de personas detenidas como consecuencia de una medida cautelar de detención. Sin

embargo, también se extiende a aquellas situaciones diversas en las que también se verifica cierta restricción de la libertad debido a que se hallan bajo una especial relación de sujeción tuitiva. Es el caso, por ejemplo, de personas internadas sometidas a tratamiento en centros de rehabilitación o de estudiantes internados, ya sea en dependencias públicas o privadas.

En estos supuestos, la controversia radica en examinar si las condiciones de reclusión, detención o internamiento resultan lesivas de los derechos fundamentales o contrarias a los principios constitucionales. Si bien no es posible determinar *a priori* el derecho que pueda resultar implicado en tales casos, debe tenerse en cuenta que, en principio, el análisis debe centrarse en los derechos a la vida, a la integridad, a la salud, a no ser objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes, a la dignidad e, incluso, a la contravención de principios constitucionales que incidan negativamente en la situación de estas personas.

En los casos en que sufran lesión alguno de los derechos constitucionales antes mencionados, el denominado hábeas corpus correctivo es la vía idónea para la protección que corresponda.

Precisión de la controversia constitucional planteada

3. En atención a los hechos expuestos, este Tribunal Constitucional estima que la controversia planteada consiste en determinar si la reclusión de los demandantes en el Establecimiento Penal de Challapalca, dada su ubicación geográfica y las características climáticas de dicho lugar, afectan o no el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes y el derecho a la salud.

Derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes

4. De conformidad con el artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, «Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes». Asimismo, de conformidad con el artículo 7° del Pacto Internacional de Dere-

chos Civiles y Políticos « (...) Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (...)». Enunciado análogo hallamos en el artículo 5°, inciso 2), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que precisa, además, que «Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Finalmente, la Constitución Política del Estado establece en el artículo 2°, inciso 24), literal «f», *ab initio*, que «Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (...)». El reconocimiento de este derecho humano excede su dimensión estricta de derecho subjetivo y se proyecta, además, como un valor o principio constitucional objetivo del derecho penitenciario, en cuanto principio de humanidad de las penas, tal como lo establece el artículo 3° del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.° 654).

5. Las disposiciones citadas establecen conceptos cuya noción es preciso aclarar previamente. Aunque estrechamente vinculados, se debe diferenciar entre la tortura, el trato inhumano y el trato degradante.

La distinción entre la tortura y el trato inhumano o degradante deriva principalmente de la diferencia de intensidad del daño infligido (*Europe Court of Human Rights, Case of Ireland v. United Kingdom*, 18 de enero de 1978, parágrafo 164, párrafo 4°). «La tortura constituye una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes» (Resolución 3452 (XXX) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 9 diciembre de 1975; citado en la sentencia Irlanda contra Reino Unido, cit., párrafo 5°). El Tribunal Constitucional se ha manifestado en análoga línea de argumentación y con aplicación de las normas internacionales específicas en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0726-2002-HC/TC.

En el presente caso, sin embargo, la proscripción de la tortura no resulta relevante para la resolución de la controversia. En tal sentido, el análisis ulterior discurrirá en torno al derecho a no ser objeto de tratos inhumanos ni degradantes.

6. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con motivo de la interpretación del artículo 3º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece enunciado similar a los antes citados, ha sostenido, con relación al trato degradante, lo siguiente: «sería absurdo sostener que cualquier pena judicial, debido al aspecto humillante que ofrece de ordinario y casi inevitablemente, tiene una naturaleza degradante (...). Hay que complementar la interpretación (...); para que una pena sea «degradante» (...), la humillación o el envilecimiento que implica, tiene que alcanzar un nivel determinado y diferenciarse, en cualquier, caso, del elemento habitual de humillación (...)» y que «su constatación es, por la naturaleza de las cosas, relativa: ello depende de todas las circunstancias del caso y, en particular, de la naturaleza y el contexto de la misma pena y de la forma y método de su ejecución» (*Europe Court of Human Rights, Tyrer Case*, parágrafo N.º 30, último párrafo). En el caso mencionado se concluyó que el factor o elemento de humillación alcanzaba el nivel de «pena degradante». En tal sentido, de acuerdo con la interpretación del citado organismo jurisdiccional supranacional, se entiende como «trato degradante» «aquel que es susceptible de crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad capaces de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral». En este caso, colegimos que se habla de un trato que erosiona la autoestima y, más exactamente, de un trato incompatible con la dignidad de la persona: un trato indigno.

7. Dentro del concepto de «tratos inhumanos», identifican aquellos actos que «producen intensos sufrimientos y daños corporales, a veces de importancia», que, empero, no llegan al extremo de la tortura, pues «En las torturas se incluyen aquellos tratos inhumanos deliberados que producen sufrimientos graves y crueles, constituyendo la tortura una forma agravada y deliberada de penas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes». (Rivera Beiras, Iñaki; *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*, 1º ed., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p.

78). En la sentencia precitada, el Tribunal Europeo entiende que se está ante un trato inhumano cuando se infligen sufrimientos de especial gravedad o severidad. Es decir, «un mínimo» de gravedad o severidad del trato. Ahora bien, «(...) La apreciación de este mínimo es relativo por esencia; él depende del conjunto de circunstancias del caso, tales como la duración de la aflicción, sus efectos físicos o mentales y, a veces, del sexo, la edad y del estado de salud de la víctima, etc». (*Europe Court of Human Rights, Case of Ireland v. United Kingdom*, 18 de enero de 1978, párrafo N.º 162). Desde luego, según esto, conductas que, en principio, estarían en el ámbito de un trato inhumano, podrían devenir en una forma de tortura si los sufrimientos inflingidos alcanzan una mayor intensidad y crueldad.

En consecuencia, el trato inhumano se presenta siempre que se ocasione en la persona sufrimientos de especial intensidad; y se estará ante un trato degradante si la ejecución de la pena y las formas que ésta revista, traen consigo humillación o una sensación de envilecimiento de un nivel diferente y mayor al que ocasiona la sola imposición de una condena.

8. La relevancia de este derecho humano a efectos de resolver la presente controversia reside en que no es la pena en sí misma la que es objeto de cuestionamiento, sino las condiciones y la forma en que ésta se ejecuta. El Tribunal estima que no es, en principio, el derecho a no ser objeto de «tratos degradantes» la variable presuntamente lesionada, como tampoco el derecho a no ser objeto de «torturas». Considera que, dadas las características del acto presuntamente lesivo, la controversia planteada reside en la presunta afectación del derecho a no ser objeto de «tratos inhumanos».

9. La reclusión de los demandantes en el Establecimiento Penal de Challapalca no afecta el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos. En efecto, dicho establecimiento está ubicado a 4, 280 metros sobre el nivel del mar y, por lo tanto, está a menor altura que otros dos establecimientos penales ubicados en el Perú y de otros en la República de Bolivia.

Respecto al Establecimiento Penal de Yanamayo, su nivel es sólo 300 metros mayor. Las características climáticas son semejantes a zonas pobladas de muchos distritos andinos. Junto al Establecimiento Penal de Challapalca, además, está ubicado un cuartel del Ejército Peruano. La Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial ante el Congreso de la República 1996-1998, ha afirmado que las temperaturas excesivamente bajas de la zona donde se halla el establecimiento penal ponen en grave riesgo la salud humana. Sin embargo, esa afirmación es válida sólo para determinadas personas que no se adaptan a lugares ubicados en la Cordillera de los Andes.

10. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado que se inhabilite el Establecimiento de Challapalca y se traslade a las personas reclusas hacia otros establecimientos penitenciarios (*Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, Cap. IX, La situación penitenciaria*, párrafo N.º 24, recomendación N.º 12, junio, 2000); y la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial ante el Congreso de la República 1996-1998, ante el primer traslado de reclusos a dicho establecimiento, manifestó que éste debía ser cerrado e inhabilitado, posteriormente, en el Informe Defensorial N.º 29, *Derechos humanos y sistema penitenciario - Supervisión de derechos humanos de personas privadas de libertad 1998-2000, Lima 2000*, « se afirmó que (...) Las severas condiciones climáticas, la falta de medios de comunicación y su difícil ubicación que limitan el sistema de visitas colisionan con el principio de humanidad de las penas. Las bajas temperaturas durante el día y particularmente en la noche, junto a los prolongados periodos de encierro en sus celdas, afectan severamente la salud física y mental de los internos, así como del propio personal penitenciario encargado de la custodia del penal». Conclusiones análogas se encuentran en el Informe del Comité de las Naciones Unidas y el de un órgano no gubernamental como es la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos. Si bien ninguno de estos informes vinculan al Tribunal, sí con-

tribuyen a crear convicción sobre el hecho materia de controversia, debiéndose resaltar la convergencia del sentido de los citados informes.

11. De otra parte, la lejanía del establecimiento penal así como su ubicación en un lugar inhóspito y alejado de la ciudad, afecta el derecho a la visita familiar de los recursos sin el cual puede verse afectada la finalidad resocializadora y reeducadora de la pena, en clara contravención del principio constitucional del régimen penitenciario, enunciado en el artículo 139°, inciso 14), de la Norma Fundamental. Debe considerarse que cualquier acto, como el cuestionado, que, al margen de su intencionalidad, incida o repercuta en esferas subjetivas o derechos que no están restringidos, afecta el derecho y principio a la dignidad. La condición digna es consustancial a toda persona y el hecho de que esté restringido el derecho a la libertad como consecuencia de una sanción penal, por más abominable y execrable que haya sido el hecho que motivara su aplicación, nunca enervará o derogará el núcleo fundamental de la persona, su dignidad. Es en este sentido que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que en «los términos del artículo 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos» (Caso Neyra Alegría y otros, párrafo N.º 60). Por esto, cualquier restricción de algún derecho constitucional o de cualquier esfera subjetiva del interno, tendrá condicionada su validez constitucional a la observancia del principio de razonabilidad.

Considerando, además, la especial ubicación del Establecimiento Penitenciario de Challapalca, debe el Estado facilitar el acceso para la visita de los familiares de los reclusos, proporcionándoles la movilidad que es indispensable, con una periodicidad razonable.

Derecho a la salud

12. El artículo 7° de la Constitución Política del Estado establece que «(...) Todos tienen derecho a la protección de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa». La salud es entendida como «Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones», «Condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado», «Libertad o bien público o particular de cada uno» (*Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 22ª edición, 2002). Puede considerarse, entonces, como la facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo.

13. Así las cosas, el derecho a la salud se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado. Implica, por consiguiente, el deber de que nadie, ni el Estado ni un particular, lo afecte o menoscabe. Hay, desde tal perspectiva, la proyección de la salud como un típico derecho reaccional o de abstención, de incidir en su esfera. Pero también, como en la mayoría de derechos constitucionales, el de la salud presenta una dimensión positiva que lo configura como un típico derecho «prestacional», vale decir, un derecho cuya satisfacción requiere acciones prestacionales. Esta dimensión del derecho se manifiesta con especial énfasis en el artículo 12° del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.

14. Si bien el derecho a la salud no está contenido en el capítulo de derechos fundamentales, su inescindible conexión con el derecho a la vida (art. 2°), a la integridad (art. 2°) y el principio de dignidad (art. 1° y 3°), lo configuran como un derecho fundamental indiscutible, pues, constituye «condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo» (art. I, Título Preliminar de la Ley N.º 26842, General de Salud). Por ello, deviene en condición necesaria del propio ejercicio del derecho a la vida y, en particular, a la vida digna. De otra parte, siempre que el derecho a la integridad resulte lesionado o amenazado, lo estará también el derecho

a la salud, en alguna medida. Sin embargo, son también posibles supuestos en que se afecte de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. La salud resulta un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que incide en mayor o menor medida en la vida del individuo, dependiendo de sus condiciones de adaptación. Teniendo como base esta apreciación gradual de la salud, la protección del derecho a la salud importa la tutela de un mínimo vital, fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal o un grave deterioro de ésta.

Debe tenerse presente que la vida no es un concepto circunscrito a la idea restrictiva de peligro de muerte, sino que se consolida como un concepto más amplio que la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. Por esta razón, es indispensable la consideración de la vida en dignidad que, en este caso, se manifiesta como vida saludable.

15. Se trata, ahora, de abordar el derecho a la salud, en particular de las personas que se hallan privadas de su libertad. El derecho a la salud constituye uno de los derechos constitucionales de mayor importancia, ya que se vincula estrechamente a otros derechos constitucionales como el derecho a la vida, a la integridad física y al propio principio de dignidad. Desde luego, la privación de la libertad no implica, en absoluto, la suspensión o restricción de otros derechos, en particular del derecho a la salud. En cuanto derecho constitucional, la salud de las personas reclusas es también una facultad vinculante al Estado. Por esta razón, el artículo 76° del Código de Ejecución Penal (Decreto Legislativo N.º 654) ha establecido que «El interno tiene derecho a alcanzar, mantener o recuperar el bienestar físico y mental. La Administración Penitenciaria proveerá lo necesario para el desarrollo de las acciones de prevención, promoción y recuperación de la salud».

Por lo tanto, los reclusos, como en el caso de los demandantes, tienen un derecho constitucional a la salud al igual que cualquier per-

sona. Pero, en este caso, es el Estado el que asume la responsabilidad por la salud de los internos; hay, pues, un deber de no exponerlos a situaciones que pudieran comprometer o afectar su salud. Por esta razón, el Instituto Nacional Penitenciario, como sector de la administración competente de la dirección y administración del sistema penitenciario y, en particular la Dirección Regional de Puno, son responsables de todo acto que pudiera poner en riesgo la salud de los demandantes y debe, en consecuencia, proporcionar una adecuada y oportuna atención médica. Asimismo, ante esta situación, el Estado debe tomar las acciones apropiadas para el cese de la situación peligrosa, la que exige, en principio, el traslado inmediato de los internos cuyo precario estado de salud, clínicamente comprobado, no permita que continúen en el centro penitenciario en el que se encuentran reclusos.

La facultad de traslado de internos

16. La resolución por la cual se dispone el traslado de los demandantes invoca la Directiva N.º 002-2001-INPE/OGT, que establece en el Punto A.4 la facultad de traslado de los internos «por reordenamiento», en el supuesto de que «la capacidad de albergue de un Establecimiento Penitenciario es excedida por el número de internos que actualmente presenta dicho Establecimiento, poniendo en riesgo el régimen y disciplina penitenciaria». Antes de evaluar el mérito de este acto administrativo en función de los derechos y principios constitucionales, es menester analizar el asunto relativo a la propia directiva en cuanto fuente normativa sustentatoria del acto administrativo de traslado. Las directivas constituyen disposiciones a través de las cuales la administración establece procedimientos específicos para el mejor cumplimiento de las funciones que la propia ley les ha asignado. Sin embargo, dos aspectos deben tenerse en cuenta respecto a su validez. El primero, es que, por su propia naturaleza, se hallan estrictamente enmarcadas dentro de la ley y el reglamento. Están vinculadas al principio de legalidad. Pero, además, no pueden regular materia relativa a derechos constitucionales. Aquí, el principio de reserva de

ley impone que cualquier disposición que tenga por objeto directo la regulación de derechos constitucionales o que, aun cuando de manera indirecta, incida en ella, debe ser objeto exclusivo y excluyente de ley, mas no de fuentes normativas de jerarquía inferior.

17. Planteado en estos términos, la mencionada directiva, al establecer las causales y la autoridad competente para el procedimiento de traslado de los internos de establecimientos penales, no ha infringido ningún principio constitucional, porque estos aspectos no inciden directamente en los derechos de las personas reclusas en un establecimiento penal y en los principios constitucionales del régimen penitenciario. Como consecuencia de lo anterior, el acto administrativo cuestionado no ha significado, en la práctica, un acto *extra legem* y, por consiguiente, ilegal y viciado de nulidad. Por esta razón, carece de sentido evaluar si el acto administrativo que dispuso el traslado respetó o no el principio de razonabilidad en cuanto límite y parámetro de la validez constitucional de las potestades administrativas.

18. Los medios probatorios dispuestos por este Colegiado en uso de la facultad que le confiere el artículo 57º de su Ley Orgánica (N.º 26435) y los argumentos expuestos por los demandados ratifican los hechos evaluados anteriormente.

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, confirmando la apelada, declaró infundada la acción de hábeas corpus; y, reformándola, la declara **FUNDADA** en parte. Ordena, en consecuencia, que el Instituto Nacional Penitenciario traslade a los reclusos cuyo precario estado de salud, clínicamente comprobado por la entidad oficial pertinente, no permita que continúen en el Centro Penitenciario de Challapalca, a cualquier otro establecimiento penal del Estado, con intervención del representante del Ministerio Público; y que al resto

de población penal se le proporcione adecuada atención médica y facilite el transporte de los familiares, cuando menos con periodicidad quincenal. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGROYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

c). HABEAS CORPUS CORRECTIVO:
CONSTTACION IN SITU

Exp. N° 2333-2004-HC/TC [Natalia Foronda Crespo y otras]

fecha de resolución: 12 de agosto de 2004. fecha de publicación: 29 de octubre de 2004.

EXP. N.° 2333-2004-HC/TC

CALLAO

NATALIA FORONDA CRESPO Y OTRAS

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

Lima, 12 de agosto de 2004

VISTO

El recurso extraordinario interpuesto por doña Natalia Foronda Crespo, doña Mónica Pérez Pérez y doña Verónica Bols contra la resolución de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, de fojas 196, su fecha 31 de marzo de 2004, que, confirmando la apelada, declara infundada la acción de hábeas corpus de autos; y,

ATENDIENDO A

1. DELIMITACIÓN DEL PEDIDO DE TUTELA CONSTITUCIONAL

Que, con fecha 16 de febrero de 2004, las recurrentes interponen acción de hábeas corpus contra el Ministro de Justicia, don Fausto Alvarado Dodero; el Presidente del Consejo Nacional Penitenciario del Instituto Nacio-

nal Penitenciario, don Javier Bustamante Rodríguez; la señora Directora del Establecimiento Penitenciario para Mujeres de Régimen Cerrado Ordinario de Chorrillos-Santa Mónica, doña María Eugenia Jaén; la señora Jefa de la Oficina de Tratamiento Técnico, doña Ana Ledesma; las señoras Alcaldes del Establecimiento Penitenciario para Mujeres de Régimen Cerrado Ordinario de Chorrillos-Santa Mónica, doña «Yolanda» y doña «Mari-sol Alegría»; y los que resulten responsables, con el objeto que cesen las conductas institucionales presuntamente cometidas en agravio de las recurrentes, consistentes en:

a) Vulnerar su derecho a no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes en el centro de reclusión carcelaria.

b) Vulnerar su derecho a no ser violentadas para obtener declaraciones.

c) Vulnerar su derecho a ser asistidas por un abogado defensor de su elección.

d) Amenazar su derecho a formular peticiones y reclamos ante la autoridad competente.

e) Vulnerar la prohibición constitucional de tratos inhumanos al ejecutar sanciones como el «aislamiento» o el «calabozo».

f) Transgredir los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación que debe cumplir toda pena.

2. EL PEDIDO DE TUTELA DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL Y LA PROSCRIPCIÓN DE TODA FORMA DE VIOLENCIA: ASPECTOS GENERALES

Que, en virtud de la particular importancia que reviste en nuestro país la defensa del derecho a la integridad personal y la proscripción de toda forma de violencia física, psíquica y moral sobre las personas, este Colegiado, en aras de orientar las futuras demandas de tutela sobre dicha materia, así como de encuadrar doctrinaria y preventivamente su tratamiento jurisprudencial, considera que, antes de pronunciarse sobre el caso de autos, debe exponer lo siguiente:

El derecho a la integridad personal se

encuentra consagrado en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política vigente.

En puridad se trata de un atributo indeliblemente vinculado con la dignidad de la persona, y con los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar.

El reconocimiento de su importancia es tal, que obligó al legislador constituyente no sólo a establecer su protección a través de lo dispuesto en el referido precepto, sino también, adicionalmente, a ratificarlo tuitivamente a través de lo dispuesto en el apartado h) del numeral 23 del artículo 2° de la Constitución; el cual, textualmente, señala que toda persona tiene derecho: «A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:

h) Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurrir en responsabilidad».

En efecto, la dignidad importa el reconocimiento del derecho irrefragable a un determinado modo de existir.

En ese contexto, el ser humano es, per se, portador de estima, custodia y apoyo heterónomo para su realización acorde con su condición humana, de allí que la defensa de su integridad forme parte de la dimensión vital de la persona y, que, por ende, la Constitución le reserve deferente tutela y vocación tuitiva.

Enrique Álvarez Conde [Curso de Derecho Constitucional. Vol. I. Madrid: Tecnos. 1999, Pág. 334] enfatiza que el derecho a la vida se prolonga en el derecho a la integridad física y moral. En efecto, el reconocimiento y defensa que el texto constitucional consagra a la vida humana, no supone llana y elementalmente la constitucionalización del derecho a la mera existencia, sino que abarca la responsabilidad de asegurar que ésta se despliegue con dignidad. Por ende, necesita

y exige condiciones mínimas, entre las cuales ocupa lugar preferente el resguardo de la integridad humana en sentido lato.

Asimismo, el derecho a la integridad personal tiene implicación con el derecho a la salud, en la medida que esta última tiene como objeto el normal desenvolvimiento de las funciones biológicas y psicológicas del ser humano; deviniendo, así, en una condición indispensable para el desarrollo existencial y en un medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo.

Igualmente, el derecho a la integridad personal se entronca con el derecho a la seguridad personal, puesto que supone la convicción y certeza del respeto de uno mismo por parte de los demás, en tanto se ejercita un derecho y se cumple con los deberes jurídicos. En efecto, la seguridad personal representa la garantía que el poder público ofrece frente a las posibles amenazas por parte de terceros de lesionar la indemnidad de la persona o desvanecer la sensación de tranquilidad y sosiego psíquico y moral que debe acompañar la vida coexistencial.

El derecho a la integridad personal reconoce el atributo a no ser sometido o a no autoinflingirse medidas o tratamientos susceptibles de anular, modificar o lacerar la voluntad, las ideas, pensamientos, sentimientos o el uso pleno de las facultades corpóreas.

El reconocimiento de la indemnidad humana, in totum, se expresa, como regla general, en la no privación de ninguna parte de su ser. Por ende, proscribida toda conducta que inflinja un trato que menoscabe el cuerpo o el espíritu del hombre.

El inciso 1 del artículo 2° de la Constitución direcciona conceptualmente la integridad en tres planos: físico, psíquico y moral. Al respecto, veamos lo siguiente:

2.1. La integridad física

La integridad física presupone el derecho a conservar la estructura orgánica del ser humano; y, por ende, a preservar la forma, disposición y funcionamiento de los órganos del cuerpo humano y, en general, la

salud del cuerpo.

La afectación de la integridad física se produce cuando se generan incapacidades, deformaciones, mutilaciones, perturbaciones o alteraciones funcionales, enfermedades corpóreas, etc.

En ese orden de ideas, el apartado h) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prohíbe toda forma de violencia física.

La indemnidad corporal está sujeta, como regla general, al principio de irrenunciabilidad; vale decir, que la Constitución no avala ni permite las limitaciones físicas voluntarias, salvo casos excepcionales. En ese sentido, la persona tiene la responsabilidad de mantener incólume su integridad y, por consiguiente, de no atentar contra su propia estructura corpórea.

Los actos de disposición del cuerpo sólo son admisibles cuando surge una exigencia ante un estado de necesidad, una razón médica o motivos de humanitarismo (pérdida de un miembro u órgano para salvar el resto de la estructura corpórea, una gangrena o la donación de un órgano para preservar una vida ajena).

Al respecto, el artículo 6° del Código Civil –precepto que complementa el mandato constitucional– prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionan una disminución permanente del mismo o, en todo caso, cuando sean contrarios al orden público o a la buenas costumbres.

En virtud de ello, la persona sólo puede disponer de aquellas partes de su cuerpo que, al ser despojadas o separadas, no ocasionen una disminución permanente de su integridad física. Por ende, cabe la posibilidad de que la persona pueda ceder todas aquellas partes, sustancias o tejidos que se regeneren, siempre que ello no atente gravemente contra su salud o ponga en peligro su vida; tales los casos del corte del cabello, la donación de sangre, etc. Dicha postura tiene como base y fundamento el histórico caso de Paolo Salvatori (Nápoles, 1930), en el cual éste fue objeto de una intervención quirúrgica de cedencia de testículo a favor de Vittorio La Pegna. Allí el Tribunal de Nápoles fijó el crite-

rio de que, con dicha disposición del cuerpo, no se había ocasionado ninguna disminución grave.

Asimismo, el artículo 7° del Código Civil autoriza expresamente la facultad de donar partes del cuerpo o de órganos o de tejidos; empero, precisa que dicha cesión no deberá perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante.

El consentimiento del donante debe ser expreso y por escrito, además de ser libre, sin coacción ni fraude. Añádase que la autorización debe sustentarse en la previa y adecuada información acerca de la naturaleza del acto quirúrgico a practicarse sobre él, sus consecuencias y riesgos.

2.2. La integridad moral

El derecho a la integridad moral defiende los fundamentos del obrar de una persona en el plano de la existencia y coexistencia social.

Dichos fundamentos manifiestan el conjunto de obligaciones elementales y primarias que el ser humano se fija por mandato de su propia conciencia, y los condicionamientos que ella recibe a través de la educación y cultura de su entorno.

Néstor Pedro Sagiús [Elementos de Derecho Constitucional. Tomo II. Buenos Aires: Astrea, 2003, pág. 331] expone que el referido derecho asegura el respeto al desarrollo de la vida personal de conformidad con el cuadro de valores que se derivan de la libertad de conciencia.

En efecto, la integridad moral se liga inescindiblemente al atributo de desarrollar la personalidad y el proyecto de vida en comunidad conforme a la convicción personal (religión, política, cultura, etc.).

Debe aclararse que la integridad moral no implica la idea de algo extraño o superior a la persona para reconocer su existencia y defender su intangibilidad, ya que se funda en el libre albedrío. Empero, es obvio que estos fundamentos, en caso del obrar, no deben colisionar con el orden público.

En ese orden de ideas, el apartado h) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución

prohíbe toda forma de violencia moral contra una persona.

2.3. La integridad psíquica

El derecho a la integridad psíquica se expresa en la preservación de las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. Por consiguiente, asegura el respeto de los componentes psicológicos y discursivos de una persona, tales como su forma de ser, su personalidad, su carácter, así como su temperamento y lucidez para conocer y enjuiciar el mundo interior y exterior del ser humano.

En ese sentido, se considera como un atentado contra este derecho la utilización de procedimientos médicos como el llamado «suero de la verdad», que supone la aplicación de soluciones líquidas para explorar, sin expresión de voluntad, el campo del subconsciente. Asimismo, se encuentran proscritos los denominados «lavados de cerebro» o las hipnosis realizadas por vía compulsiva o no avaladas por el libre albedrío.

En la jurisprudencia son recurrentes los actos de afectación psíquica en el ámbito educativo como consecuencia de ciertas medidas correctivas a los educandos (ofensa verbal, prohibiciones de ingreso y salida del recinto escolar, etc.); así como aquellos que aparecen en el ámbito familiar (manipulaciones para el goce del régimen de visitas, retardo no justificado de las prestaciones alimentarias, etc.).

En ese orden de ideas, el apartado h) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prohíbe toda forma de violencia psíquica contra una persona.

2.4. El derecho a la integridad personal y la experimentación científica

Los continuos conflictos entre la defensa del derecho arriba invocado y los trabajos de prueba y examen de las condiciones o propiedades de la psiche y soma de una persona, tendientes a alcanzar un grado de conocimiento mediante la utilización de un método, han motivado una respuesta desde el campo del derecho y la propia ciencia médica.

El Tribunal Constitucional Español, ha

expresado, mediante STC N.º 37/190 –posición que este Colegiado comparte– que la experimentación sobre seres humanos llevada a cabo con desconocimiento o no autorización del sujeto constituye un atentado contra la integridad personal. Asimismo, la Asociación Médica Mundial aprobó en 1964 la denominada «Carta de Experimentaciones Humanas de Helsinki» (Suecia), consignando los requisitos necesarios para llevar a cabo tal cometido. Entre ellos aparece el principio de exclusión de toda forma de experimentación sobre el ser humano, o el que la persona sujeta a alguna prueba científica no hubiere previamente dado su consentimiento en forma libre y expresa.

Tales exigencias se justifican a raíz de las prácticas encubiertas con los presos de raza negra del Estado de Alabama, llevadas a cabo por el Servicio Estatal de Salud Pública desde los años 1932 a 1942, a efectos de encontrar una vacuna contra la sífilis, o las efectuadas en el período más cruento del III Reich (1939-1945) contra los judíos en los campos de concentración, con el propósito de ahondar en el campo de la genética.

2.5. La integridad personal y los medios de prueba judicial

A la luz de la doctrina de los derechos fundamentales, Marcelo Eduardo Riquert y Eduardo Pablo Jiménez [Teoría de la Pena y Derechos Humanos. Buenos Aires: Ediar, 1998, Pág. 175] exponen que, en aras de impedir los abusos en la obtención a cualquier costo de los medios probatorios: «[...] se hace necesario establecer la inadmisibilidad judicial de la prueba obtenida en forma ilícita» (v.g., mediante la violencia física, psíquica o moral).

Así, Enrique Ruiz Vodillo [La Sociedad y el mundo penitenciario (la protección de los derechos fundamentales en la cárcel). En Revista Eguzkilore, N.º 4. San Sebastián. 1990, Pág. 1723] sostiene que el problema del proceso penal no consiste en sólo conocer la verdad material, sino que ésta debe ser obtenida con el respeto de un procedimiento legítimo compatible con los principios rectores y cautelados en los derechos fundamentales.

De allí que sólo cuando esta compatibilidad se encuentre asegurada, cabrá afirmar que dicha verdad es jurídicamente válida.

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos (Exp. N.º 010-2002-AI/TC de fecha 3 de enero de 2003): «Como todo derecho constitucional, el de la prueba se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivados tanto de la necesidad de que sean armonizados en ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión (...)».

En términos generales, el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho.

Al respecto, el apartado h del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución prescribe el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato. Esta facultad tiene como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas. El funcionario estatal que emplee la violencia injustificada incurre en la comisión de ilícito justiciable penalmente.

2.6. El derecho a la integridad personal y las personas privadas de la libertad

El apartado h del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, ab initio, preceptúa que «Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes [...]»

Este derecho tiene singular relevancia para aquellas personas que, por razones de una detención policial u orden judicial de internamiento, ya de por sí sufren algún grado de penuria avalada por la ley.

La tortura se encuentra definida en el artículo 1º de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de fecha 10 de diciembre de 1984, como un ilícito consistente en una acción destinada a infligir deliberada e intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos de cualquier naturaleza, con el objetivo de alcanzar alguno de los resultados siguientes:

- a) Obtener información sobre la propia persona o de un tercero, dentro del contexto de una investigación policial.
- b) Obtener la confesión de la propia persona dentro del contexto de una investigación policial.
- c) Asignar un castigo o punición criminal.
- d) Intimidar moral o psicológicamente a la propia persona o a terceros observantes o conocedores de tal acción.

Tal como refiere la Resolución N.º 3452, acordada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de fecha 9 de diciembre de 1975, «(...) la tortura constituye una forma agravada y deliberada de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

Dicha práctica sólo puede ser cometida por un operador estatal o por un particular bajo la investigación, consentimiento o aquiescencia de aquél.

Rogelio Moreno Rodríguez [Diccionario de Ciencias Penales. Buenos Aires: Ad hoc, 2001] precisa que no debe considerarse como tortura: «(...) los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes a éstas».

Ahora bien, a efectos de distinguir la tortura de los tratos inhumanos o humillantes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció, en el caso Irlanda vs. Reino Unido [sentencia de fecha 18 de enero de 1978] que la tortura se distingue esencialmente por la intensidad del daño que se causa a la víctima; es decir, tiene como notas distintivas el infligimiento de sufrimientos de especial gravedad o severidad y crueldad; así como el

grado de lesión que deja como secuela.

Ahora bien, la determinación de una acción calificada como tortura debe ser apreciada conforme al conjunto de circunstancias que rodea cada caso en particular; v.g., la duración de la aflicción, el sexo, la edad, el estado de salud de la víctima, etc. Del resultado del análisis de todo ello se establecerá el mayor grado de intensidad y crueldad connotativa.

Con relación a los tratos inhumanos, degradantes o humillantes, la acción lesiva, en este caso, mancilla la dignidad de una persona; es decir, menoscaba la condición humana de la víctima, creando en ella sentimientos de temor, angustia e inferioridad, ello con el fin de envilecerla y quebrantar su capacidad de natural resistencia física, psíquica o moral.

Así, en el ya citado caso de Irlanda vs. Reino Unido, la Corte Europea de Derechos Humanos calificó que las técnicas de interrogatorio ejecutadas contra un grupo de detenidos perteneciente al IRA [taparles el rostro, colocarlos de pie contra la pared, privarlos de sueño o alimentos] configuraban actos propios de un trato inhumano o degradante. A lo expuesto cabe agregar otras situaciones, tales como ubicar a los detenidos en celdas insalubres, mofarse de sus defectos físicos o de sus fracasos personales, exponerlos morbosamente a la crítica pública, etc.

En el caso específico de las personas privadas por mandato judicial de su ius locomotor, se trata de una humillación o sensación de envilecimiento diferente al que ocasiona, per se, una sentencia condenatoria en materia penal o un auto de detención preventiva. Por ende, la cuestión radica en las condiciones y la forma cómo se ejecutan dichas decisiones judiciales.

Al respecto, este Colegiado ya ha expuesto su punto de vista, concordante con dicha línea jurisprudencial supranacional, en los casos Challapalca (Expediente N.º 1429-2002-HC/TC) y Alejandro Rodríguez Medrano (Expediente N.º 0726-2002-HC/TC).

3. EL PEDIDO DE TUTELA DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

Y LA VÍA DE LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS.

Que la inescindible vinculación entre el derecho a la integridad personal y la proscripción de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, ha sido correctamente advertida por el legislador del Código Procesal Constitucional, al haber recogido ambos supuestos en el inciso 1 de su artículo 25º, que enumera los derechos protegidos por el proceso de hábeas corpus.

Debe precisarse que Ley N.º 23506, a diferencia del Código Procesal Constitucional, no consigna expresamente el derecho a la integridad personal entre los derechos protegidos por el proceso de hábeas corpus, lo cual si bien resulta impropio, no significa un obstáculo para su protección jurisdiccional a través de dicha garantía, tanto por la condición meramente enunciativa de los derechos enumerados en el artículo 12º de la referida Ley (condición que, por cierto, mantiene la enumeración de los derechos previstos en el artículo 25º del Código Procesal Constitucional), como por el hecho de que, jurisprudencial y doctrinalmente, pronto se comprendió que dada la naturaleza del derecho a la integridad personal, la acción de hábeas corpus es instrumento procesal idóneo para su protección. En efecto, tal como sostiene Néstor Pedro Sagües, [Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus, Buenos Aires: Astrea, 1988, Pág. 143], el hábeas corpus: «(...) en su origen histórico surge como remedio contra una detención. Sin arresto, el hábeas corpus parecería no tener razón de ser; ya que es un remedio, precisamente, contra aprehensiones ilegales. Su meta natural, por lo demás estriba en disponer una libertad. Sin embargo, el desarrollo posterior del instituto [...] ha hecho proyectarse hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él». De ahí que se reconozca que: «algunas figuras del hábeas corpus [...] abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos -constitucionales también- aunque de índole distinta». Tal es el caso, sin duda, del derecho a la integridad personal.

Al respecto, en la Opinión Consultiva OC-9/87 N.º 29, la Corte Interamericana de Derechos Humanos justificó y convalidó la ampliación de los contornos del hábeas corpus, al manifestar que: «(...) es esencial la función que cumple el hábeas corpus como medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes».

El Tribunal Constitucional ya ha establecido jurisprudencialmente la protección del derecho a la integridad personal a través de la vía de la acción de hábeas corpus.

Así, en el caso Abimael Guzmán Reynoso (Expediente N.º 590-2001-HC/TC) señaló que: «(...) siendo el objeto del presente proceso constitucional que el órgano jurisdiccional disponga que cesen las condiciones de reclusión ya expuestas [...], se está ante la pretensión del denominado 'hábeas corpus correctivo', que procede ante la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados. Así queda en claro que, aun cuando el artículo 12º de la Ley N.º 23506 no comprende como susceptibles de ser protegidos los antes mencionados, ello no implica que se les deniegue protección, dado que el citado artículo tiene sólo carácter 'enunciativo (...)».

A mayor abundamiento, en el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca [Expediente N.º 2663-2003-HC/TC] se consignaron los ocho tipos de hábeas corpus que este Colegiado reconoce como admisibles a trámite y, específicamente, en cuanto al hábeas corpus correctivo, estableció que dicha modalidad «(...) es usada cuando se producen actos de agravamiento ilegal o arbitrario respecto a las formas o condiciones en que se cumplen penas privativas de la libertad. Por ende, su fin es resguardar a la persona de

tratamientos carentes de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ha determinado cumplir un mandato de detención o de pena».

4. EL PETITORIO: CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS

Que el presente caso, y conforme se aprecia de los hechos cuestionados, el hábeas corpus interpuesto asume el carácter de correctivo. Como tal, requiere necesariamente, conforme lo ha establecido este Colegiado en la resolución recaída en el caso Abimael Guzmán Reynoso (Expediente N.º 590-2001-HC/TC), que el juez, tras haber admitido la demanda, efectúe una investigación sumaria con el propósito de constatar, in situ, las condiciones de reclusión de las recurrentes, así como tomar su declaración y la de la autoridad o autoridades emplazadas a efectos de mejor resolver. Tal diligencia tiene carácter obligatorio y asume, como inmediatamente se verá, características especiales, por la naturaleza de los hechos denunciados.

LA ACTUACIÓN JUDICIAL

4.1 Que aunque de los actuados se aprecia que el juez penal que conoce del presente proceso se constituyó al Centro Penitenciario de Mujeres de Chorrillos con la finalidad de tomar el dicho de las recurrentes así como de las autoridades penitenciarias emplazadas, no se ha cumplido con verificar en forma adecuada o suficientemente precisa los hechos que se alegan como presuntamente acontecidos. Sobre dicho extremo, conviene puntualizar que la constatación in situ que impone como regla todo hábeas corpus correctivo, no puede interpretarse como la presencia meramente formal del juez en el lugar donde se tiene reclusa a una persona y la sola toma de dicho de las partes involucradas. Tal diligencia supone que, según las características de los hechos reclamados, el juez deberá verificar directamente la existencia de los hechos denunciados o, en su caso, disponer la comparecencia de personal especializado que pueda contribuir a la determinación exacta de los hechos susceptibles de investigación. Si se trata, por ejemplo, de actos de tortura física o maltrato psíquico, deberá disponer, según sea

el caso, la presencia de personal médico o psiquiátrico que participe en la citada diligencia. Por otra parte, y en lo que respecta a la toma de dicho, el interrogatorio deberá circunscribirse a la dilucidación de los hechos denunciados, prescindiendo de temas colaterales o de los que resulten irrelevantes para resolver el fondo de la controversia.

4.2 Que si lo que la recurrente Natalia Foronda Crespo ha denunciado es maltrato psicológico, el tema no podrá dilucidarse desde la sola perspectiva de un interrogatorio, tanto más cuando, como lo reconocen diversas internas (declaraciones de fojas 86 a 87, fojas 91-92) e incluso, las propias autoridades emplazadas (declaraciones de fojas 103 a 106), la misma sufre de alteraciones psiquiátricas, motivo por el que ya ha sido evacuada en una oportunidad al Hospital Larco Herrera, requiriendo incluso, y como lo reconoce la propia Jefatura de Seguridad Interna del Establecimiento Penitenciario de Mujeres de Chorrillos, de tratamiento especializado permanente, según aparece de la instrumental de fojas 112 y 113 de los autos. En tales circunstancias, resulta imperativo determinar su real estado de salud mental y la necesidad de proseguir, o no, con el régimen carcelario al que se encuentra sometida.

4.3 Que por otra parte y en lo que respecta a la recurrente Verónica Bols, resulta igualmente insuficiente la sola toma de dicho que se le efectuó si se tiene que lo que alega es maltrato físico y psicológico, por el hecho de no haber recibido una atención médica oportuna a consecuencia de un accidente que sufrió, y el hecho de haberse impedido su tratamiento médico posterior, según aparece de las instrumentales de fojas 108 y 109 de los autos. En tales circunstancias, resulta evidente la necesidad de que sea personal médico el que determine el estado de salud de la citada agraviada y el tratamiento que, en su caso, debe corresponderle.

4.4 Que aunque los hechos alegados por la recurrente Mónica Pérez Pérez, referidos fundamentalmente a la restricción de la que viene siendo objeto para efectuar reclamos, no pueden acreditarse con su sola declara-

ción, resulta controversial, por decir lo menos, que el Juez no haya meritado dichas declaraciones en relación con las emitidas por la Jefe de Seguridad del Grupo Tres del Establecimiento Penal, doña Yolanda Reyna Vidalón Reyes (fojas 117 a 118), quien reconoce que las internas no pueden reunirse entre ellas, lo que impone la necesidad de determinar si pueden, o no, efectuar peticiones ante las autoridades del penal. El juzgador debió esclarecer dicho extremo, en atención a que lo que se está reclamando es una presunta vulneración del derecho de formular peticiones o reclamos ante la autoridad competente.

4.5 Que este Colegiado advierte que, así como no se ha realizado una diligencia de constatación compatible con las características que impone el reclamo formulado, tampoco se ha emitido, a nivel de primera instancia, una resolución que pueda considerarse mínima o elementalmente coherente con los fundamentos de ella.

En todo caso, es pertinente precisar que si el juzgado concluye en que resulta infundada la acción de hábeas corpus, supuestamente porque no se advierte vulneración de los derechos reclamados, no termina de entenderse por qué realiza una serie de recomendaciones, como que debe evaluarse de manera mucho más profunda a la interna doña Natalia Foronda, a efectos de que se determine su estado clínico y se disponga su transferencia a un lugar en el cual cumpla con los requerimientos exigidos por su estado de salud; o que se realice un mayor control de la cantidad de pastillas y fármacos recetados de acuerdo a la dosis prescrita para las reclusas que se encuentran bajo tratamiento médico; o de evitar el sometimiento de las internas a encierros u otro tipo de sanciones que signifiquen vulnerar sus derechos humanos.

En ese sentido, si el juzgador consideró que el régimen carcelario de las internas no presenta anomalía alguna y que no existe ninguna razón en sus reclamos, desestimando la demanda, evidentemente dichas recomendaciones están demás o simplemente care-

cerían de sentido.

4.6 Que este Colegiado estima que el juzgador ordinario (específicamente el de primera instancia) no ha cumplido en forma debida con las funciones que le encomiendan las leyes en el presente caso, y que ha preferido optar por una fórmula inmediateista y poco razonada antes que por un fallo ajustado a derecho. Lo dicho, por otra parte, se constata en el excursus utilizado en el Fundamento Octavo de la sentencia de primer grado, en el cual se sostiene que: «(...) el sistema penitenciario en nuestro país es deficiente por razones económicas» y que es dicha situación la que «(...) no permite tener medios especializados dentro de un penal», por lo que, que aunque «(...) se intenta ayudar a las internas en todo momento» no se puede «(...) concluir con todo ya que no hay capacidad tanto de personal como de dinero» para acciones como las reclamadas. Por consiguiente, «(...) las personas que dirigen el penal sólo cumplen sus funciones no pudiendo acudir a los pedidos de cada interna por la cantidad de ellas y por la falta de personal y, sobre todo, por las deficiencias económicas tal y como es sabido que presenta el órgano penitenciario así como todo el sistema económico en nuestro país».

4.7 Que aunque nadie discute la carencia de recursos de un sistema penitenciario como el nuestro, carece de todo sentido sustentar razonamientos de tal índole para justificar resoluciones desestimatorias como la señalada, cuando lo que está de por medio es el trato digno de las reclusas, que no por encontrarse privadas de su libertad pierden su dignidad y los derechos elementales que el ordenamiento está obligado a garantizarles, sin que pueda invocarse argumentos como los de la consabida y mal interpretada falencia economía.

Queda claro, entonces, que aunque este Tribunal no está planteando que hayan quedado acreditados los hechos alegados por las recurrentes, existen, sin embargo, razones suficientes para declarar que en el presente caso y por la forma cómo se ha llevado la citada diligencia de constatación, se ha producido el quebrantamiento de forma previsto en el segundo párrafo el artículo 42° de la Ley

Orgánica del Tribunal Constitucional –N.º 26435– debiéndose enmendar a la brevedad posible dicho vicio procesal, a fin de verificar, con todos los elementos necesarios si, en efecto, existen, o no, las condiciones de maltrato físico y psicológico en agravio de las recurrentes que se alegan en la demanda, y si, adicionalmente, se vienen afectando los restantes derechos constitucionales reclamados.

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

RESUELVE

Declarar NULAS la recurrida y la apelada, y NULO todo lo actuado desde fojas 86, a cuyo estado se repone la presenta causa con la finalidad de que el juez realice nuevamente y de manera inmediata la diligencia de constatación, de acuerdo a los criterios precisados en los considerandos precedentes.

Publíquese y notifíquese.

SS

BARDELLI LARTIRIGOYEN

REVOREDO MARSANO

GARCÍA TOMA

4.3 Reparación civil como regla de conducta e interdicción de la prisión por deudas

Exp. 1428-2002-HC/TC [Angel Alfonso Troncoso Mejía]

*fecha de resolución 8 de julio de 2002
fecha de publicación 6 de octubre de 2002*

EXP. N.º 1428-2002-HC/TC

LA LIBERTAD

ANGEL ALFONSO TRONCOSO MEJÍA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los ocho días del mes de julio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano,

Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Oswaldo de Bracamonte Rebaza, a favor de Ángel Alfonso Troncoso Mejía, contra la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas cien, su fecha seis de mayo de dos mil dos, que declaró infundada la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha ocho de abril de dos mil dos, interpone acción de hábeas corpus a favor de Ángel Alfonso Troncoso Mejía y contra el Juez del Juzgado Penal para Procesos en Reserva de Trujillo. Sostiene que el emplazado amenaza su libertad individual, pues ha revocado la condicionalidad de la pena de su patrocinado, convirtiéndola en efectiva y, como consecuencia de ello, dispuso su ubicación y captura.

Alega que su defendido fue sentenciado por la comisión del delito contra la libertad de trabajo en agravio de Walter Aguirre Mayer, imponiéndosele un año de pena privativa de la libertad, más la obligación de cancelar la suma de dieciséis mil diez nuevos soles con cincuenta céntimos (S/. 16,010.50) por concepto de beneficios sociales, así como el monto de quinientos nuevos soles (S/. 500.00) por reparación civil; pena que se suspendió por igual término, a condición de que observe las siguientes reglas de conducta: no ausentarse del lugar de su residencia sin autorización del Juez, comparecer trimestralmente al Juzgado para informar de sus actividades, y reparar su delito con arreglo a ley. Señala que, a pesar de que los beneficios sociales no están incluidos dentro de las reglas de conducta que debe seguir, y cuyo incumplimiento de pago sólo podría dar lugar a un apercibimiento de embargo, el emplazado expidió la resolución de fecha doce de noviembre de dos mil uno, requiriéndolo para que en el plazo de diez días cumpla con cancelar el monto de la deuda por concepto de beneficios sociales,

bajo apercibimiento de revocarse la condicionalidad de la pena, y, posteriormente ordenó su captura. Aduce, asimismo, que se ha afectado su derecho de defensa, por cuanto dicha resolución debió haber sido notificada al domicilio real de su patrocinado y no sólo a su domicilio procesal.

Realizada la investigación sumaria, el demandado manifestó que en la sentencia condenatoria, a fojas cuatro, de fecha veintitrés de agosto de dos mil, y su confirmatoria, a fojas siete, de fecha diecinueve de octubre del mismo año, que condenan al recurrente a un año de pena privativa de libertad y a la obligación de cancelar los beneficios sociales del agraviado, se establece que el sentenciado está obligado a reparar el daño, es decir, a pagar los beneficios sociales, lo cual se considera como regla de conducta; por tanto, la sentencia que se ha venido ejecutando se encuentra arreglada a ley. Refiere, asimismo, que el derecho a la defensa se ha garantizado en todo momento, pues el inculcado fue notificado a su domicilio procesal, y tomó conocimiento de la resolución, como se evidencia por el hecho de haber interpuesto contra ella un recurso de apelación, con lo cual se demuestra que la notificación cumplió su cometido.

El Sexto Juzgado Especializado Penal de Trujillo, a fojas sesenta y nueve, con fecha doce de abril de dos mil dos, declaró infundada la demanda, por considerar que el inculcado estaba obligado a pagar los beneficios sociales señalados en la sentencia como una de las reglas de conducta fijadas en ella. Indica que la notificación al domicilio procesal del demandante cumplió su objetivo, esto es, poner en conocimiento del recurrente sobre la existencia de una resolución judicial en su contra. Señala que, en todo caso, las anomalías que pudieran tener lugar en un proceso regular deben ventilarse dentro del mismo proceso.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos, agregando que la acción de hábeas corpus no tiene por objeto efectuar una evaluación de la interpretación de derecho que los jueces de la jurisdicción or-

dinaria pueden realizar en el ámbito de sus competencias exclusivas, pues tal tarea le corresponde al propio Poder Judicial.

FUNDAMENTO

1. En concreto, dos son los aspectos constitucionalmente relevantes de la controversia. En primer lugar, si en el presente caso, se afectaría el principio constitucional de que no existe prisión por deudas; en segundo lugar, si el haberse notificado al domicilio procesal y no al real viola el derecho de defensa del recurrente.

2. El artículo 2º, inciso 24), literal «c», de la Constitución Política del Estado señala, como uno de los contenidos constitucionalmente garantizados de la libertad y seguridad personal, que «no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios».

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que cuando el literal «c», del inciso 24), del artículo 2º de la Constitución prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil. La única excepción a dicha regla se da como el propio dispositivo constitucional señala, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios, toda vez que están de por medio los derechos a la vida, salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado.

Sin embargo, tal precepto constitucional –y la garantía que ella contiene– no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria. En tal supuesto, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con

ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados.

3. En el presente caso, según se advierte a fojas cuatro, mediante la resolución de fecha veintitrés de agosto de dos mil, confirmada por la resolución de fecha diecinueve del mismo año, se condenó al demandante a un año de pena privativa de libertad y a la obligación de cancelar la suma de dieciséis mil diez nuevos soles con cincuenta céntimos por concepto de beneficios sociales, a favor de Walter Aguirre Mayer. Dicha resolución suspendió la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por el plazo de un año, a condición de que el demandante observe determinadas reglas de conducta y cumpla con reparar su delito conforme a ley.

4. Delimitado así el problema, queda por determinar si el incumplimiento de pago de los beneficios sociales del agraviado del proceso penal constituye, en realidad, una obligación de orden civil, donde, por tanto, no cabe que se dicte judicialmente la privación de la libertad; o, por el contrario, una verdadera sanción penal, en cuyo caso su incumplimiento sí puede legítimar el dictado de la sentencia.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el pago de los beneficios sociales constituye, a la vez que un derecho del trabajador, una obligación del empleador, que no tiene naturaleza de sanción penal cuando ésta es ordenada por un juez en materia de trabajo o con competencias en materia laboral. En tal caso, la obligación de pago que pesa sobre el empleador asume el carácter de una obligación de naturaleza civil y, por tanto, su incumplimiento no puede concluir con la privación de la libertad locomotora del sentenciado.

Sin embargo, cuando los términos de la controversia se trasladan del proceso laboral al ámbito penal y, en esa sede, se condena a pagar los beneficios laborales y, no obstante ello, no se cumple, entonces, ya no puede sostenerse, por un lado, que dicho pago de los beneficios sociales sea de naturaleza civil, pues tiene la condición de una sanción penal y, por otro, que su incumplimiento im-

pidar que el juez penal pueda ordenar que se haga efectiva la pena de privación de la libertad del sentenciado, establecida condicionalmente, como sucede en el presente caso.

Por otro lado, respecto al segundo extremo de la pretensión, el Tribunal Constitucional estima que detrás del acto procesal de la notificación subyace la necesidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa, pues por su intermedio se pone en conocimiento de los sujetos del proceso el contenido de las resoluciones judiciales. Sin embargo, no cualquier irregularidad con su tramitación constituye, *per se*, una violación del derecho de defensa. Sólo se produce tal afectación del derecho en cuestión cuando, tras la irregularidad en su tramitación, se alcanza que el justiciable quede en estado de indefensión. Si, por cualquier circunstancia, ello no sucede, y el justiciable ha podido ejercer de manera efectiva su derecho de defensa, entonces, tal irregularidad debe entenderse como sanada y, por tanto, convalidada.

5. En el caso de autos, y según se aprecia del documento obrante a fojas treinta y cinco, el demandante impugnó las resoluciones de fecha doce de noviembre de dos mil uno y dieciocho de marzo de dos mil dos, mediante el recurso de nulidad, el cual fue declarado infundado mediante resolución de fecha tres de abril de dos mil dos. En consecuencia, más allá de cualquier defecto en que pudiera haberse incurrido en el acto de notificación al recurrente, el hecho de que éste pudiera tener conocimiento de lo notificado y pueda efectivamente defenderse, permite concluir a este Colegiado que no se infringió el alegado derecho de defensa.

Por este fundamento, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA

CONFIRMANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró **INFUNDADA** la acción de amparo de autos. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

4.4 Resocialización y Beneficios Penitenciarios

*Exp. 010-2002-AI, 3 de enero de 2003
[Acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los Decretos Leyes que regulan los delitos de Terrorismo y Traición a la Patria]*

*fecha de resolución 3 de enero de 2003
fecha de publicación 4 de enero de 2003 fundamentos jurídicos 149-155.*

XIII. La negación de beneficios penitenciarios

206. Igualmente se cuestiona la constitucionalidad de las normas que establecen la prohibición de beneficios penitenciarios en los delitos de terrorismo y traición a la patria, esto es, el artículo 19° del Decreto Ley N.º 25475 y el artículo 3°.a del Decreto Ley N.º 25744, respectivamente. Con relación a la segunda norma, es preciso aclarar que, aunque por razón diferente al cuestionamiento en examen, este Supremo Tribunal Constitucional ya se pronunció sobre su carácter inconstitucional.

El artículo 19° del Decreto Ley N.º 25475 textualmente señala: «*Los procesados o condenados por delitos de terrorismo, no podrán acogerse a ninguno de los beneficios que establecen el Código Penal y el Código de Ejecución Penal*».

207. En el Estado Democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, conforme a nuestra Constitución Política, artículo 139°, inciso 22), 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 cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*».

208. Como antes se ha expuesto, no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta 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 cómo se ejecutarán las penas o al momento de establecer el *cuántum* de ellas.

Dentro de las condiciones cómo se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello obedece y es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recuperar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido, «si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo».

209. Sin embargo, la no concesión de determinados beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo u otros de lesa humanidad, no es, *per se*, contrario al inciso 22) del artículo 139º de la Constitución. No se deriva, en efecto, de dicho dispositivo constitucional, un mandato al legislador para que los prevea en la ley, en cuya ausencia, negación u omisión, éste pueda incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

210. El problema, a juicio del Tribunal Constitucional, se presenta una vez que el legislador los ha previsto para el caso de los condenados por determinados delitos, y, no obstan-

te ello, los niega para los condenados por otros. Pero, en ese caso, el problema de la validez constitucional de la prohibición ya no se deriva de su infracción del artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, sino de su conformidad o no con el artículo 2º, inciso 2º, de la misma Constitución, esto es, de su compatibilidad (o no) con el principio de igualdad jurídica.

211. En ese contexto, y recordando una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional, debe señalarse que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables. Es decir, no está prohibido que el legislador realice tratamientos diferenciados. Lo que sí está prohibido es que dicha diferenciación en el trato sea arbitraria, ya sea por no poseer un elemento objetivo que la justifique o una justificación razonable que la respalde.

Desde esta perspectiva, independientemente de los que antes se han sostenido en relación a la cadena perpetua, el Tribunal Constitucional no considera que la no concesión de los beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo infrinja *per se*, el principio de igualdad, toda vez que se justifican en atención a la especial gravedad del delito en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que, con su dictado, se persiguen proteger.

212. Por otro lado, el Tribunal Constitucional debe observar que la restricción para acceder a los beneficios penitenciarios no posee carácter general, sino únicamente-está referida a los beneficios previstos en los Códigos Penal y de Ejecución Penal. Lo que no quiere decir que a los sentenciados por delito de terrorismo les esté negado, *a priori*, cualquier eventual beneficio penitenciario, sino sólo los que están establecidos en los citados cuerpos legales, correspondiendo al legislador la posibilidad de regular determinados beneficios penitenciarios de acuerdo con la gravedad de los delitos por los cuales sus beneficiarios hubieran sido condenados.

4.5 Concesión de beneficios penitenciarios

- a) BENEFICIOS PENITENCIARIOS: CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES NO DETERMINA SU CONCESION

Exp. 1181-2002-HC/TC [Orlando Víctor Bocanegra García]

fecha de resolución: 20 de junio de 2002, fecha de publicación: 14 de agosto de 2002

EXP. N.º 1181-2002-HC/TC

LIMA

ORLANDO VÍCTOR
BOCANEGRA GARCÍA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veinte días del mes de junio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente, Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Orlando Víctor Bocanegra García contra la sentencia de la Segunda Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas ciento veintidós, su fecha dos de abril de dos mil dos, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El accionante interpone la presente acción de garantía contra don José A. Ríos Olsson, Juez del Juzgado Penal Corporativo Nacional de Bandas y Terrorismo Especial, por haber declarado improcedente el beneficio penitenciario de semilibertad que solicitara, no obstante haber cumplido con los requisitos formales necesarios para su concesión y que el accionado formuló dicha denegación a base

de criterios subjetivos y especulaciones.

Realizada la investigación sumaria, el emplazado Juez Penal declaró que del informe técnico emitido por el Consejo Técnico Penitenciario del Establecimiento Penal de Lurigancho, de fecha veinte de febrero de dos mil dos, se advierte que dicho órgano no propone al peticionante a efectos de acceder al beneficio penitenciario de semilibertad, dejándolo a consideración de la autoridad judicial pertinente.

El Juzgado Penal de Turno Permanente de Lima, a fojas sesenta y cuatro, con fecha trece de marzo de dos mil dos, declara infundada la acción de hábeas corpus, estimando que el actor trata de desviar la acción de la justicia utilizando la garantía del hábeas corpus para agenciarse de un beneficio que exclusivamente es otorgado por la autoridad judicial.

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la acción de hábeas corpus, considerando que el Juez, al haber declarado improcedente el beneficio penitenciario solicitado, ha hecho uso de la discrecionalidad y del criterio de conciencia que le faculta la ley.

FUNDAMENTOS

1. El actor considera un atentado a su libertad individual que el Juez emplazado haya declarado improcedente su solicitud de aplicación del beneficio penitenciario de semilibertad, fundando su decisión en criterios subjetivos y personales ajenos a la normatividad legal de la materia.

2. A fojas cincuenta y uno obra el informe del Consejo Técnico Penitenciario relativo al beneficio penitenciario solicitado por el actor, en el cual se deja a consideración de la autoridad judicial la concesión de lo solicitado.

3. En efecto, el Juez demandado decidió declarar improcedente el beneficio penitenciario solicitado por el actor, amparando su decisión en el criterio de conciencia, por cuanto si bien el Código de Ejecución Penal prevé el cumplimiento de ciertos presupuestos formales para su concesión, un beneficio como indica su naturaleza jurídica y a diferencia de los derechos procesales, puede ser otor-

gado o no sin que esto suponga un acto de arbitrariedad; antes bien, la resolución por la que se resuelve esta petición puede ser impugnada para ser revisada por el órgano superior jerárquico, tal como ha acontecido en el presente caso en que el actor ejerció su derecho a la doble instancia.

4. Siendo así, la actuación funcional del Magistrado emplazado no adolece de la falta de regularidad que se invoca en la demanda, resultando de aplicación al presente caso el artículo 2°, a *contrario sensu*, de la Ley N.° 23506.

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

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que revocando la apelada, declaró improcedente la acción de hábeas corpus; y, reformándola, la declara **INFUNDADA**. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

- b) BENEFICIOS PENITENCIARIOS: NECESIDAD DE EVALUAR LA CONDUCTA DEL CONDENADO A FIN DE DETERMINAR SI PROCEDE SU CONCESIÓN

Exp. 1607-2003-HC/TC [Hugo Durán Martínez]

fecha de resolución 12 de agosto de 2003 fecha de publicación 13 de enero de 2004

EXP. N.° 1607-2003-HC/TC
LIMA
HUGO DURÁN MARTÍNEZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 12 días del mes de agosto de 2003, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Bardelli Lartirigoyen, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Hugo Durán Martínez contra la sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 91, su fecha 12 de mayo de 2003, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de abril de 2003, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Primera Sala Penal para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, integrada por los vocales Acevedo Otrera, Padilla Rojas y Saquicuray Sánchez, y contra los que resulten responsables, por violación a su libertad individual, solicitando, en consecuencia, su inmediata excarcelación. Afirma que la Sala emplazada confirmó la resolución del Tercer Juzgado Penal de Lima que declaró improcedente el pedido de beneficio penitenciario de liberación condicional, a pesar de que había cumplido todos los requisitos de ley, agregando que aunque fue condenado en dos oportunidades a la pena privativa de la libertad, dichas condenas fueron refundidas, de modo que tienen un tratamiento penal único, es decir, que deben considerarse como si se tratara de una sola condena; y, por lo tanto, debe aplicarse a su caso el segundo párrafo, in fine, del artículo 4° de la Ley N.° 26320.

Realizada la sumaria investigación, la vocal Saquicuray Sánchez manifestó que en ningún momento se había violado la libertad individual del accionante, puesto que los emplazados se ciñeron a la facultad discrecional de la que gozan, actuando con sujeción al debido proceso y a las garantías constitucionales. El vocal Acevedo Otrera afirmó que el incidente

de liberación condicional fue llevado a cabo dentro de un procedimiento regular, respetando el debido proceso, añadiendo que para conceder dicho beneficio, no basta cumplir los requisitos de ley, sino que debe realizarse una evaluación de la personalidad del solicitante. El magistrado Padilla Rojas, por su parte, declaró que el expediente de liberación condicional se había tramitado regularmente, y que la semilibertad y la liberación condicional no se concedían automática-mente, solo por el transcurso del plazo fijado en la ley, puesto que dependían fundamentalmente de la evolución favorable del proceso de readaptación y resocialización del interno, lo que está sujeto a valoración jurisdiccional.

Con fecha 9 de abril de 2003, el Decimonoveno Juzgado Penal de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que no proceden las acciones de garantía respecto de resoluciones jurisdiccionales emanadas de procedimiento regular.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar que la cuestionada resolución que confirma la improcedencia del beneficio penitenciario se encuentra debidamente motivada, señalando que para que dicho beneficio proceda no es suficiente el cumplimiento de los requisitos formales, sino que se haya producido la rehabilitación del reo, para lo cual es menester un juicio valorativo de los actuados y la personalidad del peticionario.

FUNDAMENTOS

1. Conforme al artículo 139°, inciso 22), de la Constitución, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Es por ello que en nuestro ordenamiento jurídico cuentan con cobertura beneficios, tales como la liberación condicional, que permiten al penado egresar del establecimiento penitenciario antes de haber cumplido la totalidad de la pena, siempre que se haya logrado su rehabilitación.

2. En atención a dicho fin preventivo de la pena que legitima el beneficio de liberación condicional, su concesión deberá requerir de parte del juzgador, además de una verifica-

ción del cumplimiento de los requisitos legales, de una actividad valorativa que determine si el tratamiento penitenciario ha logrado su cometido. En este sentido, el artículo 55° del Código de Ejecución Penal señala que el beneficio de liberación condicional «[...] 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».

3. El recurrente cuestiona la aplicación del artículo 4° de la Ley N.° 26320, el cual establece que los sentenciados por el delito de tráfico ilícito de drogas podrán acogerse a los beneficios de redención de pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional, siempre que se trate de la primera condena a pena privativa de libertad. Sin embargo, tal disposición no ha sido aplicada en el presente caso por la emplazada. En efecto, la resolución judicial cuestionada considera que, no obstante que los requisitos legales han sido cumplidos, no existe la seguridad de que el peticionario no vuelva a cometer otro delito, en vista de que registra dos condenas por el delito de tráfico ilícito de drogas.

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, declara improcedente la acción de hábeas corpus y, reformándola, la declara INFUNDADA. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

c) BENEFICIOS PENITENCIARIOS: DEBIDA MOTIVACION

Exp. N° 1593-2003-HC/TC [Dionicio Llajaruna Sare]

fecha de resolución 30 de enero de

2004, fecha de publicación 30 de enero de 2004, fundamentos jurídicos N° 18-19. En el mismo sentido Exp. N° 1594-2003-HC/TC [Máximo Llajaruna Sare]

§6. Hábeas corpus y los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional

18. Ahora bien, que los beneficios penitenciarios constituyan derechos subjetivos expectativos previstos en la ley, no quiere decir que ellos tengan naturaleza constitucional o, acaso, que se encuentren constitucionalmente garantizados en virtud del derecho a la libertad individual.

Como antes se ha expuesto, 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, de manera que una evaluación judicial que considere que el interno no se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, antes de que venza la pena, a través de la concesión de un beneficio penitenciario, no puede considerarse como una violación de dicha libertad individual.

19. Ello no quiere decir que la denegación de tales solicitudes de libertad puedan o deban ser resueltas de manera caprichosa o arbitraria por los jueces competentes. No se puede olvidar, sobre el particular, que la resolución que la concede o deniega debe atenderse escrupulosamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho reconocido en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución; es decir, que deberá resolverse de manera especialmente fundamentada, precisándose los argumentos fácticos y jurídicos en los cuales se sustenta.

Resulta claro que, inexistente o manifiestamente arbitraria dicha que sea fundamentación [Cf. STC 0806-2003-HC/TC], la resolución que deniega el beneficio penitenciario no constituye una violación del derecho a la libertad individual, sino, concretamente, del derecho constitucional a la motivación de las resoluciones ju-

diciales, susceptible de protección mediante un proceso constitucional distinto al hábeas corpus. Y es que si se encuentra restringida temporalmente la libertad locomotora del sentenciado en virtud de una sentencia condenatoria firme, la denegación de tales beneficios penitenciarios no altera tal restricción.

20. En el caso de autos, el recurrente señala que su solicitud de acogimiento a un beneficio penitenciario se ha resuelto aplicando una ley que temporalmente no era la aplicable. Sobre el particular, y sin perjuicio de lo indicado en los fundamentos precedentes, debe precisarse que si bien en autos no se ha adjuntado tal solicitud, a fin de corroborar la fecha en la que ésta se presentó y determinar qué ley era la aplicable, es posible deducir, conforme se aprecia de los documentos obrantes de fojas 1 a 13, que ésta se presentó antes de que entrara en vigencia el Decreto Legislativo N.° 927, es decir, durante la vigencia del artículo 19° del Decreto Ley N.° 25475, que prohíbe la concesión de beneficios penitenciarios a los internos condenados por el delito de terrorismo.

4.6 Revocación de beneficios penitenciarios por la comisión de nuevo delito

Exp. 1084-2003-HC [Richard Quea Ccama]

*fecha de resolución 2 de julio de 2004
fecha de publicación 31 de agosto de 2004.*

EXP. N.° 1084-2003-HC/TC

AREQUIPA

RICHARD QUEA CCAMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de julio de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por

don Richard Quea Ccama contra la resolución de la Segunda Sala Penal de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 51, su fecha 28 de febrero de 2003, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 17 de febrero de 2003, interpone hábeas corpus contra los vocales integrantes de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, alegando que, con fecha 29 de agosto de 2001, la Sala emplazada revocó el beneficio penitenciario de semilibertad que le fue concedido, tras haber cometido un nuevo delito; y que, al condenarlo por este último, dispuso que primero cumpliera el saldo de la primera condena y, una vez culminada, se empezara a computar la nueva pena privativa de libertad impuesta.

El Quinto Juzgado Penal de Arequipa, con fecha 17 de febrero de 2003, rechazó liminarmente la demanda, por considerar que se trata de una resolución emanada de un proceso regular.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. De la demanda interpuesta se desprende que el demandante alega la vulneración, por parte de una decisión jurisdiccional, del principio de legalidad penal y de su derecho a la libertad personal, por haberse «acumulado» dos penas dictadas en su contra, sin que tal posibilidad se encuentre prevista en la Constitución, en el Código Penal o en el Código de Ejecución Penal.

2. Previamente, es pertinente precisar, respecto del rechazo in limine dictado por las instancias precedentes, que toda pretensión que cuestione la regularidad de un proceso judicial, requiere, necesariamente, de la admisión a trámite de la demanda y de su correspondiente traslado a los emplazados con el objeto de que éstos expliquen las razones que habrían motivado la agresión. En consecuencia, teniendo en cuenta que en el presente caso no se ha actuado de tal modo, pro-

cede declarar nulo todo lo actuado y ordenar que se admita a trámite la acción de amparo.

3. No obstante, en atención a los principios de celeridad y economía procesal, este Tribunal considera pertinente no declarar tal nulidad, toda vez que en autos aparecen elementos de prueba necesarios para emitir un pronunciamiento de fondo.

Los límites al derecho constitucional a la libertad personal

4. El derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 2º, inciso 2), apartado 24, de la Constitución Política, comporta el hecho de disponer de la propia persona y de determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo y siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima. Garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas, esto es, su libertad locotomora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.

5. Sin embargo, este Colegiado ha sostenido en el Caso Silva Checa (Expediente N.º 1091-2002-HC/TC), que «(...) Como todo derecho fundamental, el de la libertad personal tampoco es un derecho absoluto, pues como lo establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, aparte de ser regulados, pueden ser restringidos o limitados mediante ley. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse ilimitado en su ejercicio. Los límites que a éstos se puedan establecer pueden ser intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, los límites extrínsecos, son aquellos que se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales (...)».

El tratamiento penitenciario y la revocación de los beneficios penitenciarios

6. Conforme al artículo 139º, inciso 22), de la Constitución Política, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la so-

ciudad, lo cual, a su vez, es congruente con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que «el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados».

7. Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente de N.º 010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha sostenido que los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado «(...) suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo (...)».

8. De este modo, tienen cobertura dentro de nuestro ordenamiento beneficios penitenciarios tales como el de semilibertad, el cual permite al penado egresar del establecimiento penitenciario antes de haber cumplido la totalidad de la pena privativa de libertad impuesta en caso de que la pena haya cumplido su efecto resocializador. En atención a ello, el artículo 50º del Código de Ejecución Penal, estipula que: «(...) El beneficio será concedido en los casos 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 esta último 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 58 del Código Penal, en cuanto sean aplicables».

9. En el presente caso, debe precisarse que el cumplimiento sucesivo de penas no corresponde, propiamente, a una simple acumulación material o a una sumatoria de pe-

nas, como lo ha entendido el recurrente, sino que tiene su justificación en la observancia de legalidad prevista por el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal, que establece que: «(...) No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley (...) [en] todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente». De este modo, la pena que resta por cumplir respecto del primer delito resulta independiente respecto de la pena que se deberá también cumplir por la comisión del segundo delito, toda vez que este último fue cometido con posterioridad a la sentencia dictada por el primero, cuando el recurrente se encontraba gozando del beneficio penitenciario de semilibertad, por lo que debe disponerse su cumplimiento en forma sucesiva.

10. En consecuencia, la decisión de revocar el beneficio penitenciario de semilibertad otorgado al recurrente por la comisión de un nuevo delito doloso, así como la orden de que las dos penas que pesan en su contra se apliquen sucesivamente, se encuentra conforme a Derecho, no evidenciándose la vulneración de los derechos constitucionales del recurrente, más aún si éste, al cometer el segundo delito, ha actuado voluntariamente, poniendo en evidencia, en su caso, el fracaso del tratamiento penitenciario y, por tanto, de los objetivos de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, consignados en el artículo 139º, inciso 22) de la Constitución Política.

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

HA RESUELTO

Declarar INFUNDADA la acción de hábeas corpus.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

4.7 Aplicación temporal de la Ley Penitenciaria

a) APLICACIÓN DE LEY MAS FAVORABLE

Exp. 804-2002-HC [Santiago Granda Sotero]

fecha de resolución: 9 de julio de 2002, fecha de publicación: 22 de noviembre de 2002

EXP. N.º 804-2002-HC/TC

LA LIBERTAD

SANTIAGO GRANDA SOTERO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los nueve días del mes de julio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Santiago Granda Sotero contra la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas cuarenta y tres, su fecha veinte de diciembre de dos mil uno, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

La presente acción de garantía ha sido interpuesta por don Santiago Granda Sotero contra los Vocales integrantes de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad. Sostiene el actor que fue condenado en dos procesos penales por el delito de tráfico ilícito de drogas: en el primer proceso fue condenado a quince años de pena privativa de la libertad, conforme al artículo 296º del Código Penal, en el segundo, a veinticinco años de pena privativa de la libertad, según el artículo 297º, inciso 4), del Código Penal.

El actor alega que las penas que le impusieron fueron refundidas el diez de mayo de dos mil uno, y que, posteriormente, habiendo solicitado el beneficio de semilibertad, el Juez

del Octavo Juzgado Penal de Trujillo declaró improcedente su petición, mediante auto confirmado con fecha trece de agosto de dos mil uno por la Sala Penal emplazada. Considera el actor que la resolución de la Sala Penal Superior resulta arbitraria y viola su derecho a la libertad individual, por cuanto no resuelve debidamente un conflicto de aplicación de leyes penales en el tiempo, habida cuenta de que una de las condenas refundidas se refiere a hechos acaecidos en el año 1992, esto es, cuando se hallaba vigente la Ley de Despenalización N.º 24388, y que, no obstante esto, la Sala Penal solo funda su resolución en la segunda condena y aplica el artículo 4º de la Ley N.º 26320, que recién entró en vigencia en el año 1994, el mismo que prohíbe la concesión del beneficio de semi-libertad para el tipo penal agravado del delito de tráfico ilícito de drogas.

Realizada la investigación sumaria, los Magistrados emplazados declararon uniformemente que en el caso del actor no existe conflicto en la aplicación de las leyes penales; señalan que el artículo 4º de la Ley N.º 26320, taxativamente, prohíbe el beneficio de semi-libertad para los condenados por el delito previsto en el artículo 297º del Código Penal, en concordancia con el artículo 48º del Código de Ejecución Penal.

El Cuarto Juzgado Penal de Trujillo, a fojas veintitrés, con fecha veintinueve de noviembre de dos mil uno, declara improcedente la acción de hábeas corpus, estimando que la declaración de improcedencia de la solicitud de semilibertad presentada por el actor responde al criterio jurisdiccional de un órgano de justicia, lo que no es pertinente cuestionar por esta acción de garantía.

La recurrida confirma la apelada, considerando que en el caso del actor no se aprecia un conflicto de leyes penales, sino que se trata de dos resoluciones que se han refundido en la pena más grave con efectos prohibitivos para la aplicación de beneficios penitenciarios.

FUNDAMENTOS

1. Los artículos 103º y 139º, inciso 11), de la Constitución Política vigente postulan los principios según los cuales ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal,

cuando favorece al reo, así como la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

En efecto, si una nueva ley resulta más gravosa o restrictiva para los derechos del procesado o condenado, el Juzgador debe decidirse por la más benigna, es decir, por aquella que no importe una restricción más severa o penosa de su libertad individual.

2. En el caso de autos, en que se produjo la refundición de las penas que se le impusieron al actor, a efectos de fijar cuál es la ley más benigna, cabe precisar lo siguiente: **a)** en el Expediente N.º 523-93 se le impuso quince años de pena privativa de la libertad por los delitos previstos en los artículos 296º y 297º del Código Penal; **b)** en el Expediente N.º 1330-95, el actor fue condenado a veinticinco años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito tipificado en el artículo 297º, inciso 4), del Código Penal; **c)** la primera sentencia estuvo referida a hechos acaecidos en el año de 1992, cuando se hallaba vigente la Ley de Despenalización N.º 24388 que no contemplaba la prohibición del beneficio penitenciario de semilibertad; y, **d)** cuando se expidió la segunda sentencia, regía la Ley N.º 26320, que expresamente estableció la prohibición del beneficio penitenciario de semilibertad para los sentenciados por el delito contemplado en el artículo 297º del Código Penal.

3. En este contexto, en que operó una refundición de penas para su tratamiento penitenciario, cabe afirmar, de conformidad con la normativa constitucional citada anteriormente, que, si una nueva norma procesal como la Ley N.º 26320 resultaba menos ventajosa que la ley anterior en lo que respecta a la aplicación del beneficio penitenciario de semilibertad, no puede tener efecto retroactivo, por su carácter evidentemente perjudicial.

4. Por consiguiente, el emplazado órgano judicial, a efectos de la aplicación temporal de las leyes materia de autos, debió tener en cuenta la aplicación de la Ley N.º 24388 para su aplicación ultractiva, por ser más benigna para resolver la petición de semilibertad planteada por el actor.

5. Siendo así, este Tribunal Constitucional declara estimable la presente acción cons-

titucional, en aplicación del artículo 2º de la Ley N.º 23506.

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

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la acción de hábeas corpus; y, reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, declara nula la resolución de fecha cinco de octubre de dos mil uno, expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que confirmó la resolución de fecha trece de agosto de dos mil uno, expedida por el Octavo Juzgado Penal de Trujillo, que declaró improcedente el pedido de semilibertad (Expediente N.º 19-2001), del sentenciado don Santiago Granda Sotero. Ordena que la emplazada Sala Penal Superior dicte nueva resolución sobre la petición del beneficio de semilibertad del actor, de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente sentencia. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

b) **NORMAS DE EJECUCIÓN PENAL COMO NORMAS PROCEDIMENTALES/DERECHO AL PROCEDIMIENTO PREESTABLECIDO**

2196-2002-HC/TC [Carlos Saldaña Saldaña]

fecha de resolución: 10 de diciembre de 2003, fecha de publicación: 29 de enero de 2004

EXP. N.º 2196-2002-HC/TC

LIMA

CARLOS SALDAÑA SALDAÑA

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 10 días del mes de diciembre de 2003, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Saldaña Saldaña contra la sentencia de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 189, su fecha 14 de agosto de 2002, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El accionante, con fecha 25 de julio de 2002, interpone acción de hábeas corpus contra el Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima y la Segunda Sala Penal para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, alegando que se le sigue proceso penal ante el Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas (Expediente N.º 153-01). Sostiene que a su caso es aplicable el Decreto Ley N.º 25824, que modificó el artículo 137º del Código Procesal Penal, norma vigente al momento de su detención que se efectuó el 8 de octubre de 1999, por lo que, estando detenido más de 32 meses, sin auto motivado que prorrogue el plazo de su detención, debe ordenarse su inmediata excarcelación.

Realizada la investigación sumaria, el juez penal emplazado sostiene en su declaración explicativa que el expediente N.º 153-01 se tramitó cuando estaba a cargo del despacho la Jueza Sonia Medina Calvo, quien emitió informe final el 10 de mayo de 2002 y elevó el expediente el 1 de julio del mismo año. Por su

parte, el Presidente de la Sala Penal emplazada manifiesta que el expediente N.º 153-01 se encuentra en la Fiscalía desde el 3 de julio de 2002, para la emisión del dictamen de ley.

El Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 31 de julio de 2002, declaró improcedente la demanda, por estimar que al accionante le es aplicable la Ley N.º 27553 y, por lo tanto, el plazo máximo de detención no ha transcurrido.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo al documento obrante a fojas 163 de autos, don Carlos Saldaña Saldaña se encuentra detenido desde el 8 de octubre de 1999 por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas; en consecuencia, debe aplicarse a su caso el Decreto Ley N.º 25824, al haber cumplido el plazo de detención de 15 meses cuando aún regía dicha norma modificatoria del artículo 137º del Código Procesal Penal.

2. Determinado el contexto normativo aplicable, resulta necesario precisar que el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 55º de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, a propósito de lo resuelto en el Expediente N.º 330-2002-HC, distinguió entre la duplicidad del plazo de detención, por un lado, y su prolongación, por otro, estableciendo como línea interpretativa que, tratándose de delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, previstos en el primer párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal, el plazo límite de detención se duplicará automáticamente, y sólo en los casos del segundo párrafo de la citada disposición procesal, que se refiere a la prolongación de la detención por un plazo igual al límite, ésta se acordará cumpliendo los requisitos que para tal efecto han sido establecidos.

3. En torno a ello, debe enfatizarse que si bien es cierto que el artículo 137º del Código

Procesal Penal otorga la libertad por exceso de detención al vencerse los plazos establecidos, también lo es que dicha norma de excarcelación prevé que no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculcado o su defensa, situación que en el presente caso no ha sido dilucidada por los órganos judiciales ordinarios, pese a constituir una circunstancia relevante cuyo conocimiento podría contribuir a que se resuelva sin equívoco si le asiste o no al actor el derecho de excarcelación que alega en su demanda, por lo que resulta necesario que el juzgador de sede ordinaria indague y determine si en el caso de autos se produjo alguna inapropiada conducta procesal atribuible al actor con el objeto de dilatar los términos de su proceso.

4. Conviene precisar que el análisis de una norma de contenido imperativo como la establecida en el artículo 137° del Código Procesal Penal, exige que la judicatura penal sea respetuosa del derecho prevalente de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, situación que, *prima facie*, no puede predicarse de la conducta funcional de los magistrados demandados, si se tiene en cuenta que el actor se halla detenido desde hace 50 meses sin que se haya resuelto su situación jurídica, por lo que eventualmente los demandados podrían ser pasibles de las sanciones que les resulten aplicables por ley.

5. Considerando que el caso sub examine plantea un conflicto en la aplicación temporal de normas, este Tribunal estima pertinente formular algunas afirmaciones de principio con el propósito de orientar la absolución de controversias en cuanto al derecho a la libertad individual se refiere.

Cuando se presenta una sucesión de leyes penales aplicables a un determinado supuesto de hecho en el lapso que va desde la comisión del delito hasta su enjuiciamiento y, más allá, hasta la finalización de la condena impuesta, surge la cuestión relativa a la selección de una de ellas para la resolución del conflicto planteado.

6. Específicamente, en el ámbito del sis-

tema jurídico penal, el problema de la ley aplicable en el tiempo está supeditado a si la disposición se deriva del derecho penal material, del derecho procesal penal o del derecho de ejecución penal.

Al respecto, cabe afirmar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como principio general que la ley no tiene efectos retroactivos, conforme lo proclama el artículo 103°, tercer párrafo, de la Constitución Política del Perú; sin embargo, esta cláusula constitucional se encuentra matizada por el principio de favorabilidad, que establece una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo. Ello precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista, y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. De igual modo, el alcance de este principio se manifiesta en la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, como así lo consagra el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución.

7. Precisada esta regla general, debe aclararse que, tratándose de normas de derecho penal material, rige para ellas el principio *tempus delicti commissi*, que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con el artículo 2° de la Constitución, literal «d» del numeral 24, que prescribe que 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. Se instituye así un razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal, fijando límites de aplicación a las normas punitivas.

8. En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior.

9. En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley N.º 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados.

En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley N.º 27770 ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse.

10. Al respecto, este Colegiado considera que el momento que ha de marcar la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que atañe a los beneficios penitenciarios, está representado por la fecha en el cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario, esto es, el momento de la presentación de la solicitud para acogerse a éste.

Verbi gratia, si en plena vigencia de la Ley N.º 27770 el interno que purga condena por cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 2º de la mencionada ley, presenta la solicitud de beneficio penitenciario, la resolución de su petición quedará sujeta a los alcances de esta ley y no de otra, sin perjuicio de que cualquier modificación de las condiciones para acogerse a cualquiera de los beneficios penitenciarios contemplados por esta ley es-

pecial de ejecución penal, no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno.

11. Es menester enfatizar que los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como derechos subjetivos de los internos, ciertamente condicionados, porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que está sujetos a presupuestos establecidos en la norma, los que aun si fueran cumplidos por el sentenciado no constituyen un factor decisivo para su concesión, pues su otorgamiento estará librado a la evaluación judicial de si el condenado se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, habida cuenta que la justificación de las penas privativas de la libertad es la de proteger a la sociedad contra el delito.

12. Por lo anteriormente expuesto, resulta de aplicación al presente caso el artículo 42º de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, al haberse producido un quebrantamiento de forma en los términos que se detallan en el fundamento N.º 3 de la presente sentencia.

FALLO

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

Ha resuelto

1. Declarar nula la recurrida e insubsistente la apelada.
2. Declarar nulo todo lo actuado desde fojas 155.
3. Disponer que el Juez investigador cumpla con lo señalado en el fundamento N.º 3 de la presente sentencia.
4. Incorporar como parte integrante de este fallo las precisiones expuestas en los fundamentos N.ºs 9 y 10, que hacen referencia a la Ley N.º 27770.
5. Remitir copias de esta sentencia al Poder Judicial, al Consejo Nacional de la Magistratura y a la Fiscalía de la Nación, para los

finés de ley.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

c) *NORMAS DE EJECUCION PENAL
COMO NORMAS PROCEDIMENTALES
/ DERECHO AL PROCEDIMIENTO
PREESTABLECIDO*

*Exp. 1593-2003-HC/TC [Dionisio
Llajaruna Sare]*

*fecha de resolución: 30 de enero de
2004 fecha de publicación: 30 de ene-
ro de 2004. En el mismo sentido 1594-
2003-HC/TC [Máximo Llajaruna
Sare].*

Exp. N.º 1593-2003-HC/TC

TRUJILLO

DIONICIO LLAJARUNA SARE

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

En Callao, a los 30 días del mes de enero de 2004, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Dionicio Llajaruna Sare contra la sentencia de la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 75, su fecha 5 de mayo de 2003, que declaró infundada la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de abril de 2003, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra los

magistrados de la Primera Sala Penal de Trujillo, por considerar que con la expedición de la resolución de fecha 28 de febrero de 2003, que declaró improcedente el beneficio de liberación condicional, se viola su derecho a la libertad individual. Alega que fue condenado por hechos que sucedieron entre 1989 y 1990, cuando no se encontraba vigente la Ley N.º 25475, sino la Ley N.º 25031 que, a su vez, modificó la Ley N.º 24700. Refiere que si bien el artículo 5º de la Ley N.º 24651 estableció que los sentenciados por terrorismo no tenían derecho a los beneficios penitenciarios, en la actualidad esta norma no está vigente, ni ninguna otra, dado que los Decretos Legislativos N.ºs 895 y 896 fueron declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

Realizada la investigación sumaria, con fecha 8 de abril de 2003 el Juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Trujillo declara infundado el hábeas corpus, por considerar que cuando el accionante cometió el delito se encontraba vigente la Ley N.º 24651, que prohibía la concesión de los beneficios penitenciarios, por lo que es de aplicación, en su caso, el Decreto Legislativo N.º 927, que establece dichos beneficios para quienes hubieran cumplido efectivamente las tres cuartas partes de la pena impuesta.

La recurrida confirma la apelada, por estimar que el recurrente no ha cumplido el requisito de haber cumplido los tres cuartos de la pena, exigido por el Decreto Legislativo N.º 927.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se ordene que los emplazados otorguen el beneficio penitenciario de libertad condicional pues, al declarárselo improcedente, aplicaron una ley que no se encontraba vigente al momento de cometerse el delito, aduciendo que se lesiona su derecho constitucional a la libertad individual.

2. A juicio del recurrente, «(...) en el tiempo debe aplicarse la ley ultraactiva más benigna para resolver la petición del beneficio de liberación condicional planteada por el

interno (...), por cuanto si una nueva ley resulta más gravosa o restrictiva para los derechos del procesado o condenado, el juzgador debe decidirse por la más benigna, es decir, por aquella que no importe una restricción más severa o penosa de su libertad individual (...)» (fjs. 100).

A su vez, cuando interpuso el recurso extraordinario, y frente a lo expresado por la recurrida, de que actualmente se encuentra en vigencia el Decreto Legislativo N.º 927 [que contiene una prohibición semejante a la que en su momento establecía la Ley N.º 25031, que remitía a su vez a la Ley N.º 24651, vigente cuando se cometió el delito], el recurrente sostuvo que cuando solicitó la concesión del beneficio penitenciario de la libertad condicional, no se encontraba vigente ninguna disposición legal, pues ésta se presentó antes de que se expidiera el Decreto Legislativo N.º 927, y con posterioridad a la publicación de la sentencia dictada por este Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 0010-2002-AI/TC.

3. Diversos, pues, son los temas que se plantean en la demanda, pero también en los agravios expresados en el recurso extraordinario. A saber, la determinación de la ley aplicable en el tiempo para resolver una solicitud de acogimiento a cierta clase de beneficios penitenciarios (semilibertad y libertad condicional), la naturaleza de los beneficios penitenciarios y su relación con la libertad individual. Cada uno de estos aspectos será analizado, en lo que sigue, por este Tribunal Constitucional.

§2. Naturaleza de las normas del Derecho Penitenciario y la necesidad de considerar la materia que cada una de ellas regula

4. Si hay una cuestión que es relativamente pacífica en la doctrina y la jurisprudencia comparada es aquella de que los criterios para resolver el problema de la ley aplicable en el tiempo están condicionados, en el sistema penal, a la verificación previa de si tal disposición es una que forma parte del derecho penal material o, en su defecto, del derecho procesal penal [Claus Roxin, *Derecho Penal*, T. 1, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 164].

En nuestro ordenamiento, tratándose de una disposición que forma parte del derecho penal material, la ley aplicable es la vigente al momento de cometerse el delito. Así se desprende del ordinal «d» del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, a tenor del 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».

Rige, pues, el principio *tempus delicti commissi*, y está prohibido, conforme se enuncia en el artículo 103º de la misma Constitución, la aplicación retroactiva de las leyes, «salvo en materia penal cuando favorece al reo». Ese ha sido el criterio expuesto por este Tribunal en la STC N.º 1300-2002-HC/TC: «Nuestro ordenamiento prohíbe la aplicación retroactiva de las normas. Como excepción a la regla se permite la aplicación retroactiva en materia penal, cuando favorece al reo (...). Esta excepción es aplicable a las normas del derecho penal material, por ejemplo, en caso de que, posteriormente a la comisión del delito, entre en vigencia una norma que establezca una pena más leve. El artículo 6 del Código Penal prescribe que se aplicará la norma vigente al momento de la comisión del delito y, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, se aplicará la más favorable» [Fund. Jur. N.º 8].

5. A diferencia de lo que ocurre en el derecho penal material, la doctrina coincide en que en el derecho procesal penal la regla es distinta. «El ámbito de vigencia temporal de la ley penal se precisa a través de la prohibición de la retroactividad. La penalidad tiene que estar expresamente determinada, antes que el hecho sea cometido. La retroactividad de la ley penal hace referencia a la penalidad, a los fundamentos de la penalidad. La prohibición de la retroactividad tiene que ver con todos los presupuestos materiales de la pena, pero no con las normas procesales (...)» [Harro, Otto, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter Berlin-New York, 2000, pág. 18-19; en similares términos, J. Wessels y W. Beulke,

Strafrecht Allgemeiner Teil, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, págs. 18-19].

Ese también ha sido el criterio sostenido por este Tribunal en la STC N.º 1300-2002-HC/TC. Respecto a la aplicación de normas en el tiempo, se precisó que «la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación» [Fun. Jur. N.º 7], pues «(...) el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo. Está prohibida la aplicación retroactiva de normas no sólo por estar prohibida constitucionalmente, sino porque debido a la naturaleza del proceso, como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que éstos se producen». [Fund. Jur. N.º 9].

6. Ahora bien, si el problema se aborda aplicando los criterios del derecho penal material [Cf. STC N.º 0804-2002-HC/TC], tendría que admitirse que la ley aplicable sería la ley vigente al momento de cometerse el delito. Sin embargo, una construcción de esa naturaleza adolece de un problema. Como antes se ha destacado [Fund. Jur. N.º 4], el principio *tempus delicti commissi* sólo es aplicable para el derecho penal material, que ciertamente no comprende a un tema como los beneficios penitenciarios, que es una materia propia del Derecho Penitenciario [Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pág. 24].

El Tribunal Constitucional estima, además, que para la solicitud de los beneficios penitenciarios de liberación condicional y semilibertad tampoco es aplicable el inciso 11) del artículo 139º de la Constitución, según el cual uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, es «La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

En primer lugar, el recurrente, que solicita acogerse a la liberación condicional, no tiene la condición de «procesado», sino la de «condenado», por virtud de una sentencia judicial firme en su contra.

En segundo lugar, pese a que existe un

nexo entre la ley penal [que califica la conducta antijurídica y establece la pena], y la ley penitenciaria [que regula las condiciones en las que se ejecutará la pena impuesta], esta última no tiene la naturaleza de una «ley penal», cuya duda sobre sus alcances o eventual colisión con otras leyes, imponga al juzgador la aplicación de la ley más favorable.

7. Si, por el contrario, el mismo problema de aplicación de la ley para resolver una solicitud de otorgamiento del beneficio penitenciario, se resolviese conforme a las reglas del derecho procesal penal y, en ese sentido, se determinase que es la ley vigente al momento de presentarse la solicitud promovida por el recurrente, podría interpretarse que el Tribunal Constitucional desconoce que, en rigor, el tema de las condiciones en las que se ejecuta la pena, tampoco es un tema del derecho procesal penal, sino, una vez más, del Derecho Penitenciario [Josep-María Tamarit Sumalla et al., *Curso de Derecho Penitenciario*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág. 47 y sgtes.].

O, aún más, podría generarse una situación en la que, para resolver una controversia como la de autos, el Tribunal tenga que mediar en una polémica que en última instancia se deriva del reconocimiento o no de la autonomía científica del derecho penitenciario; y para lo cual, desde luego, este Colegio no fue creado.

Y es que el Tribunal Constitucional no es una instancia donde se resuelvan las polémicas existentes en la academia o en el foro, sino un órgano que, en el seno de los procesos constitucionales, como el hábeas corpus, tiene que pronunciarse sobre si un acto vulnera o no un derecho constitucional. Le corresponde esclarecer la duda sobre la legitimidad constitucional de un determinado acto al cual se reputa agravio a un derecho reconocido en la Constitución. Tarea, que, desde luego, tampoco puede realizarse ignorando a la doctrina autorizada, pues el Derecho –cualquiera sea la disciplina de la que se trate–, no es una ciencia cuya creación la realice, *ex novo*, este Tribunal.

8. Desde esa perspectiva, y al subrayar

que en la doctrina especializada existe un debate inconcluso sobre el carácter de las disposiciones del denominado derecho penitenciario, es decir, si pertenecen al derecho penal material o al derecho procesal penal, o que en él existen, simultáneamente, normas de una y otra disciplina [Luis Gracia Martín (Coordinador), *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 285], el Tribunal considera que el problema no debe resolverse en abstracto, sino teniendo en consideración la norma en concreto de cuya aplicación se trata. Y es que como afirma Maurach [*Derecho Penal. Parte General*, T. 1, 1994, pág. 198], «(...) La cuestión acerca de cuándo nos encontramos frente al derecho material y cuándo frente al derecho procesal no debe ser resuelta conforme a la, muchas veces, arbitraria acumulación de materias en las leyes, sino según su sustancia».

Desde esta perspectiva, este Tribunal estima que no son de aplicación retroactiva las disposiciones que tienen carácter sancionador, como, por ejemplo, las que tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para su imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos. La aplicación de la norma vigente al momento de la comisión del hecho delictivo constituye, en efecto, una consecuencia del principio de legalidad penal, en su variante de *lex praevia*. La exigencia de ley previa constituye una garantía emergente de la propia cláusula del Estado de Derecho (art. 43º de la Constitución), que permite al ciudadano conocer el contenido de la prohibición y las consecuencias jurídicas de sus actos.

En cambio, tratándose de disposiciones de carácter procesal, ya sea en el plano jurisdiccional o netamente administrativo-penitenciario, el criterio a regir, *prima facie* y con las especificaciones que más adelante se detallarán, es el de la eficacia inmediata de la ley procesal.

§3. Ley aplicable y beneficios penitenciarios

9. Sobre el particular, en la STC N.º 2196-2002-HC/TC, el Tribunal ha sostenido que:

«En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley N.º 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados.

En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley N.º 27770 ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse» (Fund. Jur. Nos. 9 y 10).

§3.1. Alcances del artículo VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal

10. Antes de proseguir con el análisis del tema, conviene precisar los eventuales alcances que sobre el tema en cuestión pueda tener el artículo VIII del Código de Ejecución Penal, que dispone que: «La retroactividad y la interpretación de este Código se resuelven en lo más favorable al interno».

Dicha disposición, tomando en cuenta que la ley aplicable es la vigente al momento de presentarse, por ejemplo, la solicitud de acogimiento a los beneficios penitenciarios, determina que una nueva ley pueda ser aplicable retroactivamente en aquellos casos en los que, a pesar de que la solicitud se presentó durante la vigencia de una ley anterior, la

nueva ley establece condiciones más favorables para acceder a los beneficios penitenciarios.

De manera que si, *prima facie*, tal solicitud debe resolverse conforme a la ley vigente al momento de presentarse tal petición, se aplicará la nueva ley, siempre que ésta regule tal materia de manera más favorable a las expectativas del interno.

En la dilucidación de la controversia que ahora nos ocupa, por cierto, no entra en juego la segunda parte del referido artículo VIII del Código de Ejecución Penal, esto es, el mandato de que el juzgador deberá interpretar las disposiciones de dicho Código de Ejecución de la manera más favorable al interno. En este último caso, en efecto, ya no se está frente a un supuesto de dos o más leyes que pugnan por ser aplicadas para resolver una determinada materia, sino frente a una sola disposición cuyo sentido prescriptivo admite diversas formas de comprensión. En tal supuesto, como dispone el artículo VIII del Código de Ejecución Penal, el operador jurídico ha de aplicar dicha disposición en el sentido interpretativo que sea más favorable al interno.

§3.2. Eficacia inmediata de la ley que regula las condiciones para acogerse a los beneficios penitenciarios y derecho al procedimiento preestablecido en la ley

11. Ahora bien, si las disposiciones que establecen los supuestos para conceder un beneficio penitenciario, como la liberación condicional y la semilibertad, no son normas materialmente penales, éstas deben considerarse, a los efectos de determinar la ley aplicable en el tiempo, como normas materialmente procesales o procedimentales, como se ha dicho.

Se trata, en efecto, de normas que establecen los presupuestos para iniciar un procedimiento (artículos 50° y 55° del Código de Ejecución Penal) destinado a crear certeza en el juez penal de que el tiempo de prisión efectiva y el tratamiento penal efectuado, permiten concluir que el interno está apto para

reincorporarse a la sociedad, pues fue reeducado y rehabilitado durante el tiempo que sufrió la condena.

En ese sentido, el problema de la ley aplicable en el tiempo ha de resolverse, *prima facie*, a la luz del principio de eficacia inmediata de las leyes, con las modulaciones que éste pueda tener como consecuencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho «a no ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos», al que se refiere el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

12. Sobre el particular, en la STC N.° 2928-2002-AA/TC, este Colegio destacó que el derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, sino que las normas con las que se inició un determinado procedimiento, «no sean alteradas o modificadas con posterioridad» por otra. De esta manera, iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que «nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos».

Por lo tanto, la cuestión ahora en debate es: ¿cuál ha de ser el momento que establezca la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que acontece, con el de los beneficios penitenciarios aquí abordados? El Tribunal Constitucional considera que ese *dies a quo* es la fecha en la cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio de semilibertad o liberación condicional, esto es, conforme se desprende de los artículos 50° y 55° del Código de Ejecución Penal, respectivamente, la fecha en la que se presenta la solicitud para acogerse a los beneficiarios.

Desde ese momento, cualquier modificación que se realice a las condiciones para acogerse a un beneficio penitenciario no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el

artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno [Cf. Supra, Fun. Jur. N.º 12].

§4. Los criterios de aplicación de la Ley N.º 27770

13. Por todo lo expuesto, tratándose de cualquier norma que regule el tema de las condiciones para acogerse a un beneficios penitenciarios de liberación condicional y semilibertad, como sucede también con el regulado por la Ley N.º 27770, su aplicación se efectúa de manera inmediata a todas aquellas solicitudes presentadas desde que ella entró en vigencia, con independencia de la ley que sobre la misma materia se encontraba vigente cuando se cometió el delito o la que estuvo vigente cuando se dictó la sentencia condenatoria.

Si, una vez presentada la solicitud, se realizase una modificación de leyes, cuyo sentido fuera prever un tratamiento diferente, esas solicitudes deberán ser resueltas conforme a la Ley N.º 27770, que se encontraba vigente al momento de presentarse la petición ante el juez, pues la eventual aplicación de la nueva ley para resolver esa misma solicitud, sólo sería a condición de que esta última fuese más favorable al interno (Art. VIII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal).

§5. Necesaria evaluación judicial de las condiciones para conceder los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional

14. No obstante el Tribunal Constitucional considera oportuno precisar que el otorgamiento de beneficios no está circunscrito únicamente al cumplimiento de los requisitos que el legislador pudiera haber establecido como parte de ese proceso de ejecución de la condena.

La determinación de si corresponde o no otorgar a un interno un determinado beneficio penitenciario, en realidad, no debe ni puede reducirse a verificar si aquél cumplió o no con los supuestos formales que la normatividad contempla (plazo de internamiento efectivo, trabajo realizado, etc).

Dado que el interno se encuentra privado de su libertad personal por virtud de una sentencia condenatoria firme, la concesión de beneficios esta subordinada a la evaluación del juez, quien estimará si los fines del régimen penitenciario [inciso 22) del artículo 139º de la Constitución] se han cumplido, de manera que corresponda reincorporar al penado a la sociedad aún antes de que no se haya cumplido con la totalidad de la condena impuesta, si es que éste ya demuestra estar reeducado y rehabilitado.

15. En el Fundamento N.º 151 y siguientes, de la STC N.º 0010-2002-AI/TC, el Tribunal señaló que «En el Estado Democrático de Derecho, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, lo cual, conforme a nuestra Constitución Política, artículo 139º, inciso 22), 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 que «el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados».

[Dicha disposición constitucional](...), no por su condición de principio, carece de eficacia, ya que comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea en el momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o en el momento de establecer el *cuántum* de ellas.

Dentro de la condiciones cómo se ejecutará la pena, se encuentra, desde luego, la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, pues ello es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendi-

dos. La justificación de las penas privativas de libertad es, en definitiva, la protección de la sociedad contra el delito. Ello sólo puede tener sentido, «si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo».

16. En efecto, si mediante los beneficios penitenciarios, como la libertad condicional o la semilibertad, se autoriza legalmente que la pena impuesta por un juez pueda eventualmente suspenderse antes de su total ejecución, tal autorización está condicionada a que los fines de la pena, a los que se refiere el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución, se hayan cumplido. «Los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en los principios constitucionales de los fines de la pena (...), es decir, en la reeducación y en la reinserción social: la prevención especial y el tratamiento y en los factores positivos en la evolución de la personalidad del recluso para individualizar la condena impuesta, haciendo así una aplicación del principio de sentencia indeterminada y ofreciendo al penado estímulos gratificantes para lograr su adhesión a esos modos de comportamiento que puedan valorarse como indiciarios de esa evolución positiva, cumpliendo las prescripciones de un programa de tratamiento individualizado» [Ignacio Berdugo Gómez y Laura Zúñiga Rodríguez, *Manual de Derecho Penitenciario*, Editorial Colez-Universidad de Salamanca, Madrid, 2001, pág. 377-378].

De modo que la concesión de un determinado beneficio penitenciario, como la libertad condicional o la semilibertad a favor de un interno, está condicionada a una evaluación judicial previa, consistente en analizar que el tratamiento penal brindado al condenado durante la ejecución de la pena, permita prever que éste está apto para ser reincorporado a la sociedad, precisamente por haber dado muestras, evidentes y razonables, de haberse reeducado y rehabilitado.

Ese es el criterio que se desprende de diversas disposiciones del Código de Ejecución

Penal. Así, por ejemplo, su artículo 50°, *in fine*, establece que «El beneficio será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer que no cometerá nuevo delito...».

Del mismo modo, el artículo 55° del mismo cuerpo de leyes, precisa que: «La liberación condicional se concede por el Juzgado que conoció el proceso. Recibida la solicitud de otorgamiento del beneficio de liberación condicional, que debe estar acompañada de los documentos originales que acrediten el cumplimiento de los requisitos, el Juez la pone en conocimiento del Fiscal correspondiente, quien emite dictamen pronunciándose por su procedencia o denegatoria, en el plazo improrrogable de cinco días. Recibido el dictamen fiscal, el Juez resuelve dentro del término de diez días en Audiencia, que se realiza con la presencia del solicitante, el Fiscal y el Juez. En dicha diligencia se dará lectura a las piezas más importantes del expediente de petición. El Fiscal fundamentará oralmente las razones por las que conviene o rechaza la petición de concesión del beneficio, luego hará uso de la palabra el Abogado Defensor, lo que constará en el Acta de la Audiencia. El beneficio será concedido en los casos que la naturaleza del delito cometido, la personalidad del agente y su conducta dentro del establecimiento, permitan suponer, que no cometerá nuevo delito. Contra la resolución procede recurso de apelación, en el plazo de tres días».

El mismo criterio ha sido establecido por este Tribunal en la STC N.° 1607-2003-HC/TC, en la cual sostuvo que «Conforme al artículo 139°, inciso 22), de la Constitución, el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Es por ello que en nuestro ordenamiento jurídico cuentan con cobertura beneficios, tales como la liberación condicional, que permiten al penado egresar del establecimiento penitenciario antes de haber cumplido la totalidad de la pena, siempre que se haya logrado su rehabilitación». De ahí que «(..) En atención a dicho fin preventivo de la pena que legitima el beneficio de liberación condicional, su concesión deberá

requerir de parte del juzgador, además de una verificación del cumplimiento de los requisitos legales, de una actividad valorativa que determine si el tratamiento penitenciario ha logrado su cometido. Por ello que el artículo 55° del Código de Ejecución Penal señala que el beneficio de liberación condicional «[...] 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».

17. En resumen, lo verdaderamente trascendental al momento de resolverse una solicitud de acogimiento a un determinado beneficio penitenciario, como la liberación condicional, es la evaluación del juez, y no la opinión que sobre este tema tengan las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario, la cual sólo tiene un valor indiciario. Y es que si se admitiera que lo verdaderamente predominante para la concesión es el informe favorable expedido por el INPE en torno a si se cumplieron los fines de la pena, y se redujera la labor del juez a evaluar sólo si se cumplió el plazo que la ley exige como mínimo para su otorgamiento, entonces, se desvincularía al juez de la verificación de una tarea que constitucionalmente le compete.

§6. Hábeas corpus y los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional

18. Ahora bien, que los beneficios penitenciarios constituyan derechos subjetivos expectaticios previstos en la ley, no quiere decir que ellos tengan naturaleza constitucional o, acaso, que se encuentren constitucionalmente garantizados en virtud del derecho a la libertad individual.

Como antes se ha expuesto, 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, de manera que una evaluación judicial que considere que el interno no se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, antes

de que venza la pena, a través de la concesión de un beneficio penitenciario, no puede considerarse como una violación de dicha libertad individual.

19. Ello no quiere decir que la denegación de tales solicitudes de libertad puedan o deban ser resueltas de manera caprichosa o arbitraria por los jueces competentes. No se puede olvidar, sobre el particular, que la resolución que la concede o deniega debe atenerse escrupulosamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho reconocido en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución; es decir, que deberá resolverse de manera especialmente fundamentada, precisándose los argumentos fácticos y jurídicos en los cuales se sustenta.

Resulta claro que, inexistente o manifiestamente arbitraria dicha que sea fundamentación [Cf. STC 0806-2003-HC/TC], la resolución que deniega el beneficio penitenciario no constituye una violación del derecho a la libertad individual, sino, concretamente, del derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales, susceptible de protección mediante un proceso constitucional distinto al hábeas corpus. Y es que si se encuentra restringida temporalmente la libertad locomotora del sentenciado en virtud de una sentencia condenatoria firme, la denegación de tales beneficios penitenciarios no altera tal restricción.

20. En el caso de autos, el recurrente señala que su solicitud de acogimiento a un beneficio penitenciario se ha resuelto aplicando una ley que temporalmente no era la aplicable. Sobre el particular, y sin perjuicio de lo indicado en los fundamentos precedentes, debe precisarse que si bien en autos no se ha adjuntado tal solicitud, a fin de corroborar la fecha en la que ésta se presentó y determinar qué ley era la aplicable, es posible deducir, conforme se aprecia de los documentos obrantes de fojas 1 a 13, que ésta se presentó antes de que entrara en vigencia el Decreto Legislativo N.º 927, es decir, durante la vigencia del artículo 19° del Decreto Ley N.º 25475, que prohíbe la concesión de beneficios penitenciarios a los internos condenados por

el delito de terrorismo.

FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar infundado el hábeas corpus.
2. Remitir copia autenticada de esta sentencia al Poder Judicial, al Ministerio Público y al Consejo Nacional de la Magistratura.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA



§ 5

Interdicción de la *reformatio in pejus*

a) INTERDICCIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEJUS*: DERECHO DE DEFENSA

Exp. 1231-2002-HC, [Ann Vallie Lynelle] fundamentos jurídicos 2-3.

fecha de resolución: 21 de junio de 2002, fecha de publicación: 20 de septiembre de 2002.

EXP. N.º 1231-2002-HC/TC

LIMA

ANN VALLIE LYNELLE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veintiún días del mes de junio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Ann Vallie Lynelle contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal para Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas cuarenta y nueve, su fecha uno de abril de dos mil dos, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha uno de marzo de dos mil dos, interpone acción de hábeas corpus contra la Segunda Sala Penal Especializada en Delito de Tráfico Ilícito de Drogas de la Corte Suprema de Justicia de la República, por violación del principio *reformatio in peius* y del derecho de defensa.

Alega que, con fecha once de mayo de mil novecientos noventa y ocho, fue condenada por la Sala Penal Especializada en Delito de Tráfico Ilícito de Drogas de la Corte Superior de Justicia de Lima a siete años de pena privativa de la libertad, por el ilícito previsto en el artículo 296° del Código Penal. Sostiene que, al interponer recurso de nulidad contra dicha sentencia, mediante Ejecutoria Suprema N.º 7429-97, de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, la emplazada declaró haber nulidad en la sentencia impugnada y, reformándola, le impuso quince años de pena privativa de la libertad, variándose también el tipo penal conforme al cual fue condenada por el previsto en el inciso 7) del artículo 297° del Código Penal.

Sostiene que después de que entrara en vigencia la Ley N.º 27454, de fecha veinticuatro de mayo de dos mil uno, solicitó a la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao la adecuación de su pena, la cual se declaró procedente. No obstante, indica, dicha resolución judicial no se pronunció en torno a la variación del tipo penal, lo que juzga lesivo de su derecho constitucional de defensa.

Considera que tales hechos afectan el principio *reformatio in peius*, que constituye un límite al poder sancionatorio del Estado, así como el derecho de defensa, pues se resolvió sobre un aspecto que no había sido objeto del contradictorio en el proceso penal.

Admitida a trámite la demanda, se recabó la hoja de reporte del proceso penal seguido contra la actora. No se tomó la declaración de los magistrados que integraban la Segunda Sala Penal emplazada, puesto que éstos ya no ejercen funciones jurisdiccionales y se desconocen sus domicilios.

El Vigésimo Primer Juzgado Penal de Lima, con fecha cuatro de marzo de dos mil dos, declaró improcedente la acción de hábeas

corpus, por considerar principalmente que ésta no procede contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.

La recurrida confirmó la apelada, por considerar principalmente que la acción de hábeas corpus no procede para corregir un error material en la adecuación del *nomen iuris* de un tipo penal, pues este puede subsanarse ante la correspondiente instancia judicial.

FUNDAMENTOS

1. Mediante la presente acción de hábeas corpus se cuestiona la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal Especializada en Delito de Tráfico Ilícito de Drogas de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, que condenó a la recurrente a quince años de pena privativa de libertad, por el delito previsto en el inciso 7) del artículo 297° del Código Penal.

Se alega que dicha sentencia lesiona el principio *reformatio in peius* y el derecho de defensa, por lo siguiente: a) pese a que la recurrente impugnó la sentencia de la Sala Penal Especializada en Delito de Tráfico Ilícito de Drogas de la Corte Superior de Justicia de Lima, que la condenaba a pena privativa de libertad por siete años, cuando se resolvió el recurso de nulidad, la emplazada modificó la pena, aumentándola a quince años; b) la resolución cuestionada aumentó la pena privativa de la libertad, considerando el tipo penal señalado en el inciso 7) del artículo 297° del Código Penal, respecto del cual no fue acusada y contra el que, por tanto, no pudo ejercer su derecho de defensa, puesto que inicialmente fue condenada a siete años de pena privativa de la libertad por el ilícito previsto en el artículo 296° del Código Penal.

2. La Constitución reconoce el derecho de defensa en el inciso 14), artículo 139°, en virtud del cual se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado

cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por concretos actos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos.

Como refiere el inciso mencionado, tal derecho se proyecta a todas las etapas y articulaciones que pudiera comprender la articulación del proceso, las que indudablemente abarcan, por lo que al caso de autos importa resaltar, cuando se hace uso de los recursos impugnatorios. El derecho a los recursos forma parte, así, del contenido esencial del derecho a la pluralidad de instancias, no sólo a título de una garantía institucional que posibilita su ejercicio, sino también como un elemento necesario e imposterizable del contenido del debido proceso, en la medida en que promueve la revisión, por un superior jerárquico, de los errores de quienes se encuentran autorizados, en nombre del pueblo soberano, a administrar justicia.

En materia penal, la interposición de un medio impugnatorio tiene la virtud de determinar la competencia del órgano judicial superior, en el sentido de que este no puede: a) modificar arbitrariamente el ilícito penal con el que se venía juzgando al procesado; y, b) aumentar la pena inicialmente impuesta, si ningún otro sujeto procesal ha hecho ejercicio de los medios impugnatorios. Como expresa el artículo único de la Ley N.° 27454, que modifica el artículo 300° del Código de Procedimientos Penales, «si el recurso de nulidad es interpuesto por uno o varios sentenciados, la Corte Suprema sólo puede confirmar o reducir la pena impuesta y pronunciarse sobre el asunto materia de impugnación», salvo que el medio impugnatorio haya sido interpuesto también por el Ministerio Público, en cuyo caso «la Corte Suprema podrá modificar la pena impugnada, aumentándola o disminuyéndola, cuando ésta no corresponda a las circunstancias de la comisión del delito».

Una exigencia de esta naturaleza, por un lado, se deriva de la necesidad de respetar el derecho de defensa de la persona sometida a

un proceso penal, lo cual no se lograría si, destinando su participación a defenderse de unos cargos criminales, precisados en la denuncia o en la formulación de la acusación fiscal, sin embargo, termina siendo condenado por otros, contra los cuales, naturalmente, no tuvo oportunidad de defenderse; y, por otro, no puede modificar la pena aumentando los extremos de la sanción, pues es indudable que no habiendo interpuesto medio impugnatorio el titular de la acción penal, esto es, el Ministerio Público, aquel extremo debe entenderse como consentido y, por tanto, prohibido de reformarse para empeorar la pena.

3. En el caso de autos se denuncia la violación del principio *reformatio in peius*, pues, como expresa la actora, pese a que no interpuso medio impugnatorio el representante del Ministerio Público, la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema modificó la pena, inicialmente impuesta, de siete años de pena privativa de la libertad, y la empeoró al aumentársela a quince años. Aunque tal hecho, conforme a lo sostenido por este Tribunal en el fundamento jurídico precedente, constituya una infracción del principio mencionado, también es cierto que este extremo de la lesión cesó, puesto que, con fecha seis de julio de dos mil uno, la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao, al amparo de la Ley N.º 27454, adecuó la pena solicitada por la actora y la señaló en siete años; por lo que, en este extremo de la pretensión, es de aplicación el inciso 1) del artículo 6º de la Ley N.º 23506.

4. No sucedió lo mismo, sin embargo, en relación con el tipo penal por el cual la Segunda Sala Penal emplazada aumentó los años de pena privativa de la libertad. Como se ha expresado en los antecedentes de esta sentencia, la actora fue condenada a siete años de pena privativa de la libertad por el delito previsto en el artículo 296º del Código Penal. En cambio, cuando la emplazada aumentó la pena a quince años, actuó de ese modo porque entendió que se infringió el artículo 297º, inciso 7), del Código Penal.

El asunto no tendría mayor relevancia con respecto al objeto del hábeas corpus, si no

fuera porque más allá de esta omisión de adecuarse al *nomen iuris* correspondiente, que la recurrida ha calificado como un simple «error material», se encuentra de por medio la presencia de una nueva imputación, que alteró el contradictorio del proceso penal y, al mismo tiempo, impidió que se ejerciera efectivamente el derecho de defensa de la actora.

En efecto, como antes ha sostenido este Tribunal en el fundamento N.º 2 de esta sentencia, en materia penal, el tribunal de alzada no puede pronunciarse fuera de los términos de la acusación sin afectar con ello los derechos de defensa y al debido proceso. En realidad, considerados conjuntamente, tales derechos garantizan que el acusado pueda conocer de la acusación formulada en su contra en el curso del proceso penal y, de esa manera, tener la posibilidad real y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan, pero también que exista congruencia entre los términos de la acusación fiscal y el pronunciamiento definitivo del Tribunal Superior, pues de otra forma se enervaría la esencia misma del contradictorio, garantía natural del debido proceso judicial, y con ello también el ejercicio del derecho de defensa del acusado.

5. Tales garantías, precisamente, no se observaron en el caso de autos. Según se ha expuesto antes, cuando la Segunda Sala Penal Especializada en Delito de Tráfico Ilícito de Drogas de la Corte Suprema de Justicia de la República transgredió el principio *reformatio in peius*, modificó también el tipo penal que sirvió a la Sala Penal Especializada en Delito de Tráfico Ilícito de Drogas de la Corte Superior de Justicia de Lima para condenar a la recurrente. Es decir, del tipo genérico del delito de tráfico ilícito de drogas, previsto en el artículo 296º, se varió a la figura delictiva prevista en el artículo 297º, inciso 7), del Código Penal; esto es, a una forma agravada del mismo delito.

En suma, se afectó el derecho de defensa, pues resulta claro que la recurrente no tuvo posibilidad de defenderse contra un ilícito penal sobre el que no estuvo informada.

Por estos fundamentos, el Tribunal

Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda; reformándola, la declara **FUNDA-DA** y, en consecuencia, nula la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal Especializada en Delito de Tráfico Ilícito de Drogas de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, por lo que la emplazada debería de expedir nueva resolución conforme a sus atribuciones. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

AGUIRRE ROCA

REY TERRY

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

- b) *INTERDICCIÓN DE LA REFORMATIO IN PEJUS: TIPO PENAL Y QUANTUM DE LA PENA*

Exp. 1553-2003-HC/TC [Esteban Juvencio Pérez Solís]

fecha de resolución: 2 de setiembre de 2004, fecha de publicación: 5 de octubre de 2004

EXP. N.º 1553-2003-HC/TC

LIMA

ESTEBAN JUVENCIO PÉREZ SOLÍS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a 2 de setiembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Walter Mendoza Pérez, abogado de Esteban Juvencio Pérez Solís, contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 187, su fecha 16 de marzo de 2003, que declaró infundada la acción de habeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de febrero de 2003, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Segunda Sala Penal para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual, con fecha 09 de setiembre de 2002, confirmó la resolución del Cuadragésimo Sexto Juzgado Penal de Lima, que declaró improcedente pedido de semilibertad. Alega que los emplazados han interpretado erróneamente la resolución de fecha 07 de setiembre de 2001, por la cual se le adecuó la pena en aplicación del artículo 300 del Código de Procedimientos Penales; agregando que dicha adecuación no solo debe ser entendida respecto del cuántum de la pena, sino también respecto del tipo penal aplicable.

Realizada la investigación sumaria, se recogió el testimonio del accionante, quien declaró haber sido condenado a 15 años de pena privativa de la libertad por el delito de tráfico de drogas, tipificado en el artículo 296º del Código Penal, y que, habiendo interpuesto recurso de nulidad, la Corte Suprema de Justicia de la República reformó dicha pena imponiéndole 25 años, de conformidad con la modalidad agravada del delito de tráfico ilícito de drogas, tipificado en el artículo 297 del Código Penal. Por su parte, Josefa Vicenta Izaga Pellegrín, vocal de la emplazada Sala, manifestó que el accionante fue condenado a 15 años de cárcel por el delito de tráfico ilícito de drogas, pena que al ser recurrida ante la Corte Suprema, se modificó a 25 años, la misma que posteriormente fue adecuada al amparo del artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, modificado por Ley N.º 27454, a 15 años; añadiendo que dicha adecuación solo se refiere al cuántum de la pena, y no al tipo penal y que, por ello, el beneficio solicitado resulta improcedente.

El Vigésimo Juzgado Penal de Lima, con fecha 15 de abril de 2003, declaró infundado el hábeas corpus, por estimar que el proceso penal que en fase de ejecución de sentencia se viene efectuando contra el accionante es conforme al debido proceso.

La recurrida confirmó la apelada por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. Para entender la situación procesal que motiva la demanda de autos, es necesario tener presente lo siguiente: a) el accionante fue condenado, con fecha 20 de mayo de 1999, a 15 años de pena por el delito de tráfico ilícito de drogas, tipificado en el artículo 296 del Código Penal; b) dicha condena fue modificada por la Corte Suprema de Justicia de la República, la que, considerando que los hechos denunciados se encuentran tipificados en el artículo 297 del Código Penal, le impuso una pena de 25 años; c) con fecha 7 de setiembre de 2001, de conformidad con el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, se produce la adecuación de pena, dejándose sin efecto la modificación realizada por la Corte Suprema, y se establece que la pena que debe cumplir el accionante es de 15 años; d) con fecha 17 de junio de 2002, se declara improcedente el beneficio de semilibertad, argumentándose que la resolución mediante la cual se adecuó la pena no hizo lo propio con el tipo penal, por lo que el accionante sigue siendo condenado por el delito tipificado en el artículo 297 del Código Penal, el cual, según el artículo 4° de la Ley N.° 26320, no goza del beneficio de semilibertad. Dicha resolución es confirmada por la emplazada.

2. Como ya lo ha señalado este Tribunal (Exp. N.° 1918-2002-HC), la interdicción de la reformatio in peius o «reforma peyorativa de la pena» es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional, la cual se relaciona con los derechos de defensa y de interponer recursos impugnatorios. De acuerdo con dicha garantía, el órgano jurisdiccional que conoce de un proceso en segunda instancia no puede empeorar la situación del recurrente en caso de que solo este hubiese recurrido la resolución emitida en

primera instancia. En atención a dicho principio y a lo dispuesto en el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, modificado por Ley N.° 27454, si solo el sentenciado solicita la nulidad de la sentencia condenatoria, entonces el ius puniendi del Estado, cuyo poder se expresa en la actuación de la instancia decisoria, no podrá modificar la condena sancionando por un delito que conlleve una pena más grave que la impuesta en anterior instancia. Distinto, como es lógico, es el caso en que el propio Estado, a través del Ministerio Público, haya mostrado su disconformidad con la pena impuesta, a través de la interposición del recurso impugnatorio, pues en tal circunstancia, el juez de segunda instancia queda investido de la facultad de aumentar la pena, siempre que ello no importe una afectación del derecho a la defensa, esto es, siempre que no se sentencie sobre la base de un supuesto que no haya sido materia de acusación.

3. La pena privativa de la libertad de 15 años impuesta al recurrente por el delito tipificado en el artículo 296 del Código Penal fue modificada por la Corte Suprema, imputándosele la comisión del delito tipificado en el artículo 297, el cual impone una pena mínima de 25 años. Así, la modificación peyorativa de la pena, en el presente caso, no solo abarca el cuántum, sino también la calificación del delito. Por tanto, la resolución de adecuación de pena, aunque no lo especifique, debe interpretarse en el sentido de que fija tanto el cuántum de la pena como el tipo penal aplicable de acuerdo con lo determinado en la condena impuesta en primera instancia.

4. Sin embargo, ello no significa que el beneficio solicitado tenga que necesariamente ser concedido. En efecto, el beneficio penitenciario de la semilibertad permite al sentenciado egresar del establecimiento penal antes de haber concluido la pena, siempre que se haya logrado su rehabilitación. En atención a ello, el artículo 50, in fine, del Código de Ejecución Penal establece que dicho beneficio se concede 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

un nuevo delito. Es decir, que para la obtención de dicho beneficio no basta con cumplir los requisitos de ley, sino que se exige del juzgador una actividad valorativa que determine si el tratamiento penitenciario ha logrado su cometido.

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

HA RESUELTO

Declarar FUNDADA la acción de hábeas corpus en el extremo referido a la adecuación de la pena; en consecuencia, dispone que la Segunda Sala Penal Corporativa para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima emita una nueva resolución de adecuación, comprendiendo en ella no solo el cuántum de la pena, sino también el tipo penal respectivo; e INFUNDADO respecto a la concesión del beneficio penitenciario.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

c) *INTERDICCION DE LA REFORMATIO IN PEJUS Y DERECHO A INTERPONER RECURSOS*

Exp. 1918-2002-HC [Alfonso Salazar Montalván]

fecha de resolución: 10 de setiembre de 2002 fecha de publicación: 31 de octubre de 2003

EXP. N.º 1918-2002-HC/TC

LA LIBERTAD

ALFONSO SALAZAR MONTALVÁN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de setiembre de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Aguirre Roca, Presidente, Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli

Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Alfonso Salazar Montalván contra la sentencia de la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fojas 232, su fecha 18 de junio de 2002, que declaró infundada la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de abril de 2002, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra los vocales supremos de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, doctores Cabala Rossand, Escarza Escarza, Huamaní Llamas, Zegarra Chávez y Vidal Morales, alegando que han afectado su derecho a la libertad individual al haber expedido la Resolución de fecha 10 de enero de 2002, que declara no haber nulidad en la Resolución de fecha 10 de agosto de 2001, que declaró improcedente la adecuación de pena solicitada.

Afirma que la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República lo condenó a 25 años de pena privativa de la libertad por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, reformando una sentencia dictada por la Sala Penal Superior Transitoria que lo condenaba a 10 años. Indica que ello tuvo lugar no obstante que el Ministerio Público estuvo conforme con la pena impuesta en primera instancia y que el Procurador Público sólo interpuso recurso de nulidad contra el extremo de la sentencia que absolvía de los cargos fiscales a otros coinculpadados, mas no contra el extremo referente a su condena; agrega que por tal motivo solicitó la adecuación de su pena en aplicación de la Ley N.º 27454, lo que fue declarado improcedente por la Tercera Sala Especializada Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y confirmado por los emplazados.

Los emplazados manifiestan que la Ley N.º 27454 pretende dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, y que en uso del control difuso de constitucionalidad no se aplicó al caso del

recurrente; añadiendo que el cuestionamiento del recurrente es de puro derecho y que, por tanto, no puede discutirse en un proceso de hábeas corpus.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial argumentó que en el presente caso resulta de aplicación el inciso c del artículo 16° de la Ley N.° 25398, que determina la improcedencia de una acción de hábeas corpus cuando el recurrente se encuentra cumpliendo pena privativa de la libertad.

El Sexto Juzgado Especializado en lo Penal de Trujillo, con fecha 3 de mayo de 2002, declaró infundada la demanda, por considerar que las anomalías presentadas dentro de un proceso regular deben ventilarse y resolverse dentro del mismo proceso, mediante los recursos que las normas procesales establecen.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. La presente acción de hábeas corpus es presentada por el recurrente con la finalidad de que se deje sin efecto la resolución expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que declaró no haber nulidad en la resolución de la Tercera Sala Especializada Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que declaró improcedente la adecuación de pena solicitada.

2. Si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta de que existe una pena limitativa del derecho a la libertad, cuyo cuántum se discute, es la eventual afectación del derecho a la libertad individual la que, en última instancia, debe determinarse, por lo que el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos.

3. En vista de que la Procuradora Pública ha solicitado que se declare improcedente la presente acción de hábeas corpus invocando

el inciso c del artículo 16° de la Ley N.° 25398, que prescribe la improcedencia de la presente acción cuando el recurrente se encuentre cumpliendo pena privativa de la libertad, este Tribunal considera necesario precisar, tal como lo hizo en el Caso Tineo Cabrera (Exp. 1230-2002-HC-TC), que el referido precepto, correctamente interpretado, significa que no puede acudir al hábeas corpus para revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria, pero sí para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en un proceso penal en el que se han vulnerado las garantías judiciales mínimas de toda actuación judicial.

4. La interdicción de la reformatio in peius o reforma peyorativa de la pena es una garantía del debido proceso implícita en nuestro texto constitucional. Si bien tal interdicción se identifica íntimamente con el derecho de defensa, pues agravar una pena para condenar por un ilícito que no haya sido materia de acusación, importa una grave afectación del mentado derecho, es indudable que la proscripción de la reformatio in peius también tiene una estrecha relación con el derecho de interponer recursos impugnatorios. En efecto, y en la línea de lo mencionado en su momento por el Tribunal Constitucional Español (STC 45/1993, FJ 2°), admitir que el Tribunal que decide el recurso tiene facultad para modificar de oficio, en perjuicio y sin audiencia del recurrente, la sentencia íntegramente aceptada por la parte recurrida, sería tanto como autorizar que el recurrente pueda ser penalizado por el hecho mismo de interponer su recurso, lo que supone introducir un elemento disuasivo del ejercicio del derecho a los recursos legalmente previstos.

5. Este es el espíritu que subyace en la Ley N.° 27454 que modifica el artículo 300° del Código de Procedimientos Penales. Esta ley es clara en definir que si sólo el sentenciado solicita la nulidad de la sentencia condenatoria, entonces el *ius puniendi* del Estado, cuyo poder se expresa en la actuación de la instancia decisoria, ha encontrado un límite: el cuántum de la pena no podrá ser aumentado.

Distinto, como es lógico, será el caso en que el propio Estado haya mostrado su desconformidad con el establecimiento de la pena, a través de la interposición del recurso impugnatorio, pues en tal circunstancia el juez de segunda instancia queda investido incluso de la facultad de aumentar la pena, siempre que ello no importe una afectación del derecho a la defensa, esto es, siempre que no se sentencie sobre la base de un supuesto que no haya sido materia de acusación, como ha quedado dicho.

6. En el presente caso, tal como consta en el Acta de lectura de sentencia de fojas 59, tanto el recurrente como el Ministerio Público mostraron su conformidad con la sentencia de la Sala Penal Superior Transitoria Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que condenó al recurrente a 10 años de pena privativa de la libertad. Ciertamente es que el Procurador del Estado presentó un recurso de nulidad contra dicha sentencia, tal como consta a fojas 62, pero también lo es que el recurso estuvo exclusivamente dirigido a cuestionar la sentencia en el extremo que absolvía de los cargos a dos de las personas que fueron procesadas junto con el recurrente. De este modo, cuando la Corte Suprema de Justicia de la República aumentó la pena impuesta al recurrente a 25 años, no sólo incurrió en una indebida reforma peyorativa de la pena, toda vez que el Estado no había impugnado la sentencia de primera instancia, sino que se avocó indebidamente al conocimiento de un extremo de la sentencia que no había sido materia de impugnación por parte de ninguna de las partes interesadas. Por ello, en el caso sub examine, la adecuación de la pena resultaba plenamente procedente, en estricta aplicación de la Ley N.º 27454.

7. No puede desatenderse que en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 18, que declara no haber

nulidad en la resolución de la Tercera Sala en lo Penal que declaró improcedente la solicitud de adecuación de la pena, se llega a tal conclusión por considerarse que la Ley N.º 27454 afecta el principio de la cosa juzgada consagrado constitucionalmente, en razón de lo cual inaplica al caso del recurrente la referida ley. Sin embargo, el principio constitucional de la cosa juzgada no puede interpretarse en el sentido de impedir la aplicación retroactiva benigna de la ley penal. En efecto, la Ley N.º 27454, al regular una materia penal a favor de los sentenciados, debe ser aplicada retroactivamente, circunstancia que, por lo demás, se encuentra expresamente prevista en su Única Disposición Transitoria.

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, confirmando la apelada, declaró infundada la acción de hábeas corpus; y, reformándola, la declara FUNDADA; en consecuencia, nula la Resolución de fecha 10 de enero de 2002, expedida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, y ordena expedir una nueva resolución conforme a los fundamentos de la presente sentencia. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

AGUIRRE ROCA

REY TERRY

REVOREDO MARSANO

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

§ 6

Juez natural y juez predeterminado por ley

6.1 Reserva de ley y predeterminación de las funciones jurisdiccionales

a) RESERVA DE LEY ORGANICA

Exp. N° 0004-2001-AI [Acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N° 900, modificatorio de varios artículos de la Ley de hábeas corpus y amparo],

fecha de resolución: 13 de agosto de 2001. fecha de publicación: 27 de diciembre de 2001.

EXP. N.º 004-2001-I/TC

DEFENSOR DEL PUEBLO (E)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los trece días del mes de agosto del dos mil uno, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente, Rey Terry, Vicepresidente; Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, pronuncia, por unanimidad, la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo (e), contra el Decreto Legislativo N.º 900, que modifica determinados artículos de la Ley N.º 23506 de Hábeas Corpus y Amparo.

ANTECEDENTES

El Congreso de la República, mediante la Ley N.º 26950 delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo para que legisle en materia de *seguridad nacional* por el plazo de quince días; y, en mérito a dicha autorización, el mismo dictó once decretos legislativos,

entre los cuales el N.º 900, publicado el veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y ocho en el diario oficial *El Peruano*, cuyos artículos 1º y 2º modifican los artículos 15º y 20º, y el 29º, respectivamente, de la Ley N.º 23506, mientras que el artículo 3º dispone que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cree las Salas Superiores y Juzgados de Derecho Público en los distritos judiciales donde la carga procesal lo requiera.

La inconstitucionalidad demandada se sustenta en:

1. Excesos en materia delegada.

Expresa el demandante que el procedimiento para la delegación de facultades se encuentra regulado en el artículo 101º de la Constitución vigente; por ello, se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 900 porque la regulación de las garantías de hábeas corpus y amparo no fue objeto de delegación, y porque, conforme al inciso 4) del artículo 104º de la Constitución, no se pueden delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo, respecto a materias reservadas a leyes orgánicas.

Del mismo modo, sostiene que al establecer la norma impugnada que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República puede crear Salas Superiores de Derecho Público y Juzgados Especializados en Derecho Público en los distritos judiciales donde la carga procesal lo requiera, está regulando una materia reservada a ley orgánica.

2. La regulación sobre garantías constitucionales.

Añade que la norma impugnada vulnera la Constitución, porque fue dictada para afectar la eficacia de las garantías de hábeas corpus y amparo, cuya regulación debe realizar-

se garantizando un mecanismo procesal «efectivo» de defensa de los derechos humanos, y no restringiendo o limitando la eficacia de los procesos de habeas corpus y amparo, tal como lo consideró la Corte Interamericana de Derechos Humanos al interpretar los alcances de los artículos 7.6 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Opinión Consultiva OC-8/87, del treinta de enero de mil novecientos ochenta y siete).

Agrega que al establecer el Decreto Legislativo N.º 900 que en los distritos judiciales de Lima y Callao, los procesos de hábeas corpus y amparo se interpondrán ante los jueces especializados en Derecho Público, se restringe indebidamente el acceso a estos instrumentos procesales, esenciales para la protección de los derechos humanos, porque a partir de esta reforma sólo dos son los jueces que conocen estos casos en ambos distritos judiciales, cuando la Ley N.º 23506, con la regulación anterior, permitía que cualquiera de los cincuenta jueces penales de Lima y Callao pudieran conocer el proceso de hábeas corpus, y que cualquier juez de turno pudieran conocer el proceso de amparo; puesto que, se pretende que sólo ciertos jueces –cuya imparcialidad ha sido severamente cuestionada–, sean los encargados de conocer los procesos de defensa de los derechos humanos, para evitar, de este modo, cualquier posible control jurisdiccional independiente e imparcial.

Finalmente, expone que el Tribunal Constitucional debe actuar con celeridad para dictar sentencia en el presente proceso, dado que la aplicación de la norma cuestionada impide una eficaz protección jurisdiccional de los derechos fundamentales –especialmente el de la libertad individual, protegida por la acción de hábeas corpus–, al limitar el acceso a la justicia y generar una sobrecarga de casos, así como el consiguiente retraso.

La demanda interpuesta es admitida a trámite, por resolución del catorce de mayo de dos mil uno, corriéndose traslado de la demanda, tanto al Congreso de la República como al Poder Ejecutivo para que nombren sus apoderados y procedan a contestarla; sin embargo, vencido el plazo de treinta días que establece el artículo 32º de la Ley N.º 26435

Orgánica del Tribunal Constitucional, ninguno ha cumplido con hacerlo.

FUNDAMENTOS

1.El segundo párrafo del artículo 104º de la Constitución, concordante con el inciso 4) del artículo 101º de la misma, señalan que no se puede delegar al Poder Ejecutivo facultades para que legisle en materia de leyes orgánicas, lo cual constituye una limitación a la prerrogativa mencionada.

a. Los artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo N.º 900 modifican los artículos 15º y 20º, y 29º, respectivamente, de la Ley N.º 23506, de Hábeas Corpus y Amparo, estableciendo la competencia de los Juzgados y Salas de Derecho Público en la capital de la República y en la Provincia Constitucional del Callao, así como la de los Juzgados Civiles, Penales o Mixtos en los demás distritos judiciales del país.

En ese sentido, aunque la Ley N.º 23506 es anterior a la Constitución vigente, desde la promulgación de ésta, cualquier regulación relativa a los procesos constitucionales, sea que modifique la Ley N.º 23506 o implique la dación de una nueva legislación, debe hacerse mediante ley orgánica, conforme lo establece el artículo 200º de la Constitución; en consecuencia, los artículos anotados contravienen lo dispuesto por el referido artículo constitucional.

b. El artículo 3º de la norma impugnada establece los lineamientos a seguir para la creación de los Juzgados y Salas de Derecho Público en los distritos judiciales que requieran de dichos órganos jurisdiccionales, los que asumirán la competencia exclusiva de los mismos; sin embargo, este Colegiado estima que se está legislando una materia reservada a la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que corresponde a ella estructurar la organización de dicho poder del Estado, en concordancia con lo dispuesto por la última parte del artículo 143º de la Constitución; además, lo regulado en el artículo 3º antes anotado, no guarda relación con la materia objeto de delegación.

c. En cuanto al artículo 4º del Decreto Legislativo N.º 900, cuando este declara que «Lo dispuesto en el artículo 1º del presente decreto legislativo no es aplicable a los delitos a que

se refiere el artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 895, que mantiene su plena vigencia»; lo que intenta es regular otra materia reservada a ley orgánica, puesto que el establecimiento de los alcances de la competencia de los jueces para conocer los procesos constitucionales, debe realizarse necesariamente conforme a lo estipulado por el artículo 200º de la Constitución, vale decir, por ley orgánica.

Queda claro, en consecuencia, que la norma impugnada ha legislado en materias sujetas a reserva de ley orgánica, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 104º de la Constitución.

2. En esta materia debe existir un criterio uniforme para la tramitación de las acciones de hábeas corpus y amparo en todo el territorio de la República, toda vez que en la capital de la misma y en la Provincia Constitucional del Callao existía, conforme a la norma impugnada, un tratamiento diferenciada que limitaba indebidamente a dos jueces el conocimiento de los procesos de hábeas corpus y amparo, según lo advierte la Defensoría del Pueblo no sólo en su escrito de demanda, sino también en su Informe Defensorial «Análisis de los Decretos Legislativos sobre Seguridad Nacional dictados al Amparo de la Ley N.º 26950», lo cual dilataba innecesariamente un proceso –al circunscribirlo a dos jueces en Lima y Callao–, que, por la naturaleza de los derechos protegidos, es sumarisimo y deberá sustanciarse ante cualquier juez competente.

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

FALLA

Declarando **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** el Decreto Legislativo N.º 900, el cual queda sin efecto desde el día siguiente a la publicación de la presente. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

AGUIRRE ROCA

REY TERRY NUGENT

DÍAZ VALVERDE

ACOSTA SÁNCHEZ

REVOREDO MARSANO

b) JUEZ NATURAL Y RESERVA DE LEY ORGANICA: NO IMPIDE SUBESPECIALIZACION MEDIANTE RESOLUCION ADMINISTRATIVA

Exp. N.º 1330-2002-HC [Marcial Mori Dávila]

*fecha de resolución 9 de julio de 2002
fecha de publicación 7 de marzo de 2003*

EXP. N.º 1330-2002-HC/TC

LORETO

MARCIAL MORI DÁVILA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de julio de 2002, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Marcial Mori Dávila contra la sentencia de la Sala Penal Corte Superior de Justicia de Loreto, de fojas 52, su fecha 12 de abril de 2002, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente, con fecha 6 de marzo de 2002, interpone acción de hábeas corpus contra los Vocales de la Sala Penal Transitoria Especializada en Delitos de Tráfico Ilícito de Drogas de la Corte Superior de Justicia de Loreto. Alega que se ha transgredido su derecho al debido proceso, pues, con fecha 20 de octubre de 2000, la Sala Penal expidió sentencia imponiéndole la pena privativa de libertad de 15 años. Señala que se le aplicó el tipo penal de colaboración con el narcotráfico,

previsto en el artículo 296° del Código Penal, cuando la imputación materia del proceso fue la prevista en el artículo 297°, inciso 7), del Código Penal.

Realizada la investigación sumaria, se constató que el actor se encuentra recluso desde el 17 de noviembre de 1999, y que fue condenado a quince años de pena privativa de la libertad por el delito previsto en el artículo 297° del Código Penal y no por el señalado en el artículo 296°, que corresponde al tipo penal en banda.

El Primer Juzgado Penal de Maynas, a fojas 28, con fecha 8 de marzo de 2002, declaró improcedente la acción de hábeas corpus, considerando, principalmente, que la sentencia cuestionada emana de un procedimiento regular.

La recurrida confirmó la apelada por considerar que mediante esta acción se pretende afectar el principio de la cosa juzgada.

FUNDAMENTOS

1. Se alega la violación del derecho de defensa ya que, pese a que el accionante fue sometido a proceso penal por el delito tipificado en el inciso 7) del artículo 297° del Código Penal, sin embargo, fue sentenciado por el delito tipificado en el artículo 296° del mismo Código Penal. Se sostiene que tal actuación jurisdiccional constituye también una infracción de los derechos reconocidos en los incisos b) y c) del artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues no se le comunicó, previa y detalladamente, la acusación formulada en su contra ni se le concedió el tiempo y los medios adecuados para que pudiera formular su defensa. Se manifiesta, finalmente, que se vulneró el derecho a un juez competente, ya que la Sala Penal que lo condenó fue creada por una resolución administrativa y no mediante una ley.

2. El derecho de defensa garantiza que los justiciables, en la determinación de sus derechos y obligaciones, sea cual fuere su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión. Tal derecho, considera el Tribunal, fue respetado en el caso de autos, no siendo aplicable la doctrina sentada por este Colegiado en el Caso Tineo Cabrera (Exp. N.° 1230-2002-HC/TC), pues, a diferencia

de lo que allí sucedió, en el presente caso, la condena por el delito previsto en el artículo 296° del Código Penal fue impuesta después de que se juzgó al recurrente por un delito más agravado que, sin embargo, pertenece a la misma familia, esto es, el regulado en el inciso 7) del artículo 297° del mismo Código Penal. No obstante, no estima que la condena impuesta al recurrente por el tipo genérico del delito de tráfico ilícito de drogas constituya una violación del derecho de defensa, pues tal variación no impidió que el actor pudiera ejercer eficazmente su defensa, tanto es así que, con su ejercicio, al desvirtuarse la modalidad agravada, sólo fue sancionado por la infracción del tipo base.

La prohibición recordada por este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Caso Ann Vallie Lynelle (Exp. N.° 1231-2002-HC/TC) y, posteriormente ratificada en el Caso Tineo Cabrera, en el sentido de que «en materia penal, el tribunal de alzada no puede pronunciarse más allá de los términos de la acusación penal, a fin de no afectar el derecho de defensa y al debido proceso», sólo opera cuando, dentro la misma familia, al juzgársele por el tipo base, se termina sancionando al justiciable por una modalidad más agravada, y no, naturalmente, a la inversa, como ha sucedido en el presente caso.

3. Asimismo, se ha alegado la violación del derecho de ejercer la defensa «eficazmente» en consideración a que el recurrente no dispuso del tiempo y los medios para prepararla, pues su abogado defensor no tuvo acceso al expediente debido a que éste se encontraba en la Sala, con sede en la ciudad de Lima, y no contaba con recursos suficientes para trasladarse a la capital de la República.

A ello se suma, añade el accionante, que la Sala emplazada se presentó sin previo aviso, iniciándose la audiencia el 19 de octubre de 2000, a las 7 p.m., mientras que se dictó la sentencia condenatoria al día siguiente, a las 10 a.m.

El Tribunal Constitucional considera, en efecto, que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa el poder disponer de un tiempo razonable y de contar con los medios adecuados para su preparación. Sin embargo, no juzga que tal contenido del derecho de defensa se

haya visto lesionado por el hecho de haberse sentenciado al recurrente al día siguiente de haberse concluido el acto del juicio oral. Y es que, en el caso de autos, la celeridad de la decisión judicial no está en relación directa con la existencia de un estado de indefensión al que se haya visto sometido el recurrente, sino con la capacidad del juzgador de resolver prontamente, si es que se tiene en cuenta, como datos indiciarios, que el recurrente ingresó al establecimiento penal con fecha 1 de diciembre de 1999 y se dictó sentencia condenatoria el 20 de octubre de 2000.

De otro lado, a lo largo del proceso de hábeas corpus tampoco se ha demostrado que el recurrente o su abogado defensor no hayan podido acceder a la revisión de las piezas procesales del expediente, y, de esa manera, hayan estado impedidos de ejercer eficazmente el derecho de defensa.

5. Finalmente, el Tribunal Constitucional tampoco considera que se haya violado el derecho al juez natural como consecuencia de que la Sala Penal que lo juzgó, como se alega, fuera creada por la Resolución Administrativa N.º 328-CME-PJ. En realidad, no es dicha resolución administrativa la que crea la Sala Penal emplazada, sino que esta, la Sala Penal de la Corte Superior se encuentra prevista en la Ley Orgánica del Poder Judicial. A lo único que se limita la resolución administrativa es a señalar determinadas subespecialidades de algunas de las salas penales creadas por ley. En ese sentido, no es aplicable la *ratio decidendi* señalada por este Tribunal en el Exp. N.º 004-2001-I/TC ya que, en tal caso, se consideró que la creación de juzgados y salas de derecho público –órganos judiciales, por cierto, no previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial– no podía realizarse en virtud de un decreto legislativo, pues se trataba de una materia sujeta a reserva de ley orgánica.

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, confirmando la apelada, declaró improcedente la

demanda; y, reformándola, la declara **INFUNDADA**. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

c) JUEZ PREDETERMINADO POR LEY EN LOS PROCESOS ANTICORRUPCION

Exp. N.º 290-2002-HC/TC [Eduardo Martín Calmell del Solar],

fecha de resolución: 6 de enero de 2003, fecha de publicación: 4 de junio de 2003, fundamentos jurídicos N.º 7 -11. En el mismo sentido: Exp. N.º 1013-2003-HC/TC [Héctor Ricardo Faisal Fracalossi] y Exp. N.º 1076-2003-HC/TC [Luis Bedoya de Vivanco]

7. El recurrente considera que se ha lesionado su derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley. A su juicio, el mandato de detención dictado en su contra fue expedido por «un juez incompetente y parcializado, puesto que las resoluciones administrativas que crean los juzgados anticorrupción contravienen el derecho al debido proceso, niegan un juez natural, un juez imparcial...».

A su juicio, mediante el artículo 2º de la Resolución N.º 024-2001-CT-PJ, el Consejo Transitorio del Poder Judicial viola la disposición constitucional según la cual están prohibidos los procesos por delegación, toda vez que estableció que la Corte Superior de Justicia de Lima «puede disponer la conformación de una Sala Penal Especial para el conocimiento exclusivo de los procesos que se están investigando en torno al ciudadano Montesinos Torres». Sostiene, asimismo, que hay una infracción de dicho derecho constitucional, «ya que de acuerdo a la ley orgánica del Poder Judicial, la competencia de los jueces penales para conocer de un caso específico se determina de manera aleatoria a través de la mesa de partes de los juzgados penales...».

De otro lado, considera que se ha violado el principio de reserva de ley en la determinación de la competencia de los jueces, pues su competencia se ha previsto mediante resoluciones administrativas. A su juicio, para su juzgamiento, se ha creado inconstitucionalmente una jurisdicción especial «en razón de las personas (lo que) importa el establecimiento de una jurisdicción basada en el derecho penal de autor...». Finalmente, sostiene que se viola su derecho a un juez imparcial, pues con la designación de jueces especiales lo que se persigue es la expedición de sentencias condenatorias.

8. El segundo párrafo del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, consagra el derecho al «juez natural» o, como *expresis verbis* allí se señala, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Dicho derecho es una manifestación del derecho al «debido proceso legal» o, lo que con más propiedad, se denomina también «tutela procesal efectiva». Mediante él se garantiza un diverso haz de atributos, que si inicialmente surgieron como garantías del individuo dentro de un proceso, ahora se ha convertido en una institución que asegura la eficacia de la potestad jurisdiccional del Estado. Como afirma Ada Pellegrini Grinover, «las garantías constitucionales del debido proceso legal se convierten, de garantías exclusivas de las partes, en garantías de estructura cooperativa, en donde la garantía de imparcialidad de la jurisdicción brota de la colaboración entre las partes y el juez. La participación de los sujetos del proceso no sólo permite a cada quien aumentar las posibilidades de obtener una decisión favorable, sino significa cooperación en el ejercicio de la jurisdicción. Más allá de las intenciones egoístas de las partes, la estructura dialéctica del proceso existe para revertir en beneficio de la buena calidad de la prestación jurisdiccional y de la perfecta adherencia de la sentencia a la situación de derecho material subyacente» [*O processo constitucional em marcha*, Max Limonad, Sao Paulo 1985, pág. 8]

El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley está expresada en términos dirigidos a evitar que se juzgue a un individuo en

base a «órganos jurisdiccionales de excepción» o por «comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación».

En ese sentido, exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional. Se garantiza, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación. De esa manera se impide que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse el conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido.

La noción de juez «excepcional», que el derecho que en referencia prohíbe, no debe confundirse con la de jurisdicciones especializadas. En efecto, sin perjuicio de reconocerse la unidad de la jurisdicción estatal, en el derecho comparado se admite que además de los jueces ordinarios pueden haber jueces especiales. Es lo que sucede con el Tribunal Constitucional que, «en contraposición a la magistratura ordinaria, se puede definir como juez especial constitucional» [Giovanni Verde, *L'ordinamento giudiziario*, Giuffrè editore, Milano 2003, pág. 1]. Lo mismo podría decirse en relación con los tribunales militares, dentro del ámbito estricto que la Constitución los ha previsto.

Tampoco, desde luego, debe asociarse a la de jueces «especializados» existentes en el seno del Poder Judicial. Si las jurisdicciones especializadas constituyen una jurisdicción preestablecida por la ley, distintos de la jurisdicción ordinaria, los jueces especializados nacen tras producirse determinadas exigencias de justicia y de la necesidad de darles una adecuada composición.

En segundo lugar, exige que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley. Ello, por un lado, comporta la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial nece-

sariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*. Y por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139°, inciso 3), y 106° de la Constitución. «La predeterminación legal del juez significa», como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España [STC 101/1984], «que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso», según las normas de competencia que se determine en la Ley.

El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley garantiza, como lo ha expresado la *Corte Costituzionale*, «una rigurosa imparcialidad del órgano judicial» (*Ordinanza* N.º 521/1991) o, como también lo prescribe el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, el juzgamiento por un «tribunal competente, independiente e imparcial».

9. El recurrente considera que se ha lesionado su derecho a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley, pues, a su juicio, el mandato de detención dictado en su contra fue expedido por «un juez incompetente y parcializado». No comparte dicho criterio el Tribunal Constitucional. En primer lugar, el órgano que resolvió dictar mandato de detención contra el recurrente y que se encuentra a cargo de las investigaciones judiciales, es uno propio del Poder Judicial, cuyo ejercicio de potestad jurisdiccional le fue establecido con anterioridad a la iniciación del proceso judicial.

En segundo lugar, si bien su competencia para conocer el proceso le fue asignada con posterioridad al inicio del mismo, ello no infringe el derecho a la predeterminación del juez. Como se ha dicho, este derecho implica que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal que lo ha investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al ini-

cio de la actuación judicial. Con ello se garantiza la independencia e imparcialidad del juez, que es el interés directo que se protege mediante esta derecho constitucional. Sin embargo, de ello no puede concluirse que cualquier modificación orgánica o funcional, cualquiera que sea su alcance y su contenido, pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados y que se encuentran pendientes de resolución, pues si la *ratio* del derecho es proteger la imparcialidad del juzgador, es claro que si tales modificaciones se realizan con criterios objetivos y de manera general, dentro de la jurisdicción ordinaria, es porque existe una presunción fundada de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad de los jueces y, por tanto, no resulta contraria al derecho en cuestión.

La predeterminación del juez en la ley, elemento propio del concepto de juez natural recogido en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución Política del Perú, se refiere únicamente al órgano jurisdiccional, y no a la creación anticipada de las salas especializadas que conocen del proceso. Como afirma Joan Pico i Junoy, «La predeterminación legal del juez que debe conocer de un asunto está referida al órgano jurisdiccional, y no a las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas ex lege de la misma competencia material, en relación con las cuales bastan que existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad» [*Las garantías constitucionales del proceso*, José María Bosh editor, Barcelona 1997, pág. 99]

En ese sentido, el Tribunal considera que «La predeterminación del juez no puede interpretarse rígidamente, de suerte que impida que las normas de carácter general sobre la organización judicial y competencia de los jueces y tribunales adquieran efectos temporales inmediatos, pues ello no sólo crearía importantísimas disfuncionalidades en la administración de justicia ... sino también porque esa rígida comprensión del concepto predeterminación no se corresponde con el espíritu y finalidad que inspira el derecho fundamental cuestionado, en tanto no resulte comprometida la imparcialidad del juzgador o se desvirtúe la razonable presunción de que ésta

no queda afectada dadas las características en la que se inserta la modificación operada» (STC de España, N.º 381/1992, Fun. Jur. N.º 4).

Como resulta evidente, los jueces a cargo del proceso materia de análisis, tenían tal calidad desde mucho antes de su designación para ejercer la sub-especialización en sede penal anticorrupción.

10. El recurrente deja entrever que esa imparcialidad se ha desnaturalizado debido a que la competencia de los denominados jueces anticorrupción habría sido adoptada en atención a una solicitud del Procurador de la República y a que se ha dispuesto que ellos se encargarán de conocer «todos los procesos seguidos contra Vladimiro Montesinos Torres y las personas ligadas a él, siendo el verdadero propósito de esta designación el emitir sentencias condenatorias en un breve plazo».

Tampoco comparte dicho criterio el Tribunal Constitucional. En primer lugar, el recurrente no ha acreditado que la designación de los denominados jueces anticorrupción sea consecuencia de una solicitud del Procurador de la República. Por el contrario, conforme se observa de la parte considerativa de la Resolución Administrativa N.º 024-2001-CT-PJ, la designación de los jueces penales y de una Sala Penal Superior Especial fue autorizada previo pedido del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En segundo lugar, aun cuando de la lectura del artículo 1º de la mencionada resolución se pudiera tener la sensación de que dichos juzgados y Sala Penal Especial se crearon con el objeto de «atender adecuadamente los procesos ya instaurados y los que se instauren como consecuencia de las investigaciones que se están realizando en diversos niveles en torno al ciudadano Vladimiro Montesinos Torres», esto es, como si fueran jueces nombrados para resolver la situación jurídica de una persona y, por tanto vulnerando el principio de igualdad; sin embargo, de la lectura integral de los demás artículos de la misma resolución y, en particular, del último de ellos, se colige que se trata de órganos propios de la jurisdicción ordinaria, cuya designación no se sustenta en el criterio de la

persona que se va a juzgar, sino en el de la sub-especialización en el seno de la justicia penal, derivado de las particularidades exigencias que se desprenden de un conjunto de ilícitos penales practicados desde las más altas instancias gubernamentales. De ahí que se haya dispuesto la autorización para contratar personal auxiliar, la prestación de apoyo técnico y financiero, la adopción de medidas de protección de los jueces competentes así como de medidas especiales para la custodia de los medios probatorios.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera legítimo que se puede disponer una sub-especialización en el ámbito de la justicia penal, si es que los motivos que la justifican persiguen garantizar la protección de otros bienes constitucionalmente relevantes. Por lo demás, su objetividad está fundamentada en consideraciones tales como la naturaleza del delito, la complejidad del asunto, la carga procesal y las «particulares exigencias del servicio» (*Corte Costituzionale, Sentenza N.º 174/1975*).

11. Finalmente, como antes se ha expuesto, el recurrente aduce que se ha violado el principio de reserva de ley en la determinación de la competencia de los jueces, pues se ha previsto mediante resoluciones administrativas.

Tampoco comparte dicho criterio el Tribunal Constitucional. En efecto, los alcances del principio de reserva de la ley orgánica, al que ha de vincularse el derecho a la jurisdicción preestablecida por ley, sólo alude: a) al establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional (antes, esta mismo Tribunal, por ejemplo, declaró que era inconstitucional el establecimiento de jueces y Salas de Derecho Público mediante una fuente distinta a la ley orgánica); y, b) la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso, pues es evidente que la unidad del Poder Judicial no impide, en modo alguno, la especialización orgánico-funcional de juzgados y tribunales por razón de la materia.

Desde esta perspectiva, la creación de

juzgados y de una sala sub-especializada en lo penal no está sujeta a reserva de ley orgánica, pues el artículo 82º, inciso 28), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, autoriza al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial una competencia, discrecional pero reglada, que encuentra en el propio ordenamiento judicial sus límites, para disponer la creación de Salas y Juzgados cuando así lo requiera una más rápida y eficaz administración de justicia. [«Roberto Romboli, «Teoria e prassi del principio di preconstituzione del giudice», en AA.VV. *Il principio di preconstituzione del giudice (Atti del convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e dall'Associazione 'Vittorio Bachelet'*», *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, N.º 66, Roma 1993, Pág. 35-36].

Ese ha sido, por lo demás, el criterio sostenido por este Tribunal en el Caso Marcial Mori Dávila [Exp. N.º 1320-2002-HC/TC], según el cual no contraría el derecho al juez natural que mediante una resolución administrativa se especifique la sub-especialidad de una Sala Penal prevista por la Ley.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que, en el caso, no se ha violado el derecho a la jurisdicción preestablecida por la ley ni el derecho a un juez competente, imparcial e independiente.

D) NULIDAD DE JUICIO ORAL REALIZADO POR JUECES SIN ROSTRO

Exp. N.º 2494-2002-HC/TC [Alfonso Joel Asencios Borja]

fecha de resolución: 24 de febrero de 2003
fecha de publicación: 8 de julio de 2003

EXP. N.º 2494-2002-HC/TC
LIMA

ALFONSO JOEL ASENCIOS BORJA



En Lima, a los 24 días del mes de febrero de 2003, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Aguirre Roca y Gonzales Ojeda, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Enis Elizabeth Asencios Borja, a favor de Alfonso Joel Asencios Borja, contra la sentencia de la Sala Penal de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 350, su fecha 4 de setiembre de 2002, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 13 de agosto de 2002, interpone acción de hábeas corpus, a favor de su hermano Alfonso Joel Asencios Borja, y la dirige contra la Sala Penal Suprema, integrada por los magistrados identificados con los Códigos N.ºs 50418627, 504078263, 56208391, 59728146, 52938071 y relator 20406590; y los magistrados de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, identificados con los Códigos N.ºs AA1, AA2 y AA3, Relator 112 y Secretario 875. Solicita que se declare inaplicable a su beneficiario la sentencia que lo condena a 20 años de pena privativa de la libertad, de fecha 30 de noviembre de 1994, en el proceso que por delito de terrorismo se le siguió. Sostiene que tal proceso se realizó con violación de los derechos al debido proceso, a las garantías de publicidad, y a un juez independiente, imparcial y competente. Asimismo, con violación del principio de legalidad penal, toda vez que el tipo penal por el que se le sancionó es abierto.

El Noveno Juzgado Penal para Procesos en Reserva de Lima, a fojas 165, con fecha 16 de agosto de 2002, declaró improcedente la demanda, por considerar que el proceso penal en el que se condenó al beneficiario como autor del delito de terrorismo fue regular, por lo que no puede dejarse sin efecto la cosa juzgada a través de un hábeas corpus.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución, forma parte del «modelo constitucional

del proceso», cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido.

Consecuentemente, la exigencia de su efectivo respeto no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando éste participa en un proceso judicial –o en cualquiera de los ámbitos a los que este Tribunal en diversas ocasiones se ha referido–, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera sea la materia que en su seno se pueda dirimir.

De esta forma, el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja «que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, ´justo´ sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también a un proceso capaz de conseguir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia».

2. Tal es lo que sucede, desde luego, con el derecho al juez natural, reconocido en el segundo párrafo del artículo 139° de la Constitución y cuyo contenido, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Suprema, debe concordarse con el artículo 8.1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley...».

La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinada a la luz de distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma tal que quede preservada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2 del mismo artículo 139°) e imparcialidad en la resolución de la causa.

3. En ese sentido, al realizarse contra el beneficiado del hábeas corpus el acto del juicio oral, sustentado en una acusación fiscal suscrita por un miembro del Ministerio Público no identificado, y al mismo tiempo llevarse adelante su juzgamiento oral y posterior con-

dena por magistrados cuya identidad se desconocía, se lesionó el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal competente, imparcial e independiente, toda vez que estaba en incapacidad de poder conocer con certeza quiénes lo juzgaban.

El Tribunal Constitucional comparte, *mutatis mutandis*, el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual «la circunstancia de que los jueces intervinientes en delitos por traición a la patria sean «sin rostro», determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia». (Caso Castillo Petruzzi. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Párrafo 133).

4. Sin embargo, no todo el proceso penal es nulo, pues los vicios a los que antes se ha hecho referencia no se extienden a la instrucción penal, sino sólo a la etapa del juicio oral, incluyendo la acusación fiscal.

En ese sentido, la nulidad de los efectos procesales de la sentencia condenatoria y la realización de un nuevo juicio oral contra el beneficiario, deberán sujetarse al artículo 2° del Decreto Legislativo N.° 926.

5. No procede la excarcelación, toda vez que, como se ha expuesto, al no afectar la nulidad de algunas etapas del proceso penal al auto apertorio de instrucción, el mandato de detención recobra todos sus efectos, por lo que, en lo sucesivo, el plazo de la detención judicial preventiva se computará conforme lo dispone la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.° 926, esto es, desde la fecha de expedición de la resolución que declare la anulación.

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, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda; y, reformándola, la declara **FUNDADA** en parte, precisando que, según lo expuesto en los fundamentos precedentes, la anulación de los efectos procesales de la sentencia

condenatoria, así como de los actos procesales precedentes, incluyendo la acusación fiscal, están sujetos al artículo 2° del Decreto Legislativo N.º 926; e **IMPROCEDENTE** en la parte que solicita la excarcelación. Dispone la notificación a las partes, su publicación conforme a ley y la devolución de los actuados.

SS.

**ALVA ORLANDINI
AGUIRRE ROCA
GONZALES OJEDA**

E) JUEZ NATURAL Y DERECHO A NO SER DESVIADO DE LA JURISDICCION PREDETERMINADA POR LEY

Exp. N.º 1934-2003-HC/TC [Juan Roberto Yujra Mamani]

fecha de resolución: 8 de setiembre de 2003, fecha de publicación: 18 de mayo de 2004 fundamentos jurídicos N.º 5-7

5. Respecto a la alegada vulneración del derecho al juez natural, como consecuencia de que el juez instructor y la Sala Penal que juzgaron al beneficiario fueran creados por virtud de una resolución administrativa, y no mediante una ley, como lo exigiría el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, el Tribunal Constitucional debe recordar su línea jurisprudencial atinente, expuesta en las sentencias emitidas en los Expedientes N.ºs 1330-2002-HC/TC y 1076-2003-HC/TC, cuyo sentido es que, en el caso de los juzgados y salas de drogas, creados mediante Resolución Administrativa N.º 328-CME-PJ, no existe violación del derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, ya que encontrándose creadas los juzgados y salas penales por ley, «[...] A lo único que se limita la resolución administrativa (referida) es a señalar determinadas subespecialidades de algunas de las salas penales...».

Como se ha afirmado en la STC N.º 1076-2003-HC/TC, «los alcances del principio de reserva de la ley orgánica, a los que ha de vincularse el derecho a la jurisdicción preestablecida por ley, sólo aluden: a) al establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la po-

testad jurisdiccional (antes, este mismo Tribunal, por ejemplo, declaró que era inconstitucional el establecimiento de jueces y Salas de Derecho Público mediante una fuente distinta a la ley orgánica); y, b) a la institución de diferentes niveles jurisdiccionales y a la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso, pues es evidente que la unidad del Poder Judicial no impide, en modo alguno, la especialización orgánico-funcional de juzgados y tribunales por razón de la materia.

Desde esta perspectiva, la creación de juzgados y de una sala subespecializada en lo penal no está sujeta a una reserva de ley orgánica, pues el artículo 82°, inciso 28), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, autoriza al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial una competencia, discrecional, pero reglada, que encuentra en el propio ordenamiento judicial sus límites, para disponer la creación de salas y juzgados cuando así lo requiera una más rápida y eficaz administración de justicia. Ese ha sido, por lo demás, el criterio sostenido por este Tribunal en el Caso Marcial Mori Dávila [Exp. N.º 1330-2002-HC/TC], según el cual, «(...) no contraría el derecho al juez natural que mediante una resolución administrativa se especifique la sub especialidad de una Sala Penal prevista por la ley...» [STC N.º 076-2003-HC/TC].

6. Asimismo, es oportuno precisar que cuando este Tribunal se ha referido al derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° como si se tratara del «derecho al juez natural», siempre lo ha hecho asumiendo que bajo la nomenclatura de ese derecho, en realidad, subyace el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, como se afirma en el precepto constitucional antes referido. No ha sido ajeno a este Tribunal, desde luego, que en el derecho comparado y en la literatura especializada, se suele diferenciar a ambos, y al hacerlo, se asigna como contenido constitucionalmente protegido del derecho al juez natural, el reconocimiento de un atributo subjetivo a favor del procesado o, en términos generales, de un justiciable, a ser juzgado por un juez-persona determinado, un juez-órgano territorialmente competente, o que cuente con una presunta mayor especialización, idoneidad, actitud, capacidad, etc.

Evidentemente, no es ese el contenido protegido del derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Este último sólo garantiza que «Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predestinada por la ley...», de manera que, como se destacó en el fundamento anterior, corresponde al legislador establecer los criterios de competencia judicial por medio de una ley orgánica, que concrete su contenido constitucionalmente protegido. En este último sentido, pues, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción preestablecida por la ley participa de la condición de un derecho de configuración legal, de modo que el empleo del nomen iuris «derecho al juez natural» no debe entenderse sino en el sentido de que se le utiliza por la tradición con la que cuenta y la aceptación que tiene en la comunidad jurídica nacional.

7. Por otro lado, se considera que la cuestionada creación de los juzgados y salas penales especializadas en el juzgamiento del delito de tráfico de drogas viola la garantía del derecho al juez imparcial, pues detrás de esa subespecialización subyacería un «prejuzgamiento» de los magistrados, que incidiría negativamente en los procesados por este tipo de delitos.

Sobre el particular, conviene enfatizar que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, al constituir una exigencia intrínseca derivada del derecho al debido proceso legal reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, es conceptualmente autónomo del derecho al juez natural. Y es que si bien la predeterminación legal del juez asegura su imparcialidad, este derecho también se encuentra relacionado con la efectividad de otros derechos fundamentales y, en particular, con los de igualdad procesal o de defensa.

Desde este punto de vista, debe recordarse que la imparcialidad judicial tiene una doble dimensión. Por un lado, constituye una garantía objetiva de la función jurisdiccional, es decir, se trata de una exigencia mínima que se predica del órgano llamado a resolver los conflictos y controversias jurídicas entre partes. Por otro, constituye un derecho

subjetivo de los justiciables, por medio del cual se garantiza a todos y cada uno de los que pudieran participar en un proceso judicial que puedan ser juzgados por un juez no parcializado, es decir, uno que no tenga prejuicios sobre las partes e, incluso, sobre la materia o la causa confiada para dirimir.

Como antes se ha dicho, la comprobación de que en un determinado caso judicial, el llamado a resolverlo carezca de imparcialidad es un tema que, por lo general, no puede ser resuelto en abstracto, esto es, con prescindencia de los supuestos concretos de actuación judicial.

Pero, en algunos casos, esa ausencia de imparcialidad puede perfectamente deducirse por la afectación de ciertos derechos constitucionales. Ello sucede, por ejemplo, cuando un procesado es juzgado por un juez que no se encuentra previamente predeterminado por la ley. En el caso, uno de los sentidos de la alegación formulada por el recurrente en torno a la violación de este derecho se ha realizado a propósito de la violación del derecho al juez predeterminado por la ley. A su juicio, dado que los jueces que lo juzgaron no eran los legalmente predeterminados, con ello se habría lesionado el derecho a un juez imparcial.

El Tribunal, por las razones señaladas en el Fundamento N.º 2., supra, no comparte los criterios del recurrente.

El recurrente también ha alegado que los jueces que lo condenaron, por la subespecialidad con la que cuentan en el ámbito del juzgamiento de los delitos de tráfico ilícito de drogas, no serían imparciales. A su juicio, el solo hecho de que hayan sido encargados para juzgar un tipo especial de delitos –el delito de tráfico ilícito de drogas– los haría, tout court, parcializados.

Tal cuestionamiento, en realidad, tiene que ver con un tema mayor; esto es, la posibilidad de que en el ámbito del órgano jurisdiccional pueda o no existir una subespecialización, no ya sólo para el caso del delito de tráfico ilícito de drogas, sino, en general, para cualquier otro tipo de delito, e, incluso, en temas ajenos a lo que es propio de la jurisdicción penal, como puede ser el ám-

bito del derecho civil o de otras disciplinas jurídicas. Sobre este tema, por cierto, el Tribunal Constitucional también se pronunciado, afirmando, entre otros, que es constitucionalmente admisible que en sede jurisdiccional puedan establecerse especializaciones y subespecializaciones, pues si éstas se basan en diversos criterios, como puede ser la complejidad del asunto, la densidad de la carga procesal, u otros que contribuyan con la promoción de una eficaz y pronta administración de justicia, obviamente con ellas no sólo se promueve una optimización del derecho a la tutela jurisdiccional sino, además, de los fines constitucionales que el Poder Judicial está llamado a cumplir.

Desde esa perspectiva, no habiéndose acreditado con elementos ciertos que quienes juzgaron y condenaron al recurrente hayan carecido de imparcialidad, también este extremo de la pretensión debe desestimarse.

6.2 Justicia ordinaria y justicia militar

6.2.1 Unidad de la Función jurisdiccional justicia militar

Exp. 0017-2003-AI/TC [Procesos de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley N° 24150, que regula el papel de las FF.AA. durante los estados de excepción].

Fecha de resolución: 16 de marzo de 2004, fecha de publicación: 23 de agosto de 2004, fundamentos jurídicos N° 112-127.

5.1 Los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional

112. Según el artículo 138° de la Constitución, la potestad de administrar justicia emana del pueblo, y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos. Entre los principios que rigen la administración de justicia se encuentran, entre los que aquí interesa resaltar, los denominados de unidad y exclusividad.

113. El principio de unidad de la función jurisdiccional es, esencialmente, una parte basilar de carácter organizativo, que se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las

situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado «Poder Judicial».

114. Evidentemente, ello no quiere decir que en el seno del Poder Judicial no se puedan establecer «secciones especializadas», que se sustenten en razones objetivas y razonables destinadas a optimizar la prestación de tutela jurisdiccional, como pueden ser los criterios de materia, territorio, cuantía, etc.

115. En suma, en su sentido orgánico, el principio de unidad garantiza la exigencia de que los juzgados y tribunales formen un único cuerpo organizado, con un gobierno común, organizados por instancias o niveles funcionales de actuación, independientes entre sí.

116. El principio de exclusividad, que en algunos ordenamientos jurídicos forma parte del principio de unidad, es directamente tributario de la doctrina de la separación de poderes, en virtud de la cual las diversas funciones jurídicas del Estado deben estar distribuidas en órganos estatales disímiles y diferenciados, siendo también distintos los funcionarios jurisdiccionales a quienes se ha confiado su ejercicio.

En ese sentido, el principio de exclusividad afecta, de un lado, al status jurídico de los magistrados y, por otro, al orden funcional del órgano de la jurisdicción ordinaria.

117. De acuerdo con el primero, los jueces que forman parte del Poder Judicial están dedicados única y exclusivamente a ejercer la jurisdicción, esto es, a ejercer funciones de naturaleza judicial, de modo que el ejercicio de la función que se les confía a los jueces y magistrados es incompatible con cualquier otra actividad pública y privada, con la única excepción de la docencia universitaria, y siempre que ella se ejerza fuera del horario de trabajo judicial, como precisa el artículo 146° de la Norma Suprema.

118. De acuerdo con el segundo, sólo el Poder Judicial ejerce la función jurisdiccional del Estado, sin que algún otro poder público pueda avocarse el ejercicio de dicha función. Así, es el Poder Judicial, en principio, el

único de los órganos estatales a quien se ha confiado la protección jurisdiccional de las situaciones subjetivas y de los intereses y bienes jurídicamente relevantes, no pudiéndose establecer ninguna jurisdicción independiente (artículo 139° inc. 1), o que otros órganos realicen el juzgamiento de materias confiadas a él ya sea por comisión o por delegación, o por «órganos jurisdiccionales de excepción o comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación» [inc. 1) y 3), art. 139° de la Constitución].

5.2 El principio de exclusividad y las jurisdicciones especializadas

119. El principio de exclusividad de la función jurisdiccional debe concordarse con el tratamiento constitucional que la Norma Suprema, in toto, brinda al ejercicio de la función jurisdiccional.

120. Desde este punto de vista, conviene precisar que de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del inciso 1) del artículo 139° de la Constitución, una de esas excepciones al principio de exclusividad y unidad, está representada por la existencia de la denominada «jurisdicción militar». Asimismo, debe advertirse que los principios de unidad y exclusividad judicial tampoco niegan la existencia de «jurisdicciones especializadas», como las confiadas al Tribunal Constitucional o al Jurado Nacional de Elecciones.

121. En suma, las excepciones previstas a los principios de unidad y exclusividad, en el segundo párrafo del inciso 1) del artículo 139° de la Constitución, no son las únicas constitucionalmente admisibles. Al lado de la jurisdicción militar y arbitral, existen otras jurisdicciones especializadas, es decir organismos de naturaleza jurisdiccional que administran un tipo de justicia especializada, como la constitucional y la electoral.

122. Evidentemente, la existencia de jurisdicciones especializadas no debe ni puede entenderse como sinónimo de lo que propiamente constituye una «jurisdicción de excepción». Con este último concepto se alude a órganos ad hoc, creados para realizar el juzgamiento de un determinado conjunto de

conductas, normalmente de naturaleza política, y que no pertenecen a la estructura del Poder Judicial, por lo que se encuentran prohibidos por la Norma Suprema.

5.3 Los alcances funcionales de la jurisdicción ordinaria. Sus relaciones con las jurisdicciones especializadas

123. Que la Constitución admita la tesis de que existen algunas jurisdicciones especializadas que comparten el ejercicio de la impartición de tutela judicial con el Poder Judicial, no implica que los linderos entre ésta y aquéllas aparezcan como difusas, y que, en consecuencia, se haya dejado librada a la decisión del legislador la determinación del ámbito de actuación de cada una de ellas.

124. Al respecto, debe precisarse que el ámbito de funcionamiento de los órganos que imparten justicia especializada se encuentra determinado por estrictos criterios materiales, en tanto que en el caso del Poder Judicial, este es competente para conocer de todas aquellas controversias de índole jurídica que no sean susceptibles de ser conocidas y resueltas por los órganos que ejercen jurisdicción especializada.

125. Desde esta perspectiva, entonces, el ámbito de la jurisdicción ordinaria es de naturaleza global o totalizadora, mientras que el que corresponde a las jurisdicciones especializadas, es de naturaleza restringida, determinable a partir de la competencia que la Constitución les ha asignado.

5.4 La jurisdicción militar y los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional

126. Como se ha sostenido, el inciso 1) del artículo 139° de la Constitución establece que la existencia de la jurisdicción militar constituye una excepción a los principios de unidad y exclusividad judicial. Con independencia de que en la STC N.° 0023-2003-AI/TC, aun pendiente de expedirse, tengamos que centrarnos en los alcances constitucionales de la norma legal que regula la configuración orgánica de la jurisdicción militar, es pertinente ahora analizar los límites constitucionales de la actuación funcional de la jurisdicción militar.

127. Como se sabe, la Constitución asigna a la jurisdicción militar la tarea de juzgar a aquellos militares o policías que, en el ejercicio de sus funciones, hayan cometido delitos de función. Dicha determinación del ámbito competencial de la jurisdicción militar, concretamente, está consignada en el artículo 173° de la Norma Suprema, a tenor del cual:

«En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de este no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte».

B) Exp. N.º 0023-2003-PI/TC [Procesos de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley Orgánica de la Justicia Militar y del Código de Justicia Militar].

Fecha de resolución: 09 de junio de 2004, fecha de publicación: 29 de octubre de 2004, fundamentos jurídicos N.º 4-62.

§4. El Estado social y democrático de Derecho, el principio de separación de poderes y la jurisdicción militar

4. La doctrina de la separación de poderes, que fue esbozada por John Locke, expuesta por Carlos de Secondat barón de Montesquieu y la Brede, y complementada en el siglo XX por Karl Loewenstein, tiene por esencia evitar, entre otras cosas, que quien ejerza funciones administrativas o legislativas realice la función jurisdiccional, y con ello se desconocer los derechos y las libertades fundamentales.

Al respecto, Montesquieu, en su obra «El Espíritu de las Leyes» sostuvo que: «No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y vida de los ciudadanos; como que el juez sería el legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de procesos, la misma asamblea del pueblo ejerciera

los tres poderes. El de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones judiciales y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares».

5. La existencia de este sistema de equilibrio y de distribución de poderes, con todos los matices y correcciones que impone la sociedad actual, sigue constituyendo, en su idea central, una exigencia ineludible en todo Estado Democrático y Social de Derecho. La separación de estas tres funciones básicas del Estado, limitándose de modo recíproco, sin entorpecerse innecesariamente, constituye una garantía para los derechos constitucionalmente reconocidos e, idénticamente, para limitar el poder frente al absolutismo y la dictadura.

6. Como tal, la Constitución de 1993 lo ha acogido como principio fundamental, consignándolo expresamente en el artículo 43° del Título II: Del Estado y la Nación, al establecer que el gobierno de la República del Perú «(...) se organiza según el principio de separación de poderes (...)».

7. Dentro de esta forma de concebir la organización del Estado, la función jurisdiccional merece una especial atención, toda vez que constituye la garantía última para la protección de la libertad de las personas frente a una actuación arbitraria del Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.

8. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que: «(...) uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución (...)». [Caso del Tribunal Constitucional, Parágrafo 73].

La función jurisdiccional

9. Orlando J. Gallo [La Justicia Constitucional. en Curso de Derecho Constitucional IV. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996, pág. 348] señala que: «En un sentido amplio, ejercen jurisdicción los órganos de los tres poderes del Estado, conforme a la distinción que se tornará clásica luego de su formulación

por Montesquieu [...]. Sin embargo, en un sentido estricto, se reserva la palabra jurisdicción para designar la atribución que ejercen los órganos encargados de administrar justicia, a la que han llamado actividad jurisdiccional, y especificado como aquella que se ejerce por un órgano independiente cuando resuelve conforme a derecho un conflicto entre partes o aplica las sanciones previstas en la ley para quien infligen sus mandatos».

10. En esa misma orientación, Daniel Oswaldo Ruiz [El Poder Judicial: En Instituciones de Derecho Público. Buenos Aires: Ediciones Mocchi, 1997.] plantea que «La función jurisdiccional consiste en la aplicación de la ley a los efectos de resolver controversia, litigios o causas [...]».

11. A la luz de lo expuesto, la función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacerse justicia por propia mano (salvo en los casos de legítima defensa o de derecho de retención), es el Estado el encargado de resolver las controversias legales que surgen entre los hombres. En dicho contexto, el justiciable tiene la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para ejecutar una acción, a lo que corresponde como correlato la jurisdicción, que es, además, un poder– deber.

12. Es evidente que la jurisdicción corresponde a la soberanía del Estado, y que se ejerce a través del órgano jurisdiccional, el cual será el competente para resolver los conflictos que se susciten entre los particulares, mediante la aplicación de la ley.

13. El ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho.

El concepto «jurisdicción» se encuentra regulado por dos clases de facultades: las

primeras relativas a la decisión y ejecución que se refieren al acto mismo; y las segundas concernientes a la coerción y documentación que, de un lado, tienden a remover los obstáculos que se oponen a su cabal ejercicio, y de otro, a acreditar de manera fehaciente la realización de los actos jurisdiccionales, otorgándoles permanencia, así como una fijación indubitable en el tiempo, es decir, el modo y forma en que se desarrollan.

14. El ejercicio de la potestad jurisdiccional o la potestad de administrar justicia comprende, en lo esencial, lo siguiente: la tutela de los derechos fundamentales, los derechos ordinarios e intereses legítimos; la sanción de los actos delictivos; el control difuso de la constitucionalidad; y el control de la legalidad de los actos administrativos.

La unidad de la función jurisdiccional

15. Este principio está reconocido por el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución, que prescribe que: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de lo arbitral y lo militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación».

Conceptualmente, la unidad afirma la propiedad de todo ente, en virtud de lo cual no puede dividirse ni separarse sin que su esencia se destruya o altere. En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos. Enrique Álvarez Conde [Curso de Derecho Constitucional. Vol. II Madrid: Tecnos, 2000, pág. 245] expone que: «El principio de unidad jurisdiccional es una consecuencia del principio de división de poderes [...]». De allí que, como veremos más adelante, genere las manifestaciones de exclusividad y de asiento de la organización y funcionamiento de la administración de justicia.

16. La unidad ha de ser comprendida, en principio, como la negación de la idea de la fragmentación jurisdiccional; y esto porque, por motivaciones derivadas de la esencia, carácter y calidad de la función de dirimir en los conflictos interindividuales de contenido

estrictamente jurídico, se hace patente la necesidad, dentro de lo razonable, de asegurar la individualidad y unidad de dicho atributo soberano a favor del Poder Judicial.

17. El principio de unidad permite que la función jurisdiccional sea ejercida por una entidad «unitaria», a efectos de asegurar el cumplimiento del principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución; y, con ello, que todos los justiciables se encuentren, en principio y como regla general, sometidos a los mismos tribunales, sin que se considere constitucional la existencia de fueros especiales o de privilegio en «razón» de la mera e inadmisibles diferenciación de las personas o de cualquier otra consideración absurda.

En la sentencia recaída en el Exp. N.° 017-2003-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de unidad de la función jurisdiccional: «(...) se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magistrados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado Poder Judicial(...)».

18. Ahora bien, el principio de unidad no obsta que el legislador pueda establecer, al interior del Poder Judicial, juzgados especializados; siempre que dichos órganos intrajurisdiccionales aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

19. En ese orden de ideas, Justicia Viva [Manual del Sistema Peruano de Justicia. Lima: Instituto de Defensa Legal, Pontificia Universidad Católica del Perú y Jueces para la Justicia y Democracia, 2003, págs. 22-23] expresa que: «(...) el principio de unidad jurisdiccional conlleva que todos los jueces han de sujetarse a un estatuto orgánico único, el que será de tal naturaleza y características que garantice la independencia. En última instancia, entonces, el principio de unidad jurisdiccional ha de entenderse como una garantía de la independencia judicial, lo que acarrea los siguientes rasgos comunes a toda

judicatura ordinaria : (i) estatuto personal único, (ii) jueces técnicos (letrados) y de carrera, (iii) formación de un cuerpo único (el Poder Judicial) y (iv) sujeción a los órganos de gobierno del Poder Judicial».

20. Por error de técnica, si bien en el artículo 139° de la Constitución se señala que: «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes», en puridad, como el propio texto fundamental lo reconoce, asistemática, pero expresamente, existen otras jurisdicciones especiales; a saber: la militar y la arbitral (inciso 1 del artículo 139°); la de las Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149°); y la Constitucional (artículo 202°).

El principio de exclusividad

21. Este principio está previsto por el inciso 1 del artículo 139° de la Constitución, que preceptúa que son principios y derechos de la función jurisdiccional la unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.

22. Conceptualmente, la exclusividad se concibe como la prohibición constitucional al legislador, de que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial.

23. Justicia Viva [Ob. Cit. pág. 23] acota que el referido principio ostenta un doble sentido: positivo y negativo.

En el sentido positivo es el resultado de la confluencia de los principios de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución) y de tutela judicial efectiva (inciso 3 del artículo 139° de la Constitución).

En el sentido negativo, excluye a la potestad jurisdiccional de otros cometidos públicos distintos a la dirimencia de los conflictos jurídicos en sede judicial.

24. Como antes se ha dicho, si bien el mencionado inciso 1 del artículo 139° de la Constitución ha considerado excepcionalmente a la jurisdicción militar como una jurisdicción independiente, ello no autoriza a que ésta diseñe y autorice el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los princi-

prios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el de la garantía de inamovilidad de los jueces.

25. De igual modo, la jurisdicción militar, en tanto órgano jurisdiccional, no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que: «(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal (...)». [Caso del Tribunal Constitucional, sentencia del 24 de setiembre de 1999, Parágrafo 71].

§5. Los principios de independencia e imparcialidad, la garantía de inamovilidad y la jurisdicción militar

La independencia judicial

26. El inciso 2 del artículo 139° de la Constitución consagra este principio en los siguientes términos: «Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámites, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución».

27. Como bien afirma Enrique Álvarez Conde [Curso de Derecho Constitucional. Vol. II. Madrid. Tecnos, 2000, pág. 243]: «La consagración de la independencia del Poder Judicial se entronca históricamente con la propia doctrina de la separación de poderes».

Añade que dicha proclamación [Ob. Cit pág., 244] (...) «debe ser considerada como un requisito indispensable para poder hablar de un auténtico Poder Judicial y de un verdadero Estado de Derecho». De allí que la independencia se encarama como en el valor capital de la justicia.

28. La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la decla-

ración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

29. El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

30. Juan Cano B. [Derecho Constitucional. Volumen II. Obra Colectiva. Madrid: Tecnos, 1999, pág. 441] lo concibe como la ausencia de vínculos de sujeción o de imposición de directivas políticas por parte del Ejecutivo o el Legislativo, así como la imposibilidad de intromisión de los órganos intrainstitucionales superiormente jerárquicos tendientes a orientar o corregir la actuación jurisdiccional del juez competente de una causa, en tanto no se haya agotado la instancia o se haya presentado un recurso impugnativo.

31. La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

El principio de independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas; a saber:

a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica),

por sujeción al respeto al principio de separación de poderes.

b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción.

c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia. Cabe precisar que en este ámbito radica uno de los mayores males de la justicia ordinaria nacional, en gran medida por la falta de convicción y energía para hacer cumplir la garantía de independencia que desde la primera Constitución republicana se consagra y reconoce.

32. Conforme a lo expuesto, ningún órgano estatal está autorizado para funcionar desvinculado de la Norma Suprema, toda vez que las denominadas «garantías judiciales», consagradas tanto en nuestra Norma Fundamental como en la Convención Americana de Derechos Humanos, no sólo son de aplicación en sede del Poder Judicial, sino también en cualquier otro ámbito en el que se ejerza, formal o materialmente, funciones de naturaleza jurisdiccional, como es el caso de los órganos que integran la jurisdicción militar.

33. La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar [«es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa»]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación.

El principio de imparcialidad

34. Mientras la garantía de independencia, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas, el principio de imparcialidad –estrechamente ligado al principio de independencia funcional– se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo, pudiendo entenderse desde dos acepciones:

a) Imparcialidad subjetiva, que atañe a

algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso.

b) Imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Por consiguiente, no puede invocarse el principio de independencia en tanto existan signos de parcialidad, pues tal como lo sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en criterio que este Colegiado comparte: «[Un] Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...) debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)» (Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984).

Debe tomarse en cuenta que si bien, prima facie, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, éstas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión.

La garantía de inamovilidad de los jueces

35. Dicho principio se encuentra previsto en el inciso 2 del artículo 146° de la Constitución, que prescribe que: «el Estado garantiza a los Magistrados Judiciales [...]

2. La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento».

Conceptualmente, tal como señala Francisco Fernández Segado: [El Sistema Constitucional Español. Madrid: Dyckinson, 1992, pág. 1065] la inamovilidad tiene como fin fortificar la de resistencia del Poder Judicial frente a los embates del Ejecutivo. Se establece

como un valladar contra la remoción y el apartamiento de una causa, impuesta por la vía del traslado sin consentimiento, convirtiéndose, por ende, en un resguardo seguro para la permanencia en la sede y en el grado.

Juan A. Gonzales Calderón [Curso de Derecho Constitucional. Buenos Aires: Depalma, 1984, pág. 548] comenta que: «(...) la inamovilidad de los jueces es una de las conquistas más notables de pueblos libres. Es la única garantía verdadera de independencia de los magistrados judiciales en el desempeño de sus cargos. Los pone a cubierto de reacciones extremas, ya provengan de otros poderes, ya de las personas que, gozando de las influencias oficiales, pretenden ejercer presión sobre sus conciencias».

Para el Tribunal Constitucional, la garantía de la inamovilidad de los jueces durante su mandato no sólo determina el status jurídico de los jueces, sino que debe entenderse, a su vez, como una garantía de justicia para el administrado, indispensable para reforzar la independencia judicial en un Estado Democrático. Es por ello que, importa tomar en cuenta dos aspectos:

a) Prohibición de separación de la carrera judicial, salvo proceso sancionatorio y/o sometimiento a la ratificación judicial.

b) Prohibición de traslados forzosos de un puesto judicial a otro.

Con ello, se busca la estabilidad del juez en el cargo y que la carrera judicial esté exenta de cualquier influencia política, conservando la debida especialidad y conocimiento que amerita el cargo, finalidad que no podría verificarse con las separaciones o traslados no justificados ni establecidos en norma alguna, y mucho más cuando provengan de un órgano distinto, como el Poder Ejecutivo. Por ello no cabe aceptar la existencia de garantías «temporales» de inamovilidad, pues para preservar la real vigencia de la independencia judicial, a la cual se vincula, es necesario que se trate de una garantía permanente.

Además, debe considerarse que ejercer un puesto de manera interina acarrea la inseguridad jurídica y la inestabilidad profesional, afectando el correcto desempeño de las

labores encomendadas.

36. Esta garantía es constantemente invocada en el ámbito de la jurisdicción militar, dado que la realidad militar no permite su eficaz cumplimiento, pues, por la propia naturaleza de las funciones de los miembros del servicio activo –que hacen a la vez de jueces–, resultan susceptibles de rotación, y no necesariamente para seguir desempeñando las mismas funciones jurisdiccionales.

37. Consecuentemente, en el proceso de consolidación del Estado Social y Democrático de Derecho, cada vez es mayor la tendencia por adecuar la jurisdicción militar a las garantías propias del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, delimitándola como jurisdicción especializada y, en algunos casos, restringiéndola a tiempos de guerra. Las garantías procesales de las que gocen los acusados militares en tiempos de paz deben ser más favorables o, como mínimo, iguales a aquellas de las que gozan las personas protegidas por el derecho internacional humanitario en tiempos de guerra.

§6. Análisis de constitucionalidad de la configuración actual de la jurisdicción militar

38. Previamente, es necesario mencionar, respecto del cuestionamiento de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N.º 27860, Ley del Ministerio de Defensa, que incorporaba al Consejo Supremo de Justicia Militar como Unidad Ejecutora del referido Ministerio, que tal dispositivo fue derogado por el artículo 1º de la Ley N.º 28297, publicada el 22 de julio de 2004, por lo que, en este extremo, ha operado la sustracción de la materia.

Incompatibilidad entre el ejercicio de la función jurisdiccional y la condición de oficial en actividad de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional

39. La demandante impugna la constitucionalidad de los artículos 6º, 12º y 31º del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar (LOJM), que establecen lo siguiente:

«Artículo 6º.- El Consejo Supremo de Justicia Militar está integrado por diez Oficiales

Generales y Almirantes en situación de actividad, ocho de los cuales son Vocales, tres de cuyos integrantes deberán ser del Cuerpo Jurídico Militar (...).

«Artículo 22°.- En cada una de las zonas judiciales habrá un Consejo de Guerra compuesto (...) de dos Vocales del grado de Teniente Coronel, Capitán de Fragata o Comandante FAP en situación de actividad, uno de los cuales deberá ser del Cuerpo Jurídico Militar (...).

«Artículo 31°.- (...) Los jueces sustitutos suplirán a los Permanentes en caso de necesidad del servicio, cargos que serán desempeñados por oficiales del Cuerpo Jurídico (...) y a falta de éstos, por oficiales de armas de igual grado (...).

40. A juicio de la demandante, tanto el artículo precitado como otros contenidos de la LOJM, autorizan a que oficiales sometidos al poder de mando y sujetos a la jerarquía castrense, puedan ejercer funciones jurisdiccionales, situación que manifiestamente contravendría el principio de independencia judicial, puesto que se trata de personas que ostentan una doble condición a la vez: la de jueces que deben estar sometidos únicamente a la Constitución y a la Ley, y la de militares sometidos a la jerarquía y al mando militares.

41. Por su parte, los demandados alegan que la composición mixta de los tribunales militares se justifica por la necesidad de combinar criterios técnico-militares y conocimientos jurídicos en el respectivo juzgamiento.

42. El Tribunal Constitucional comparte los argumentos expuestos por la demandante, pues el hecho de que los tribunales militares sean conformados en su mayoría por «oficiales en actividad», vulnera los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, además del principio de separación de poderes, ya que, por un lado, quienes integran las diversas instancias de la jurisdicción militar son funcionarios de tales institutos castrenses; y, por otro, porque, por principio, es incompatible que personas sujetas a los principios de jerarquía y obediencia, como los profesionales de las armas que ejercen funciones jurisdiccionales, pue-

dan ser al mismo tiempo independientes e imparciales.

43. Idéntico criterio, *mutatis mutandis*, ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castillo Petrucci, a saber: «El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador». (Párrafo N.º 130).

44. Tal criterio, si bien se efectuó a propósito del juzgamiento de civiles, por la comisión del delito de terrorismo, es también aplicable para el caso del juzgamiento de los profesionales de las armas, ya que si bien es legítimo que tales instituciones tutelares de la República puedan instituir instancias de sanción de faltas administrativas disciplinarias, no lo es si de lo que se trata es del juzgamiento de conductas que configuran delitos de función.

El juzgamiento de tales ilícitos, y la eventualidad de que allí se dicten resoluciones judiciales que priven temporalmente de la libertad, exige, pues, que éste sea realizado por jueces sobre los que no exista ninguna duda de sus condiciones de imparcialidad e independencia, ínsitas a cualquiera que ejerza funciones jurisdiccionales en nombre del pueblo.

45. Aun en el supuesto de que los jueces militares pretendiesen actuar con independencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es incuestionable que, objetivamente, la propia estructura de la jurisdicción militar imposibilita tal actuación, tal como se verá más adelante.

En consecuencia, los mencionados artículos 6°, 22° y 31° de la LOJM son inconstitucionales porque contravienen el principio de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como el principio de separación de poderes.

46. Por la misma razón, son inconstitucionales los artículos 62°, 63° y 65° de la LOJM por vulnerar el principio de independencia judicial, en tanto establecen que la incorporación y el ascenso en la función jurisdiccional, respecto de los abogados que integran el Cuerpo Jurídico Militar, se someta al sistema de grados de la jerarquía militar y policial. Asimismo, son inconstitucionales los artículos 66° y 69° de la LOJM, que establecen que la situación militar o policial de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar sea determinada por la Ley de Situación Militar de las Fuerzas Armadas y el Estatuto Policial, y por disponer que el reclutamiento y ascenso de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar se lleve a cabo en cada instituto de conformidad con la legislación pertinente. Y, por conexión, son inconstitucionales los artículos 38° y 67° del mismo Código de Justicia Militar.

Inconstitucionalidad de la «subordinación» o «dependencia» existente entre los órganos de la jurisdicción militar

47. La demandante también cuestiona la constitucionalidad del artículo III del Título Preliminar y del artículo 15° de la LOJM, cuyos textos son los siguientes:

«Artículo III.- La Justicia Militar es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía».

«Artículo 15°.- Los Consejos de Guerra y los Consejos Superiores de Justicia de las Fuerzas Policiales son Tribunales Permanentes jerárquicamente subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar (...)».

48. Sostiene que estas normas son inconstitucionales porque establecen un sistema de subordinación entre los órganos de la jurisdicción militar; y porque la referencia a la autonomía de la justicia militar constituye una mera declaración, teniendo en cuenta la configuración institucional dispuesta por la LOJM. Por su parte, los demandados niegan tales argumentos y se limitan a sostener que la justicia militar es autónoma.

49. Al respecto, este Colegiado debe precisar que el derecho a la pluralidad de instan-

cias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso, mediante el cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior, y de esa manera se permita que lo resuelto por aquél, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional.

50. A tal efecto se han establecido distintos niveles jerárquicos en la Administración de Justicia, mediante los cuales se procura dar mayores garantías al procesado para ejercer su defensa. Este diseño del órgano jurisdiccional, desde luego, no supone ningún nivel de «subordinación» o «dependencia» de la instancia inferior respecto a las superiores, pues todos los jueces y tribunales son independientes en el ejercicio de la función jurisdiccional, encontrándose sometidos únicamente al derecho, mediante la Constitución y la ley.

51. La independencia del juez no sólo se debe protegerse en relación al Poder Ejecutivo sino, también, debe garantizarse al interior de la estructura misma de la cual el juez forma parte, e incluso respecto de los tribunales orgánicamente superiores (independencia funcional).

52. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que tanto el artículo III del Título Preliminar de la LOJM, en el extremo que establece que la Justicia Militar: «(...) en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, sino de los Organismos Judiciales de mayor jerarquía», como el artículo 15° de la mencionada ley, que establece que los Tribunales Permanentes se encuentran jerárquicamente subordinados al Consejo Supremo de Justicia Militar, son inconstitucionales por vulnerar el principio de independencia de la función jurisdiccional.

53. Asimismo, por idéntica razón, son inconstitucionales las facultades del Consejo Supremo de Justicia Militar consignadas en el artículo 12° de la LOJM, que a continuación se mencionan:

a) La revisión de las sentencias de los Consejos en los casos determinados por la

Ley (inciso 1).

b) El traslado de los juicios militares de un Consejo a otro, en cualquier estado del procedimiento, a pedido de parte o de oficio, cuando a su juicio el interés general de la justicia así lo exija (inciso 6).

c) La orden de apertura de instrucción cuando encuentre mérito para ello (inciso 14).

d) La designación para el ejercicio de funciones judiciales al Oficial en actividad que estuviere legalmente apto en las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales en los casos de ausencia o impedimento de los titulares (inciso 15).

e) El ejercicio de la jurisdicción disciplinaria de carácter judicial sobre todos los funcionarios y empleados de la Justicia Militar (inciso 19).

f) La participación en la declaratoria de vacantes y ascensos de los oficiales del Cuerpo Jurídico Militar, que prestan servicio en la Rama Judicial (inciso 20).

54. De igual modo, son inconstitucionales el artículo 8° y el inciso 2) del artículo 14° de la LOJM, por establecer, como una atribución del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, la composición de Sala; y los artículos 7° y 22° de la mencionada ley, por disponer que en la composición de un mismo tribunal militar puedan existir magistrados con diferente rango militar.

La inconstitucionalidad del nombramiento de jueces militares por el Poder Ejecutivo

55. De otro lado, la demandante impugna los artículos 23°, 31° y 32° de la LOJM, en los siguientes extremos:

«Artículo 23°.- (...) El Presidente y los Vocales de los Consejos serán nombrados por Resolución Suprema refrendada por el Ministro del Sector Pertinente (...).

«Artículo 31°.- (...) El nombramiento de los Jueces Permanentes será hecho por el Poder ejecutivo, el de los Sustitutos por el Presidente del Consejo (...).

«Artículo 32°.- (...) Habrá tantos Jueces Instructores Permanentes en cada Zona Judicial, cuando lo requieran las necesidades

del servicio. Su número será fijado anualmente por el Poder Ejecutivo a propuesta del Consejo Supremo de Justicia Militar (...)».

56. Alega que el nombramiento de jueces militares por parte del Poder Ejecutivo evidencia su dependencia respecto de este último, afectándose el principio de independencia de la función jurisdiccional.

57. Por su parte, los demandados sostienen que el artículo III del Título Preliminar de la LOJM establece que la justicia militar es autónoma en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, aducen que, siendo el Presidente de la República el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, es una consecuencia lógica que los nombramientos de los presidentes y vocales de la Justicia Militar sean expedidos mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Defensa.

58. A juicio del Tribunal Constitucional, no está garantizada la independencia del juez militar frente al Poder Ejecutivo desde el momento en que éste nombra a quienes integran los Consejos de Guerra y Consejos Superiores de la Policía Nacional y a los Jueces Instructores Permanentes, e incluso cuando tiene competencia para disponer el número de jueces que debe existir de acuerdo a las necesidades del servicio. La intervención del Poder Ejecutivo, directa o indirectamente, en el nombramiento de los jueces militares, representa un atentado contra la independencia judicial y la garantía de imparcialidad.

59. Ese ha sido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el Caso Castillo Petrucci, sostuvo que «(...) de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano de la jurisdicción castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones a sus inferiores. Esta constatación, pone en duda la independencia de los jueces militares» (párrafo N.º 130).

60. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que los respectivos extremos de los artículos 23°, 31° y 32° del Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, son inconstitucionales por contravenir el principio de independencia de la función jurisdiccional.

La garantía de inamovilidad de los jueces militares

61. Asimismo, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 23° de la LOJM, en cuanto establece, respecto del Presidente y los Vocales de los Consejos, que:

«Artículo 23°.- (...) permanecerán en el cargo no menos de dos años. Las fechas de cambio de empleo se escalonarán de modo que la renovación del personal de los Consejos se haga por tercios. Sólo por razón de tal escalonamiento, o por necesidades urgentes del servicio, el tiempo de permanencia en el cargo podrá ser menor que la establecida en este artículo».

62. La demandante sostiene que en la jurisdicción militar el principio de inamovilidad de los jueces es vulnerado permanentemente, pues se somete a los jueces militares al régimen jurídico militar, en el cual la decisión sobre los cambios corresponde de manera exclusiva a los mandos militares, sin que tenga mayor relevancia la voluntad o consentimiento del juez transferido. Refiere, también, que esta situación es evidente en el caso de los jueces militares que no pertenecen al cuerpo jurídico militar, pues se encuentran sometidos directamente al poder de mando castrense, que implica deberes de obediencia y disciplina.

Los demandados, por su parte, aducen que la inamovilidad absoluta propugnada por la Defensoría del Pueblo es inaplicable en el ámbito de la jurisdicción militar, debido a las funciones que deben cumplir la Fuerzas Armadas.

En virtud de lo expresado en los Fundamentos N.ºs 35, 36 y 37 de esta sentencia, el Tribunal no comparte el criterio sostenido por los demandados. Sí entiende, en cambio, que la inamovilidad de los jueces es una garantía que fortalece su independencia e imparcialidad, y que, en cuanto tal inamovilidad, se ha configurado en forma semejante al régimen jurídico al cual se encuentran sometidos los profesionales de las armas, por lo que resulta

inconstitucional.

En consecuencia, el artículo 23° de la LOJM es inconstitucional por vulnerar el principio de inamovilidad de los jueces.

6.2.2 Competencia de la justicia militar

A) FUERO MILITAR NO ES COMPETENTE PARA JUZGAMIENTO DE CIVILES EN CASOS DISTINTOS A TRAICIÓN A LA PATRIA Y TERRORISMO.

Exp. N.º 0005-2001-AI [Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 895 y otras normas, que regulan el delito de terrorismo agravado]

fecha de resolución: 16 de noviembre de 2001, fecha de publicación: 17 de noviembre de 2001

La ley N.º 27235 que modifica el Decreto Legislativo N.º 895, en su Disposición Final, permite que continúen en el fuero militar los procesos en trámite y, eventualmente, procesos en reserva ante ese fuero. La citada disposición contraría en estos supuestos al artículo 173° de la Carta Política.

De conformidad con esta norma constitucional, las personas civiles se hallan sometidas a la jurisdicción militar cuando se trata de los delitos de traición a la patria y terrorismo. Sin embargo, conforme se analizó antes, las conductas tipificadas por el Decreto Legislativo N.º 895 no constituyen terrorismo, sino simplemente, ilícitos comunes cometidos por agrupaciones organizadas. Por esta razón, la competencia para el conocimiento de estos delitos, conforme al citado artículo 173° de la Constitución, sólo corresponde a la justicia común. No obstante ello, la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N.º 895, modificado por el artículo 2° de la Ley N.º 27235, publicada en el diario oficial El Peruano, el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, establece lo siguiente: «Los procesos en trámite por los delitos de terrorismo especial que son de conocimiento del fuero militar, continuarán tramitándose por la misma vía». Esta disposición es inconstitucional, por afectar tanto el artículo 173° de la Constitución como el derecho al juez natural.

B) Exp. N° 0004-2006-PI/TC [Proceso de inconstitucionalidad contra determinados extremos de la Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, Ley N.º 28665]

fecha de resolución: 29 de marzo de 2006, fecha de publicación: 18 de abril de 2003, fundamentos N.º 6-24.

¿Qué significado tiene la disposición constitucional que establece que la jurisdicción especializada en lo militar es una excepción a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional?

6. En primer término, debe descartarse el sentido interpretativo según el cual la jurisdicción especializada en lo militar pudiera entenderse como una jurisdicción desvinculada de los principios de unidad y exclusividad de la «función jurisdiccional», es decir, que pueda ser entendida como una institución que, dada su finalidad (solamente se encarga de juzgar delitos de la función militar), pudiese establecer una organización y funciones que se encuentren desvinculadas de aquellas que son propias de todo órgano que administra justicia. El poder jurisdiccional del Estado es uno solo. En un Estado Constitucional de Derecho existe una función de control que la Norma Fundamental ha otorgado al poder jurisdiccional frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

7. De igual modo, debe descartarse el sentido interpretativo según el cual el artículo 168º de la Constitución, que establece 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», posibilitaría que la jurisdicción militar pudiese contar con un estatuto jurídico desvinculado de los principios que rigen la función jurisdiccional, toda vez que, como es

evidente, la mencionada disposición constitucional está referida exclusivamente a la «administración» militar y policial, mas no a la «jurisdicción» especializada en lo militar.

8. Por ello, todo órgano que posea naturaleza jurisdiccional (sea ordinario, constitucional, electoral, militar y, por extensión, los árbitros) debe respetar, mínimamente, las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional «efectiva» y al debido proceso, entre las que destacan los derechos al libre acceso a la jurisdicción, de defensa, a la prueba, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en Derecho, a la pluralidad de instancias, al plazo razonable del proceso, a un juez competente, *independiente e imparcial*, a la ejecución de resoluciones judiciales, entre otros derechos fundamentales. Como este Colegiado ha establecido en anterior oportunidad:

el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139); constitucional (artículo 202) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.⁴

Además, a todo órgano que tenga la potestad de administrar justicia le es de aplicación el artículo VI *in fine* del Código Procesal Constitucional

por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.⁵

⁴ Expediente 06167-2005-HC/TC f.j. 7.

⁵ Expediente 06167-2005-HC/TC f.j. 8.

9. En segundo lugar, teniendo en cuenta que el artículo 138 de la Constitución establece que la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial, la excepción hecha a favor de la jurisdicción especializada en lo militar puede ser entendida como una excepción al ejercicio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial, lo que *no* implica, como ya se ha visto en los párrafos precedentes, que la jurisdicción especializada en lo penal militar pierda su naturaleza «jurisdiccional» y, como tal, se encuentre desvinculada de todos aquellos principios que rigen la función jurisdiccional. Al respecto, deben tenerse en cuenta dos aspectos de trascendental importancia. En primer lugar, por tratarse de una excepción en la Norma Fundamental, su interpretación debe realizarse siempre de modo restrictivo y no extensivo; y, en segundo lugar, que el Legislador, al organizar la jurisdicción militar, no puede desconocer aquellos principios constitucionales propios de los órganos que administran justicia.

10. Es necesario precisar que conforme al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución.

11. No se encuentra en discusión el hecho de que la jurisdicción especializada en lo militar tenga la peculiaridad de juzgar los delitos de la función militar. Sin embargo, al formar parte de un sistema judicial unitario, debe constituirse en cuanto tal con las mis-

mas garantías procesales que posee la jurisdicción ordinaria.

12. Cosa distinta es distinguir cómo se organiza la función jurisdiccional del Estado. Como se ha evidenciado, esta función jurisdiccional es ejercida por el Poder Judicial, por el Tribunal Constitucional, por el Jurado Nacional de Elecciones y por la jurisdicción especializada en lo militar, entre otros. En el caso de los tres primeros órganos mencionados, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* implica, a su vez, que cada uno de estos órganos deba sujetarse a un *estatuto jurídico básico y propio*, el que deberá asegurar la unidad funcional del sistema judicial, así como la *independencia judicial* y el *trato igualitario* a los jueces que se encuentren en el mismo nivel y jerarquía, esto es que no podría considerarse que cada uno de estos órganos constituye una unidad cuando en su interior existan diferentes estatutos jurídicos para sus miembros.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar –independientemente de que su ubicación se encuentre dentro o fuera del Poder Judicial–, deberá poseer garantías procesales no menores de las que existen en la jurisdicción ordinaria, así como un *estatuto jurídico* que procure la preservación de la *autonomía judicial* y el *trato igualitario* entre sus miembros. En caso de que el Legislador decida que sus instancias no se encuentren dentro del Poder Judicial, deberá dotarse a esta jurisdicción de un estatuto jurídico único para sus miembros. En el caso que el Legislador decida establecer que tales tribunales militares, o alguno de ellos, se encuentren dentro del Poder Judicial, estos deberán someterse, en su totalidad, al estatuto jurídico único que rige a los magistrados de éste órgano constitucional.

13. Como es de entender, las atribuciones jurisdiccionales, sea en sede judicial ordinaria, especial o cuasijurisdiccional administrativa, se encuentran vinculadas al principio jurídico de supremacía constitucional señalado en el artículo 51 de la Constitución, en sus dos vertientes: Fuerza normativa positiva, aplicando las normas legales en base a las disposiciones constitucionales; y, fuerza nor-

mativa negativa, inaplicando la norma administrativa y/o legal que sea extraña a la Constitución. Pero, precisando que la calificación de lo inconstitucional radica en última instancia en esta sede constitucional concentrada, y que la inaplicación de una norma inconstitucional se producirá cuando exista jurisprudencia y/o precedentes vinculantes constitucionales, de conformidad con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

14. Asimismo, cabe recordar, respecto del nivel de vinculación que debe existir entre el Poder Judicial y la jurisdicción especializada en lo militar, lo que este Colegiado ha sostenido en anterior oportunidad, en el sentido de que «(...) es competencia del Congreso de la República delinear, dentro de los márgenes de la Constitución y, por ende, con pleno respeto de los derechos fundamentales, la nueva estructura, organización y funcionamiento de la justicia militar, de conformidad con el artículo 173 de la Constitución». De otro lado, ha precisado que «(...) no es de su competencia establecer si el juzgamiento de los delitos de función, de acuerdo con la ley futura, deba realizarse por un tribunal militar completamente desvinculado de la jurisdicción ordinaria. La decisión sobre la intensidad y el alcance de la vinculación entre la jurisdicción ordinaria y la militar le corresponde al Congreso»⁶.

15. De otro lado, fuertemente vinculado con el principio de unidad se encuentra el mencionado *principio de exclusividad de la función jurisdiccional*. En general, conforme al primer y segundo párrafos del artículo 146 y al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, y como se desprende de lo expuesto en las aludidas sentencias de este Colegiado, este principio posee dos vertientes:

a) Exclusividad judicial en su vertiente negativa: se encuentra prevista en el artículo 146, primer y segundo párrafos, de la Constitución, según la cual los jueces no pue-

den desempeñar otra función que no sea la jurisdiccional, salvo la docencia universitaria. En efecto, en el desarrollo de la función jurisdiccional los jueces sólo pueden realizar esta función, no pudiendo laborar en ninguna otra actividad ya sea para el Estado o para particulares, es decir, que un juez, a la vez que administra justicia, no puede desempeñar otros empleos o cargos retribuidos por la administración pública o por entidades particulares. Esta vertiente del *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* se encuentra directamente relacionada con el *principio de imparcialidad de la función jurisdiccional*, pues tiene la finalidad de evitar que el juez se parcialice en defensa del interés de una determinada entidad pública o privada.

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* implica, en su vertiente negativa, que los jueces militares no puedan desempeñar ninguna otra función que no sea la jurisdiccional para el conocimiento de materias como los delitos de la función exclusivamente castrense, salvo la docencia universitaria, es decir, no podrán desempeñar ninguna función de carácter administrativo militar o de mando castrense, entre otras.

b) Exclusividad judicial en su vertiente positiva: se contempla en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución, según el cual sólo el Poder Judicial puede ejercer función jurisdiccional, salvo el caso de las excepciones ya mencionadas del Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones y la jurisdicción militar, entre otros. En otras palabras, en un Estado Constitucional de Derecho, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo pueden arrogarse la función jurisdiccional, pues, como se ha mencionado, esta actividad le corresponde exclusivamente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones y a la jurisdicción militar, entre otros.

⁶ Expediente 0023-2003-AI/TC, Resolución aclaratoria, FFJJ 3 y 6

En el caso de la jurisdicción especializada en lo militar, el *principio de exclusividad de la función jurisdiccional* implica, en su vertiente positiva, que sólo los jueces de la jurisdicción especializada en lo militar – ya sea que esta se encuentre dentro o fuera del Poder Judicial– podrán conocer los denominados «delitos de la función militar».

1.2. El principio de independencia de la función jurisdiccional. La separación entre las funciones jurisdiccionales y las administrativas

16. Tal como ya se ha mencionado, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* tiene como una de sus principales funciones garantizar la independencia de los órganos que administran justicia. Como tal, la independencia judicial se constituye en uno de los principios medulares de la función jurisdiccional, sin la cual simplemente no se podría sostener la existencia de un Estado de Justicia.

17. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de proce-

dencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia.

La independencia, como una categoría jurídica abstracta, necesita materializarse de algún modo si pretende ser operativa. En tal sentido, no basta con que se establezca en un texto normativo que un órgano determinado es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, como el caso del artículo III del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar [«es autónoma y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa»]; también es importante que la estructura orgánica y funcional de una jurisdicción especializada –como la militar– posibilite tal actuación.⁷

18. De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el *principio de independencia de la función jurisdiccional* tiene dos dimensiones:

a) Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta.

En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos

⁷ Expediente 0023-2003-AI/TC, FFJJ 28, 29, 31 y 33

distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía, entre otros casos.

Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a ésta, tal como se desprende de los artículos 45 y 146 inciso 1), de la Constitución, que establecen lo siguiente: «El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...); y «El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley», respectivamente.

De otro lado, es importante precisar que lo expuesto en los párrafos precedentes no implica que la actuación de los jueces, en tanto que autoridades, no pueda ser sometida a crítica. Ello se desprende de lo establecido en el artículo 139, inciso 20, de la Constitución, que dispone que toda persona tiene derecho «de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley»; y del artículo 2, inciso 4, del mismo cuerpo normativo, según el cual toda persona tiene derecho a la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a la crítica de las resoluciones judiciales es el derecho de toda persona de examinar y emitir juicios públicamente respecto de las decisiones que adoptan los jueces en todas las especialidades e instancias. Sobre la denominada «crítica social», Luigi Ferrajoli ha sostenido:

Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se

rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia, y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial.⁸

Tal derecho a la crítica de las resoluciones judiciales también tiene límites, entre los que destaca, entre otros, que esta no deba servir para orientar o inducir a una determinada actuación del juez, pues este solo se encuentra vinculado por la Constitución y la ley que sea conforme a esta.

b) Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el *principio de independencia judicial* prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.

En cuanto al segundo punto, el *principio de independencia judicial* implica, en primer término, la separación de las funciones jurisdiccionales de las funciones administrativas que eventualmente pudieran desempeñar los jueces dentro de la organización judicial, de manera que las funciones propias de esta administración no puedan influir en

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Trotta, Valladolid, 1995, p.602.

la decisión judicial que se adoptará en un determinado proceso. En efecto, si un magistrado ha sido elegido por sus iguales como su representante para desempeñar funciones de naturaleza administrativa, entonces resulta evidente que, para desempeñar el encargo administrativo, mientras este dure, debe suspender sus actividades de naturaleza jurisdiccional, de modo tal que no pueda influir en la resolución de un determinado caso. Así sucede por ejemplo, en el ejercicio de la labor de los presidentes de la Corte Suprema, de las Cortes Superiores de Justicia, de la Oficina de Control de la Magistratura, entre otros.

19. Finalmente, cabe precisar que, en general, «[e]l sometimiento del juez a la ley supone su *no sometimiento* a cualquier otra voluntad, incluida la suya propia, en forma de preferencias personales (lo que más bien podría denominarse *imparcialidad*). En realidad, la justificación del juez como *tercero imparcial* se reconduce a la justificación del juez en cuanto sujeto a la ley. Todas las garantías del proceso se orientan a que se haga posible la realización de la voluntad de la ley, eliminando aquellas distancias que pudieran resultar de la falsificación, o supresión, de los supuestos en los que la aplicación de la ley debía basarse».⁹

1.3. Principio de imparcialidad de la función jurisdiccional y la estructura de la jurisdicción especializada en lo militar

20. En la mencionada sentencia recaída en el Expediente 0023-2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional estableció que mientras el principio de independencia judicial, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas al proceso, ya sea que provengan de fuera de la organización o de dentro de ella, el *principio de imparcialidad*, estrechamente ligado al *principio de independencia fun-*

cional, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso¹⁰. El *principio de imparcialidad* posee dos acepciones:

a) **Imparcialidad subjetiva.** Se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso. El caso de la jurisdicción especializada en lo militar constituye un supuesto especial en el que se pueden presentar serios inconvenientes para la imparcialidad. Así pues, «El riesgo reside en el grado y en el distintivo militar, peligroso según Venditti para la formación de la voluntad judicial; puesto que el militar en tanto que integrante de una jerarquía, es llevado por su propia naturaleza y *forma mentis* a ser sensible a las directrices superiores. La extracción militar de todos los miembros de la jurisdicción militar puede provocar el predominio de sentimientos, tales como el espíritu de casta o la defensa de los intereses castrenses. (...) Más allá de las causas previstas legalmente como posibles atentados a la imparcialidad del juez, el entorno de la justicia militar puede arrastrar al juez a resolver los asuntos con parcialidad por la especial situación de juez y parte con que ejerce su función. Esta parcialidad se nutre de valores militares como la jerarquía, disciplina, obediencia y subordinación, pero especialmente el de unidad»¹¹.

b) **Imparcialidad objetiva.** Está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

De este modo, no puede invocarse el *principio de independencia* en tanto existan signos de parcialidad, pues según el entero del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el

⁹ LOPEZ GUERRA, Luis. *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*, Palestra Editores, Lima, 2001, pp. 45 y 46.

¹⁰ Expediente 0023-2003-AI/TC, FJ 34.

¹¹ DOIG DÍAZ, Yolanda. «La Justicia Militar a la luz de las garantías de la jurisdicción». En: *La reforma del Derecho Penal Militar*. Anuario de Derecho Penal 2001-2002. PUCP, pp. 57-58.

cual comparte este Colegiado: «[Un] Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; hay que tener igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia (...); debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (...)».¹²

21. Es importante mencionar que, si bien los principios de independencia e imparcialidad judicial constituyen componentes esenciales de la función jurisdiccional, estos poseen una doble configuración, pues también constituyen garantías para las partes procesales.

1.4. El derecho a un juez independiente e imparcial como contenido del derecho a la tutela jurisdiccional «efectiva»

22. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución, implica que cuando una persona pretenda la defensa de sus derechos o intereses legítimos, ella deba ser atendida por un órgano jurisdiccional mediante un proceso dotado de un conjunto de garantías mínimas. Como tal, constituye un derecho, por decirlo de algún modo, «genérico» que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados, principalmente, en el mencionado artículo, o deducidos implícitamente de él. Entre estos derechos cabe destacar, entre otros, el derecho a un juez independiente e imparcial.

23. La independencia y la imparcialidad del juzgador no sólo constituyen principios y garantías de la administración de justicia, sino también una garantía para quienes acuden a los órganos jurisdiccionales en busca de justicia. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo en una anterior oportunidad, que

«Debe tomarse en cuenta que si bien, *prima facie*, la imparcialidad e independencia son garantías consustanciales y necesarias para una correcta Administración de Justicia, estas deben entenderse, a su vez, como garantías para los imputados (garantía a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial), configurándose, de este modo, su doble dimensión»¹³. Ello coincide con lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 8.1 dispone que «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

24. Por ello, cuando se vulneran principios como la independencia o imparcialidad del juzgador, también se afecta el derecho a un juez independiente e imparcial y consecuentemente, la tutela jurisdiccional «efectiva». En el caso de los miembros de las fuerzas armadas y policiales militares y policiales, ellos gozan, como todo ciudadano, del derecho a que el Estado les proporcione todas las garantías que les asegure un proceso debido. En ningún caso, se puede equiparar el ámbito de la «administración militar» en el que imperan los principios de orden y disciplina, entre otros, con el ámbito de la «jurisdicción militar», en el que imperan la Constitución – que reconoce, entre otros, el derecho a la tutela jurisdiccional «efectiva»– y la ley que sea expedida conforme a ella.

Una vez analizados los principios de unidad, exclusividad, independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, en relación con la jurisdicción especializada en lo militar, toca ahora examinar la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas.

¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso De Cubber contra Bélgica, del 26 de octubre de 1984.

¹³ Expediente 0023-2003-AI/TC, FJ 34

C) FUERO MILITAR NO ES COMPETENTE PARA JUZGAMIENTO DE CIVILES EN CASOS DISTINTOS A TRAICIÓN A LA PATRIA Y TERRORISMO.

EXP. N°. 0217-2002-HC/TC [Alfredo Crespo Bragayrac]

Fecha de resolución: 17 de abril de 2002, fecha de publicación: 20 de septiembre de 2002.

EXP. N°. 0217-2002-HC/TC

ICA

ALFREDO CRESPO BRAGAYRAC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los diecisiete días del mes de abril de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Alfredo Crespo Bragayrac contra la sentencia expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas ciento ochenta y seis, su fecha tres de enero de dos mil dos, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

El recurrente con fecha seis de diciembre de dos mil uno, interpone acción de habeas corpus contra el fuero militar y el Estado Peruano por la vulneración de su derecho a la libertad individual, solicitando que se declare nulo y sin efecto jurídico el proceso penal militar que se le siguiera por el delito de traición a la patria, y se disponga su inmediata libertad y/o se le procese en el fuero común.

Alega que, con fecha once de enero de mil novecientos noventa y tres, al dirigirse a su estudio jurídico, fue detenido por miembros

de la DINCOTE en virtud de una orden dictada por el Juez Militar Especial del Ejército. Refiere que se trató de una detención arbitraria, ya que, de acuerdo al artículo 282° de la Constitución Política de 1979, las disposiciones del Código de Justicia Militar no eran aplicables a los civiles.

Señala que fue procesado y sentenciado por el delito de traición a la patria (D.L. 25659) en la justicia militar, por lo que se le aplicó la pena de cadena perpetua, atribuyéndosele ser integrante de la Asociación de Abogados Democráticos del Perú. Alega que con tal juzgamiento se han afectado sus derechos constitucionales al juez natural, defensa y principio de legalidad penal.

Admitido el hábeas corpus, se tomó la declaración del delegado del Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior relativos a terrorismo, quien señaló que no se ha violado el derecho del accionante, ya que se ha procedido de acuerdo a los decretos leyes vigentes y dentro de un proceso regular. Señala que se le aplicó la pena de cadena perpetua, toda vez que el sentenciado ha reconocido ser integrante de la Asociación de Abogados Democráticos y estar implicado en acciones de terrorismo. Asimismo, señala que es improcedente su pedido de libertad inmediata y la anulación del proceso que se le ha seguido en el fuero militar.

El Segundo Juzgado Penal de Ica, con fecha siete de diciembre de dos mil uno, declaró improcedente la demanda, por considerar que la acción de hábeas corpus no es la vía idónea para declarar la nulidad de una resolución judicial emanada de un procedimiento regular.

La recurrida confirmó la apelada, dado que no se ha acreditado la detención arbitraria.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo con el inciso 3) del artículo 139.° de la Constitución Política del Estado, toda persona tiene derecho al juez natural, por lo cual «ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por

la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos». Asimismo, dicho derecho es garantizado por el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho «a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

2. De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supra-nacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región.

En casos similares al alegado mediante el presente hábeas corpus, dicha Corte Interamericana ha señalado que «toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá de contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial» (Caso Tribunal Constitucional, párrafo. 77). El derecho a un juez competente garantiza, por lo que al caso de autos interesa, que ninguna persona pueda ser sometida a un proceso ante autoridad que carece de competencia para resolver una determinada controversia.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional advierte que cuando se sentenció al recurrente a cadena perpetua por el delito de terrorismo, el seis de julio de mil novecientos noventa y tres, se encontraba vigente la Cons-

titución de 1979, cuyo artículo 282.º señalaba que «Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en los casos de delitos de función, están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar, cuyas disposiciones no son aplicables a los civiles, salvo lo dispuesto en el artículo 235.º».

De esta forma, encontrándose el ámbito de la competencia de la justicia militar reservado sólo para el juzgamiento de militares en caso de delitos de función y, excepcionalmente, para los civiles, siempre que se tratase del delito de traición a la patria, cometido en caso de guerra exterior, no podía juzgarse al recurrente en dicho fuero militar; por lo que se ha acreditado la vulneración del derecho al juez natural.

3. Sin embargo, de la determinación que, en el caso, se violó el derecho al juez natural, no se deriva que este Tribunal tenga que disponer la libertad del recurrente, pues el plazo a efectos de aplicar el artículo 137.º del Código Procesal Penal, ha de computarse desde el momento en que las autoridades judiciales competentes, en este caso, las ordinarias, inicien el proceso que les corresponde o el plazo establecido en la Ley N.º, el que le sea más favorable.

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

FALLA

REVOCANDO la recurrida que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda; reformándola, la declara **FUNDADA**, en parte, y, en consecuencia, nulo el proceso penal seguido al recurrente ante la justicia militar; **IMPROCEDENTE** en cuanto solicita su inmediata libertad, por lo que, en ejecución de esta sentencia, deberá ser puesto a disposición del representante del Ministerio Público correspondiente, para que formule denuncia si considera necesario. Ordena que el Consejo Supremo de Justicia Militar remita, en el término de cuarenta y ocho horas, los seguidos contra el recurrente al Presidente de la Corte Superior de Justicia de

Lima, a fin de que se disponga el trámite de ley. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

AGUIRRE ROCA
REY TERRY
NUGENT
DÍAZ VALVERDE
ACOSTA SÁNCHEZ
REVOREDO MARSANO

D) JUEZ NATURAL: ARTICULO 173 DE LA CONSTITUCION NO AUTORIZA QUE CIVILES SEAN JUZGADOS POR MILITARES

Exp. N° 010-2002-AI/TC [acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los decretos leyes que regulan el delito de terrorismo y traición a la patria]

fecha de resolución: 3 de enero de 2003, fecha de publicación: 4 de enero de 2003. Fundamentos jurídicos N° 40-59.

§10.2. El derecho al juez natural

a) Juzgamiento de civiles por tribunales militares

94. Conforme se desprende de la demanda, los demandantes cuestionan la constitucionalidad de los Decretos Leyes que regulan el delito de traición a la patria, entre otras razones, porque atribuyen competencia a los tribunales militares para juzgar a los civiles que hayan cometido dicho delito, lo que consideran atentatorio del derecho al juez natural.

95. Independientemente de que este Tribunal ya se haya pronunciado sobre la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria, considera ineludible, en primer término, efectuar un análisis del primer párrafo del artículo 173.º de la Constitución. Este precepto establece: «En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y

de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141º sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte».

96. La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático. Aunque no puede dejarse de advertir que, incluso en esos debates, muchos de sus miembros advertían la preocupación de que, pese a tratarse de una norma que pretendía regular una situación coyuntural, ella (el artículo 173º de la Constitución) se incorporase en el corpus de la Constitución. A su juicio, por la naturaleza coyuntural del tema, esta autorización para que militares puedan juzgar a los civiles debió regularse en una disposición transitoria.

97. Sin embargo, más allá de estos antecedentes y de su interpretación histórica, sabido es que, una vez que entra en vigencia la norma, ésta tiene vida propia, por lo que, su interpretación puede (e incluso debe) encontrarse más allá de cuál haya sido la voluntad del legislador al expedirla.

98. También los órganos de protección supranacional de los derechos humanos (tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) han sido especialmente críticos con esta forma de comprender el artículo 173º de la Constitución y, en particular, con su desarrollo y aplicación por la legislación de menor jerarquía.

Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de reiterados pronunciamientos, ha señalado que no es posible que los tribunales militares sean competentes para juzgar a civiles, pues ello lesiona el derecho al juez natural reconocido en el artículo 8.º, numeral 1, de la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos. Así, en la sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte indicó que «el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar (...) supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso» (Caso Castillo Petruzzi. Párrafo 128).

99. De otro lado, en la sentencia del 18 de agosto de 2000, la Corte consideró que: «(...) la imparcialidad del juzgador resulta afectada por el hecho de que las Fuerzas Armadas tengan la doble función de combatir militarmente a los grupos insurgentes y de juzgar e imponer penas a dichos grupos» (Caso Cantoral Benavides. Párrafo 114). Según la Corte, cuando las Fuerzas Armadas sean las encargadas de combatir a aquellos individuos que posteriormente son acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria o terrorismo, estos no pueden ser, a su vez, competentes para procesarlos y juzgarlos, ya que la primera es una facultad «natural» de la institución castrense, mientras la segunda no.

100. Finalmente, considerando la manera como está legislado el sistema de nombramiento de los jueces militares en el Perú, la Corte cuestionó la independencia de estos en el procesamiento de civiles. En efecto, en la ya aludida sentencia del 30 de mayo de 1999, la Corte señaló que, «de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del Sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares» (Caso Castillo

Petruzzi. Párrafo 130). La Corte, asimismo, ha señalado que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están íntimamente vinculadas al Poder Ejecutivo, siendo su Jefe Supremo el Presidente de la República, razón por la que entre ellos existe una relación de obediencia manifiesta, no existiendo motivo por el que se pueda suponer que esta relación desaparezca cuando los miembros de la institución castrense cumplen labores jurisdiccionales.

101. De similar criterio ha sido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que, incluso, en su Informe correspondiente al año 1996 hizo notar sus observaciones con los alcances del artículo 173° de la Constitución, recomendando al Estado peruano su modificación (recomendación N.º 2), por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, sostuvo que «El derecho internacional de los derechos humanos requiere que, para que el proceso en un tribunal competente, independiente e imparcial sea justo, debe ir acompañado de ciertas debidas garantías que otorgan a la persona una oportunidad adecuada y efectiva de defenderse de los cargos que se le imputan. Si bien el principio rector en todo proceso debe ser siempre el de la justicia y aun cuando puede ser necesario contar con garantías adicionales en circunstancias específicas para garantizar un juicio justo, se ha entendido que las protecciones más esenciales incluyen el derecho del acusado a la notificación previa y detallada de los cargos que se le imputan; el derecho a defenderse personalmente o mediante la asistencia de abogado de su elección y –en los casos que así lo requiera la justicia– librarse de cargos, así como a comunicarse libre y privadamente con su defensor. Estas protecciones también incluyen un tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa, a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y la obtención de la comparecencia, como testigos, de expertos y otras personas que puedan arrojar luz sobre

los hechos».

102. El Tribunal Constitucional comparte tales preocupaciones. La autorización para que los tribunales militares juzguen a civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural.

103. El derecho al juez natural está reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución, según el cual «Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley (...)». La disposición exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (principio que, a su vez, es recogido en el inciso 2) del mismo artículo 139°) e imparcialidad en la resolución de la causa.

Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del «modelo constitucional del proceso» recogido en la Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de *debido*. En ese sentido, considera el Tribunal Constitucional que toda norma constitucional en la que pueda reconocerse algún grado de implicancia en el quehacer general del proceso debe ser interpretada de manera que, aquellas mínimas garantías, recogidas fundamentalmente en el artículo 139° de la Constitución, sean, siempre y en todos los casos, de la mejor forma optimizadas, aun cuando dichas normas establezcan algún criterio de excepción.

104. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si bien el artículo 173° de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (y que ha cuestionado tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), no es esa la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse.

En efecto, una interpretación literal del artículo 173° de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte

Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

105. Tal interpretación de la norma constitucional de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, por otra parte, exigida por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, exige, pues, no considerar que sean los tribunales militares los facultados para conocer los procesos seguidos contra civiles, aun en los casos de delitos por terrorismo y traición a la patria, pues ello implicaría una afectación del derecho constitucional al juez natural.

106. En ese sentido, el Tribunal Constitucional estima que las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al «órgano», sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución.

107. Además, el Tribunal Constitucional considera que esta última posibilidad no debe entenderse como regla general, sino siempre como una hipótesis de naturaleza excepcional, toda vez que, por su propia naturaleza, las disposiciones del Código de Justicia Militar no tienen por finalidad regular –ni siquiera en el procedimiento– los delitos e infracciones cometidos por civiles, sino las cometidas por militares en situación de actividad. Los términos en los que este Tribunal Constitucional ha interpretado este dispositivo constitucional sólo han tenido el propósito de hallarle un sentido hermeneútico que no sea incompatible con la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte, entre tanto, el legislador adecua el artículo 173.º de la Constitución a la referida Convención.

108. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que, incluso al dictarse una ley con el propósito de regular este régimen excepcional sobre la base del primer párrafo del artículo 173.º de la Constitución, su aplicación se encuentra condicionada a que dichas reglas del procedimiento sean compatibles con la Constitución y, de manera particular, con el debido proceso.

109. En ese sentido, al haberse previsto que tribunales militares puedan ser competentes para juzgar a civiles, así se trate del delito de traición a la patria o de terrorismo, el Tribunal Constitucional considera inconstitucionales el artículo 4.º del Decreto Ley N.º 25659 y el artículo 2.º del Decreto Ley N.º 25880 y, por conexión, también los artículos 2.º y 3.º del Decreto Ley N.º 25708.

b). Tribunales «sin rostro»

110. Los demandantes también solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15.º Decreto Ley N.º 25475 que disponía que la identidad de los magistrados y los miembros del Ministerio Público, así como la de los auxiliares de justicia que intervinieran en el juzgamiento de los delitos de terrorismo será secreta. Este artículo, en efecto, fue el que permitió la institucionalización de los denominados jueces «sin rostro».

111. Respecto de este punto, la Ley N.º 26671 ha derogado, tácitamente, tanto el artículo 15.º como todas aquellas disposiciones que, conexamente, impedían al justiciable la posibilidad de conocer la identidad de aquellos que intervenían en su procesamiento. En efecto, el artículo único de la Ley N.º 26671 previó que, a partir del 15 de octubre de 1997, los magistrados encargados del juzgamiento de los acusados por los delitos de terrorismo serán aquellos que correspondan «conforme a las normas procesales y orgánicas vigentes»; y, del mismo modo, se indica que «los magistrados serán debidamente designados e identificados».

Por lo expuesto, este Tribunal considera que carece de objeto pronunciarse por haberse producido la sustracción de la materia.

c) El derecho a la recusación de los jueces

112. Asimismo, y como es lógico, no basta que el derecho al juez natural sea recogido por los textos constitucionales, sino que es necesario instaurar aquellos institutos que doten a los justiciables de los medios para llevar el uso del derecho al terreno práctico. El instituto de la recusación está destinado justamente a cuestionar la imparcialidad e independencia del juez en la resolución de la causa. Aun cuando exista un abierto reconocimiento constitucional del derecho al juez natural, si se restringiera irrazonablemente la posibilidad de recusar a los jueces del proceso, el ejercicio del derecho no encontraría posibilidad de manifestarse en los hechos.

113. Por eso, el inciso h) del artículo 13.º del Decreto Ley N.º 25475, al proscribir en forma absoluta la posibilidad de recusar a los magistrados y auxiliares de justicia intervinientes en la causa, incurre en una desproporcionada e irrazonable restricción del derecho al juez natural y es también inconstitucional.

6.2.3 El delito de función

A) CONCEPTO DE DELITO DE FUNCION

Exp. N.º 0017-2003-AI/TC [Proceso de Inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley N.º 24150, que regula el papel de las FFAA durante los estados de excepción].

Fecha de resolución: 16 de marzo de 2004, fecha de publicación: 23 de agosto de 2004, fundamentos jurídicos N.º 126-132.

5.5 El delito de función

126. La primera parte del artículo 173.º de la Constitución delimita materialmente el ámbito de actuación competencial de la jurisdicción militar, al establecer que, en su seno, sólo han de ventilarse los delitos de función

en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

127. Así, la Constitución excluye e impide que dicho ámbito de competencia se determine por la mera condición de militar o policía. La justicia castrense no constituye un «fuero personal» conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un «fuero privativo» centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

En ese orden de ideas, no todo ilícito penal cometido por un militar o policía debe o puede ser juzgado en el seno de la justicia militar, ya que si el ilícito es de naturaleza común, su juzgamiento corresponderá al Poder Judicial, con independencia de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

128. Asimismo, constitucionalmente tampoco es lícito que se determine tal competencia a partir de la sola referencia al sujeto pasivo que resulta afectado por la conducta ilícita del sujeto activo, es decir, que el agraviado sea un militar, policía, o la propia institución. La Constitución proscribire, por ejemplo, que civiles que eventualmente puedan ocasionar agravios sobre bienes jurídicos de las instituciones castrenses o de la Policía Nacional, puedan ser sometidos a los tribunales militares. En ese sentido, en la STC N.º 0010-2001-AI/TC, se estableció que los civiles no pueden ser sometidos al fuero militar, así estos hayan cometido los delitos de traición a la patria o terrorismo, pues de la interpretación de la segunda parte del artículo 173º de la Norma Suprema sólo se desprende la posibilidad de que en su juzgamiento se apliquen las disposiciones del Código de Justicia Militar, siempre que la ley respectiva así lo determine, y, desde luego, que tales reglas procesales sean compatibles con las derechos constitucionales de orden procesal.

129. Finalmente, al haberse delimitado que el ámbito competencial de la jurisdicción militar es específicamente la comisión de un delito de función, la Norma Suprema también ha prohibido que en esa determinación de la competencia un elemento decisivo pueda es-

tar constituido por el lugar en que se cometa el delito. Por ende, «(...) No basta que el delito se cometa en acto de servicio, o con ocasión de él, o en lugar militar: es menester que afecte por su índole a las fuerzas armadas como tales (...)» [Germán Bidart Campos, «El status constitucional de las Fuerzas Armadas en Argentina», en José Palomino Manchego y José Carlos Remotti, *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Editorial Grigley, Lima 1997].

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

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

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

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

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

Para ello es preciso que la conducta considerada como antijurídica se encuentre prevista en el Código de Justicia Militar. Ahora bien, no es la mera formalidad de su recep-

ción en dicho texto lo que hace que la conducta antijurídica constituya verdaderamente un delito de función. Para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de «función» o «militar», es preciso que:

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

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

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

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

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

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

B) DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD ESTÁN EX-

CLUIDOS DE LA DIFICILIDAD DE LITOS DE FUNCION

Exp N° 1154-2002-HC/TC [Werner Neil Huamaní Tipismana]

fecha de resolución: 20 de junio de 2002 fecha de publicación: 14 de agosto de 2002

EXP. N° 1154-2002-HC/TC

LIMA

WERNER NEIL HUAMANÍ TIPISMANA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los veinte días del mes de junio de dos mil dos, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Rey Terry, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Paulo Werner Huamaní Ávalos a favor de don Werner Neil Huamaní Tipismana contra la sentencia de la Segunda Sala Penal Corporativa de Procesos Ordinarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas trescientos cincuenta y dos, su fecha veintisiete de marzo de dos mil dos, que declaró infundada la acción de hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

La presente acción de hábeas corpus ha sido interpuesta a favor de don Werner Neil Huamaní Tipismana contra los integrantes del Consejo Supremo de Justicia Militar, José Noriega Lores, Mesa, De la Melena, Marchini, Temple, Contreras y Rojas. Sostiene el promotor de la acción de garantía que, a raíz de hechos acaecidos el veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y dos, en la zona del río Balsayacu, en donde supuestamente habrían perdido la vida ocho narcotraficantes, al beneficiario se le juzgó y sentenció a doce años de pena privativa de la libertad, atribuyéndosele la muerte de los referidos

traficantes. Alega, además, que la libertad individual del beneficiario ha sido vulnerada desde el momento mismo en que la justicia militar se avocó al conocimiento de un delito común (homicidio), el cual es de competencia del fuero civil.

Realizada la investigación sumaria, el Secretario General del Consejo Supremo de Justicia Militar remite al Juzgado investigador copias certificadas del auto de apertura de instrucción, del auto ampliatorio del auto de apertura de instrucción, entre otros, del Expediente N° 138-V-93 seguido en contra del beneficiario y otros, por el delito de homicidio.

El Sexagésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, a fojas trescientos sesenta y seis, con fecha trece de febrero de dos mil dos, declaró fundada la acción de hábeas corpus, estimando que, respecto al delito de homicidio imputado, el beneficiario debe ser juzgado en el fuero común.

La recurrida, revocando la apelada, declaró infundada la acción de hábeas corpus, considerando que la privación de la libertad del beneficiario deviene de la ejecución del cumplimiento de una pena.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la presente acción de garantía es ordenar la invalidez del proceso penal seguido en el fuero militar contra el beneficiario y, en consecuencia, la realización de un nuevo juicio en el fuero ordinario, en el que disponga su inmediata libertad, por cuanto los emplazados habrían vulnerado los derechos constitucionales a la libertad personal, a la jurisdicción preestablecida y al juez natural.

2. Siendo así, y a fin de que este Colegiado pueda pronunciarse en torno a la supuesta violación del derecho constitucional a no ser detenido en forma arbitraria; en primer término, deberá dilucidarse si el juzgamiento, en el ámbito de la jurisdicción militar, del Teniente de Caballería del Ejército Peruano Werner Huamaní Tipismana, supuso una violación del derecho constitucional a no ser desviado de la jurisdicción previamente determinada por la ley.

3. Al respecto, este Supremo Intérprete de la Constitución debe precisar lo siguiente: **a)** de conformidad con el artículo 139°, inciso 1), y el artículo 173° de la Constitución Política del Estado, el ámbito de la jurisdicción militar únicamente se ha reservado para el caso de juzgamiento de los delitos de función que hubiesen cometido los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y en el caso de los civiles, para el juzgamiento de los delitos de traición a la patria y de terrorismo, previstos en la ley correspondiente; **b)** por tanto, una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento constitucional, necesariamente, habrá de considerar, por un lado, que la justicia castrense no puede entenderse en otros términos que no estén en franca armonía con su carácter esencialmente restringido, derivado de los propios términos de su reconocimiento, y así como con su articulación con el principio de exclusividad judicial.

4. En el caso de autos, no obstante la naturaleza aparentemente pluriofensiva de los hechos ilícitos imputados al beneficiario, que supuestamente implicaron la afectación de diversos bienes jurídicos, como los concernientes a la disciplina militar (desobediencia) y al ejercicio del mando o autoridad (abuso de autoridad), propios de la jurisdicción castrense y expresamente contemplados en el Código de Justicia Militar; sin embargo, de los actuados se aprecia que en el contexto del presente caso el bien jurídico exclusivo y excluyente fue el referido a la vida, el cuerpo y la salud (homicidio), propio del ámbito de la justicia penal común, y ajeno, por ello, a la competencia de la jurisdicción funcional.

5. En este sentido, cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y el principio constitucional básico de que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción previamente determinada por la ley; es en este orden de consideraciones que, al ser condenado el beneficiario por los órganos de la jurisdicción militar a causa de un delito común y no de función, el Tribunal no puede menos que concluir en la nulidad del proceso que se

le siguió en el fuero militar, y, consecuentemente, ordenar que el beneficiario sea puesto, juntamente con lo actuado, a disposición del Ministerio Público como titular de la acción penal, para que proceda de acuerdo con sus atribuciones.

6. A pesar de que a este Colegiado no le compete evaluar la culpabilidad o inocencia del beneficiario, sin embargo, se encuentra en la inexorable obligación de amparar la pretensión que se reclama por respeto a los principios constitucionales, transgredidos –como se ha dicho– en el presente caso; no obstante lo cual deja a salvo la facultad de la jurisdicción ordinaria, a efectos de que proceda según sus atribuciones legales y constitucionales.

7. Resulta de aplicación en el presente caso el artículo 11° de la Ley N° 23506, por las circunstancias especiales que han mediado en el presente proceso.

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

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, revocando la apelada, declaró infundada la acción de hábeas corpus; reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, nula la resolución de la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha catorce de julio de mil novecientos noventa y cuatro, en el extremo que condena al beneficiario, don Werner Neil Huamaní Tipismana, por el delito de homicidio, así como nula la Ejecutoria Suprema expedida por el mismo Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha veintidós de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro, que confirma la referida sentencia condenatoria. Ordena que el Consejo Supremo de Justicia Militar remita dentro del término de cuarenta y ocho horas los actuados al representante del Ministerio Público, para que disponga lo más conveniente de acuerdo con sus atribuciones y conforme a la ley; y, en aplicación del artículo 11.° de la Ley N.° 23506, dispone se oficie al Ministerio Público y al Auditor General del Consejo de Guerra para los efectos a

que haya lugar, dando cuenta a este Tribunal. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados

SS.

REY TERRY
REVOREDO MARSANO
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

c) Exp. N° 3194-2004-HC/TC [Nicanor Carreño Castillo]

Fecha de resolución: 28 de diciembre de 2004, fecha de publicación: 22 de junio de 2005

EXP. N.° 3194-2004-HC/TC

LIMA

NICANOR CARREÑO CASTILLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de diciembre de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, García Toma y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por María Salazar Pulido de Carreño, a favor de Nicanor Carreño Castillo, contra la Resolución de vista expedida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, de fojas 106, su fecha 21 de junio de 2004, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 13 de abril de 2004, la recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, capitán de Fragata Felipe Genaro Untiveros Espinoza, alegando que el beneficiario de la

presente demanda se encuentra detenido arbitrariamente en el Centro de Reclusión de la Policía Naval en la Base Naval del Callao.

Sustenta su demanda en que se le ha juzgado dos veces por la misma causa, vulnerando las garantías del debido proceso previstas en la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, afectándose, además, la presunción de inocencia. De otro lado, afirma que a través de la Resolución N° 0076-2004 la Comandancia General del Ejército dispuso su pase a la situación de retiro por la causal de 'medida disciplinaria'; y que, consecuentemente, debe ponerse a disposición del fuero común a fin de que asuma competencia en su calidad de civil.

b. Declaración del Titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina

Realizada la sumaria investigación se toma la declaración del titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, quien afirma que la presente acción de garantía interpuesta en su contra carece de fundamento.

Señala que el beneficiario de la misma se encuentra sometido a un proceso judicial en el fuero militar por la presunta responsabilidad en actos delictivos cometidos cuando se encontraba en situación de actividad y específicamente cubriendo guardia de servicio en una unidad de la Marina de Guerra del Perú; y que, de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución y el Código de Justicia Militar, está obligado a conocer y tramitar la causa, agregando que los hechos imputados constituyen delitos de función cometidos por personal militar en actividad, aun cuando los procesados hayan pasado a la situación de retiro.

c. Resolución de primera instancia

Con fecha 21 de mayo del 2004, el Noveno Juzgado Penal de Lima declara improcedente la demanda, estimando que la decisión de la justicia militar se ajustó a un proceso regular, pues los delitos de función cometidos por personal militar en situación de actividad corresponden ser juzgados en el fuero militar.

d. Resolución de segunda instancia

Con fecha 21 de junio del 2004, la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirma la apelada por los mismos fundamentos.

III. CUESTIONES PRELIMINARES

A. Datos Generales

- Supuesto daño constitucional

Este proceso constitucional de hábeas corpus fue presentado por María Salazar Pulido de Carreño, a favor de Nicanor Carreño Castillo, contra el titular del Primer Juzgado Permanente de la Zona Judicial de la Marina, capitán de Fragata Felipe Genaro Untiveros Espinoza.

El acto lesivo se habría producido con la expedición de una resolución que ordena la detención del recurrente en el Centro de Reclusión de la Policía Naval en la Base Naval del Callao, por haber sustraído galones de petróleo de los tanques de combustible del BAP Callao.

- Reclamación constitucional

El demandante ha alegado afectación de los derechos constitucionales a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, literal b), a la presunción de inocencia personal (artículo 2, inciso 24, literal e) y al debido proceso (artículo 139, inciso 3, titución), al principio *ne bis in idem* (artículo 139, inciso 3,) y al juez natural (artículo 139, inciso 2,).

Se ha solicitado lo siguiente:

- El cese de la afectación de sus derechos constitucionales producida a través de un acto arbitrario.
- Su inmediata libertad.

B. Materias constitucionalmente relevantes

A lo largo de la presente sentencia, este Colegiado deberá pronunciarse sobre lo siguiente:

- Independientemente de la existencia de un proceso regular y a fin de analizar la supuesta afectación al debido proceso, ¿la san-

ción disciplinaria impuesta es consecuente con la sanción judicial militar? Para responder tal interrogante debe analizarse:

- ¿Cómo se llega a configurar una afectación a la presunción de inocencia?

- ¿Cuál es el sentido del *ne bis in idem* constitucional?

- ¿Existe un proceso penal militar dentro de los cánones constitucionales? En tal sentido:

- ¿Cuál es la naturaleza del delito de función en el marco de la justicia militar como parte de un proceso regular?

- ¿Cómo se configura su ámbito subjetivo?

- ¿De qué manera debe entenderse el ámbito objetivo del delito de función castrense?

- ¿Es razonable el mandato de detención?

IV. FUNDAMENTOS

1. El pronunciamiento sobre el fondo

Pese a que en el Poder Judicial este proceso ha concluido en el ámbito de la improcedencia, es necesario que este Colegiado fije algunos criterios sobre la base del petitorio de la demanda; más aún si se considera pertinente analizar algunas cuestiones fácticas para poder resolver sobre la existencia o no de un proceso regular.

El proceso constitucional previsto por nuestro ordenamiento jurídico como adecuado para la tutela de la libertad frente a la privación arbitraria o ilegal de la libertad física por mandato judicial es el hábeas corpus reparador, que busca reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho¹.

Por tal razón, se debe analizar en sede constitucional si es arbitraria la resolución emitida contra el favorecido:

«SE RESUELVE: Dejar sin efecto la resolución de este Despacho Judicial de fecha trece de enero del año dos mil cuatro el mismo que corre a fojas setenta y seis de autos en el

extremo en que resuelve que el inculpado Oficial de Mar Tercero Maniobrista Nicanor CARREÑO Castillo continúe en libertad, por la de Detención Provisional, la misma que cumplirá en el Centro de Reclusión Naval»².

En esa medida, el Tribunal Constitucional es competente para conocer sobre la razonabilidad de una limitación de la libertad, en la medida en que el juez constitucional cumple una función tutelar de la libertad, bajo el canon de interpretación constitucional del *in dubio pro libertate*, que únicamente puede ser restringido en atención a una detención preliminar en sede judicial, siempre que sea de carácter subsidiaria, provisional y proporcional.

2. Los límites a la aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional

Antes de seguir avanzando en el desarrollo de la presente sentencia, es necesario determinar cuál es la norma procesal aplicable al presente caso.

Según la Segunda Disposición Final del Código Procesal Constitucional, que rige desde el 1 de diciembre del año 2004,

«las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado».

De lo que se observa en el presente caso, es de preferencia la utilización de la Ley 23506 por ser el Código Procesal Constitucional más gravoso para la persona, al incluir nuevos supuestos que afectarían los derechos fundamentales cuya protección se pretende, sobre todo en referencia al tipo de resolución judicial que puede ser recurrida, según lo establece el artículo 4 del Código Procesal Constitucional:

1. Artículo 1 de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

2. Resolución del titular del Segundo Juzgado de Instrucción Permanente de Marina, presentada por el demandado [f. 44 del expediente].

«El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva».

Como en el presente caso no existe resolución judicial firme, es de preferencia, como ya se señaló, la Ley 23506.

A. Procedimiento disciplinario y proceso judicial militar

3. La relación entre dos tipos de procesos

El proceso, en el término amplio, es toda fórmula de solución de controversia que tienen dos partes en contraposición. Cuando el órgano competente para resolver es de naturaleza judicial, se denomina proceso propiamente, y es básicamente el que está expuesto a lo largo de la Constitución. Pero, cuando es otro órgano el que decide, se denomina procedimiento, siendo de aplicación las normas procesales constitucionales, según la naturaleza de su actividad.

En este marco, debe entenderse el proceso judicial militar para resolver sobre la base de un delito de función, y el procedimiento administrativo interno que actúa sobre cánones de conducta para los miembros de una determinada institución. Sobre el tema, es interesante analizar las relaciones entre estos dos tipos de proceso para analizar el caso materia de análisis en sede constitucional.

§1. *Ne bis in ídem*

4. Según la demandante, afectación al principio *ne bis in ídem*

Tomando en cuenta que se le ha sancionado en sede administrativa y que está sien-

do juzgado por la justicia militar, la demandante alega que

«al haberse sancionado dos veces por la misma causa en un acto abusivo, el demandado ha vulnerado el principio *Non Bis in Ídem* que resulta un elemento inmanente al debido proceso formal»³.

5. El *ne bis in ídem* constitucional

Como bien señala la demandante, el principio *ne bis in ídem* fluye del derecho al debido proceso (artículo 139, inciso 3, de la Constitución), pero es a partir del derecho a la certeza judicial⁴ y de los instrumentos internacionales⁵ cuando asume su verdadero sentido en el ámbito jurisdiccional.

Según el fundamento 19 de la Sentencia del Expediente 2050-2002-AA/TC, que nadie pueda ser juzgado dos veces por el mismo delito incluye, aparte de una dimensión material sancionadora, una dimensión eminentemente procesal, según la cual

«se garantiza 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)».

Sin embargo, una afirmación de este tipo debe ser entendida en su verdadera dimensión: como parte del fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 2868-2004-AA/TC, Caso José Antonio Álvarez Rojas, si no le relaciona con

3. Fundamento de hecho 1 de la demanda (f. 2 del Expediente).

4. Expresada constitucionalmente como motivación de las resoluciones [artículo 139, inciso 5], y relacionada con la prohibición de revivir procesos fenecidos [artículo 139, inciso 13].

5. Son dos las normas básicas. De un lado, «nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país» [artículo 14 punto 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos].

En segundo término, «el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos» [artículo 8 punto 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos].

«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.

De ahí que se considerase que ‘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’.

6. El procedimiento administrativo y el *ne bis in ídem* con el proceso judicial

De lo expresado en las líneas anteriores, debe quedar en claro si se está en un supuesto en el cual se ha sancionado a la persona favorecida con el presente hábeas corpus con una sanción administrativa y está siendo juzgada por el mismo hecho por un delito de función castrense.

Si bien existe una competencia de la justicia militar para los delitos de función, de acuerdo con el artículo 173 de la Constitución, esta se encuentra restringida a analizar la responsabilidad penal de una persona sujeta a la competencia del órgano juzgador. Sobre la base de un análisis personal en la comisión de un delito, se le puede sancionar según la tipología previamente establecida, tal como sucede con la justicia militar en el presente caso.

De otro lado, se ha reconocido expresamente, en el artículo 168 de la Constitución, que

«las leyes y reglamentos respectivos [...] norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional»,

lográndose de esta forma constitucionalizar la potestad disciplinaria a las instituciones castrenses, como en este caso corresponde a la Marina de Guerra del Perú. A través de esta norma, se busca mantener indemne el orden y la disciplina castrenses de sus miembros dentro de la entidad.

Entonces, en la Norma Fundamental se ha reconocido ambas posibilidades de sanción, cada una con un fin excluyente, tal como consta en la propia norma referida a la disciplina castrense: según el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú⁶, se sancionará por faltas graves

«independiente de la sanción penal que le correspondiere si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito por la ley».

Esta diferencia de naturalezas entre estos tipos de sanciones ha quedado plenamente establecida para el caso de autos⁷. Además, ya el Tribunal ha señalado en una demanda de inconstitucionalidad (Sentencia del Expediente 0023-2003-AA/TC, fundamento 87.b) que

«si entre las instituciones ‘administración’ y ‘justicia’ militar no existe equiparidad, entonces la calificación y enjuiciamiento de conductas de esa naturaleza no puede estar confiada a un órgano al cual se ha encargado el juzgamiento y la sanción de los delitos de función».

Por tanto, no ha existido afectación al principio *ne bis in ídem* en el presente proceso, pues la medida disciplinaria impuesta tiene un objeto distinto al del proceso penal

6. Ahora prescrito como Decreto Supremo 019-2004-DE-SG, en Texto Único Ordenado.

7. Se sanciona al favorecido «sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiera lugar» [Punto Resolutivo 3 de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 7 del Expediente)].

iniciado.

7. Consecuencias de una posible irresponsabilidad penal

Sobre el tema, se debe decir que la base fáctica del proceso penal y el procedimiento administrativa es una sola.

Pero cabe una situación particular: que la persona sea absuelta en vía procesal penal por la falta de pruebas sobre los hechos denunciados. Es decir, que la base fáctica de los procesos sea declarada insubsistente en sede judicial. Ante tal situación, ¿qué sucedería con la sanción disciplinaria impuesta? La respuesta no es del todo sencilla. Sin embargo, para el caso concreto, si se demostrase que el inculcado no participó del hecho delictivo imputado, la sanción disciplinaria debería seguir lo decidido en el proceso penal.

§2. La presunción de inocencia

8. Según la demandante, vulneración de la presunción de inocencia

Configurando un delito de abuso de autoridad, para la accionante, el juez militar ha afectado la presunción de inocencia

«pues no habiéndose declarado judicialmente su responsabilidad penal mediante resolución judicial, se tomó la presunta comisión de dichos ilícitos penales como determinante para disponerse la sanción de pase a la situación de retiro de operado»⁸.

9. El sentido constitucional de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es a la vez un principio y un derecho fundamental, previsto en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, según el cual

«toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad»⁹.

De la mano con el derecho a la contradicción correcta y transparente se encuentra el cumplimiento real y la observancia de la presunción de inocencia. Esta presunción, nacida del principio *pro homine*, demanda del juzgador la suficiente capacidad de equidad como para no asumir la responsabilidad de los acusados antes de que se realice la investigación o el procedimiento. De esta forma, la presunción de inocencia no requiere una causalidad entre un hecho y supuesto sancionable, sino un razonamiento jurídico a través del cual se determine una culpabilidad. Con la consecuente vinculación de los poderes públicos y su aplicación inmediata, este principio adopta un carácter de observancia obligatoria.

Consecuente con ello, cabe reparar la existencia de la presunción de inocencia administrativa, según la cual se debe considerar que no se puede tener en cuenta que el funcionario o servidor público ha cometido infracción a menos que la autoridad administrativa haya determinado su responsabilidad.

10. El procedimiento disciplinario de pase a retiro

En el ámbito militar, siguiendo el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú, el pase a la situación de retiro a los técnicos, suboficiales y oficiales de mar de las Fuerzas Armadas del Perú por medida disciplinaria¹⁰

«se producirá por faltas graves contra el buen servicio y/o cuando la mala conducta del personal afecte gravemente el honor y el decoro militar [...] previa recomendación de

8. Fundamento de hecho 4 de la demanda (f. 2 del expediente).

9. Sobre este mismo tema, también artículos 8.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

10. La sanción por medida disciplinaria se encuentra expresada en el artículo 51 inciso f del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú.

la Junta de Investigación, la que deberá oír al personal».

Sobre esta base, y cumpliendo todos los requisitos formales, la Comandancia General de la Marina, decide

«pasar a la situación de retiro por la causal de ‘medida disciplinaria’ al Oficial de Mar 3° Man. Nicanor CARREÑO Castillo, CIP. 01923560, a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, sin perjuicio de las acciones judiciales a que hubiera lugar»¹¹.

Pero, queda un punto por dilucidar. ¿Cuál es el hecho que motiva la afectación al honor y decoro militar? En la misma resolución se deja sentado que esta se fundamenta en la investigación del beneficiario, al igual que de otras personas,

«por estar involucrados en la sustracción de SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO (7,284) galones de petróleo Diesel-2 de los tanques de combustibles de la citada unidad»¹².

11. Pase a retiro y presunción de inocencia

Tal como constitucionalmente está prevista la presunción de inocencia, el juzgador no puede presumir la responsabilidad de una persona si es que antes no se ha demostrado y verificado sobre la base de los hechos.

Sin embargo, hay que saber diferenciar la naturaleza de las responsabilidades que pueden existir sobre la base de un mismo hecho, sin que ello venga a suponer un *ne bis in idem*, tal como se ha venido a sostener anteriormente. En el caso concreto, si bien el hecho de la sustracción del petróleo supone una investigación judicial que se está llevando a cabo, no puede soslayarse la investigación administrativa que paralelamente tiene que realizar la

propia institución con el fin de mantener la incolumidad de la propia organización.

No es que esta última se está basando en una responsabilidad no determinada para el caso de la primera, sino que el mismo hecho determina una intervención administrativa concurrente y paralela a la judicial. De lo expuesto, se desprende que no ha existido afectación alguna a la presunción de inocencia administrativa.

B. Delito de función y jurisdicción militar

12. El *iura nóvít curia* constitucional y delito de función

Corresponde al Tribunal Constitucional conocer y aplicar el derecho pertinente, para resolver el conflicto constitucional, aun cuando este no haya sido demandado por la parte.

Por ello, pese a que no se han cuestionado aspectos básicos acerca del delito de función y la competencia de justicia militar a través de la demanda de hábeas corpus, es menester de la presente sentencia analizarlas para un mejor resolver.

Este Colegiado ya ha señalado en el fundamento 4 de la Sentencia del Expediente 0905-2001-AA/TC, que el ámbito contradictorio del proceso y la congruencia de la sentencia no se ven

«afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del *iura nóvít curia* en este proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel».

11. Punto Resolutivo 3 de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 7 del expediente).
12. Considerando de la Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0076-2004-CGMG, de 23 de enero de 2004, presentada como Anexo de la demanda (f. 6 del expediente).

Por tanto, este Colegiado considera pertinente entrar a analizar el carácter del proceso judicial militar para ver su congruencia constitucional y analizar su conveniencia de considerarlo como ‘proceso regular’.

§1. Naturaleza del delito de función

13. La justicia militar

Recientemente, por un criterio de defensa democrática, el Tribunal Constitucional ha venido a delimitar el contenido de la justicia constitucional (Sentencias de los Expedientes 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC).

Adicionalmente, la justicia militar ha sido concebida como una extensión del poder de mando castrense y policial, aun cuando explícitamente se haya reconocido en el artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica de Justicia Militar que

«los Tribunales de Justicia Militar están encargados de mantener en dichas Fuerzas la Moralidad, el Orden y la Disciplina».

No obstante, resulta fundamental que, en un sistema democrático e independientemente de la institución que juzgue a los militares, esta deberá contar con competencias y atribuciones estrictamente delimitadas y deberá estar subordinada a la vigencia del ordenamiento constitucional, expresado en el respeto de los derechos fundamentales de las personas procesadas y la garantía del orden jurídico definido para la esfera castrense. Por esta razón, el nuevo sistema de justicia militar debe contener diversos aspectos que deben desarrollarse en una clave más congruente con la Norma Fundamental.

14. La competencia de la justicia militar

En primer lugar, conviene resaltar que actualmente, como parte de los principios jurisdiccionales previstos en el artículo 139, inciso 1, de la Constitución de 1993 (coincidente con artículo 233, inciso 1, de la Constitución de 1979), se ha señalado que

«no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

Entonces, la justicia militar aparece como una forma de jurisdicción distinta a la judicial con reconocimiento constitucional¹³. De este modo, tomando en consideración el fundamento 25 de la Sentencia del Expediente 0023-2003-AI/TC,

«la jurisdicción militar, en tanto órgano jurisdiccional, no se encuentra exceptuada de observar todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso».

No obstante, no es exacto llamar jurisdicción a la justicia militar. La jurisdicción es única para el Estado, como función que le compete en tanto división y relación entre los poderes. En el caso del tribunal militar, lo que existe es un órgano que tiene ‘competencias’ para ejercer actos jurisdiccionales propios y distintos de los señalados para el Poder Judicial. Tomando en cuenta los principios de unidad constitucional y corrección funcional, la exclusividad de la jurisdicción recaerá en el Estado, y este podrá crear ámbitos de aplicación de ella: así, los asuntos ordinarios en el Poder Judicial, los asuntos constitucionales en el Tribunal Constitucional, o los asuntos castrenses en la justicia militar.

15. Los delitos de función castrense en la justicia militar

Constitucionalmente, se ha prescrito en el artículo 173 que

«en caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina. La casación a que se refiere el artículo 141 sólo es aplicable cuando se imponga la pena de muerte».

13. Según la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, la justicia militar «constituye una excepción a los principios de unidad y exclusividad judicial» [fund. 126].

Por tal razón, el delito de función entrañará, según el fundamento 132 de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

«aquella acción tipificada expresamente en la Ley de la materia, y que es realizada por un militar o policía en acto de servicio o con ocasión de él, y respecto de sus funciones profesionales».

Sin embargo, para considerar que un delito es de función o no, y que por lo tanto es materia de la competencia de la justicia militar, es necesario que concurren dos elementos: uno personal, referido al tipo de personas que están sujetas a su autoridad, y otro objetivo, respecto a los bienes jurídicos tutelados a través del tipo penal. Y estos temas son los que este Tribunal pasa a revisar a fin de analizar si en el caso concreto la sustracción de petróleo constituye o no un delito de función.

§2. El ámbito subjetivo del delito de función

16. Según la demandante, al ser el detenido un militar en retiro no le corresponde la justicia militar

Con toda claridad, la demandante ha argüido que

«don NICANOR CARREÑO CASTILLO está detenido arbitrariamente en el Centro de Reclusión más de 30 días, y es más, dicho Centro de Reclusión donde se encuentra detenido solamente es para personal militar que ha sido sentenciado por delito de traición a la patria, y delito de función, pero sigue en situación en actividad, y no para personal que se encuentre en situación de retiro, lo que se tiene, que se ha debido poner a disposición del fuero común y sea este ente que asuma competencia, sin embargo, nunca se efectuó»¹⁴.

17. Según el demandado, el proceso es regular

Frente a tal argumento, a la hora de brin-

dar su declaración, el emplazado alega que la demanda carece de fundamento

«en razón [de] que el accionante se encuentra debidamente sometido a un proceso judicial [en] el fuero militar por su presunta responsabilidad en actos delictivos cometidos encontrándose en situación de actividad y específicamente cubriendo guardia de servicio en una unidad de la Marina de Guerra del Perú».

En tal sentido, corresponde analizar cómo se configura el delito de función con respecto al ámbito subjetivo.

18. Responsabilidad personal en los delitos de función

Solamente podrán ser plausibles de proceso ante la justicia militar los militares en ejercicio de su función, es decir ‘en actividad’, tal como se encuentra considerándolo el artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso. Estos serán los únicos que se consideren ‘sujetos activos del ilícito castrense’.

La salvedad que existe hoy en día con respecto a los delitos de terrorismo y traición a la patria (artículo 173 de la Constitución) debe quedar desvirtuada. Este tema también levantó polémica jurisdiccional. Ante ello este Colegiado ha señalado, en la Sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC, que

«la autorización para que los tribunales militares juzguen civiles por los delitos de traición a la patria y terrorismo, en efecto, son lesivas del derecho al juez natural»¹⁵,

Es decir, de acuerdo con el fundamento 134-B de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, es un requisito de la configuración de un delito como de función castrense que sea cometido por un militar:

«el sujeto activo del ilícito penal-militar debe ser un militar o efectivo policial en si-

14. Fundamento de hecho 5 de la demanda (f. 2, 3 del expediente).

15. Por esta razón se ha venido pidiendo su modificación [Informe correspondiente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Año 1996].

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

19. Delitos de función y retirados

Los que no ostentan la calidad de militar, en ningún supuesto pueden ser juzgados por la justicia militar, pues, como lo analiza prospectivamente el artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso

«el ámbito de sus atribuciones no se extiende, en ningún caso, a los civiles».

En esencia, como bien lo ha señalado la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Petruzzi, de 1999,

«la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter».

Por lo tanto, lógicamente no se debe incluir a los militares en situación de disponibilidad (desarrollo de este tema en el artículo 70 del Decreto Legislativo 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea) ni deberían estar incurso los que están en estado de disponibilidad. Tampoco aquellos sujetos al régimen de servicio militar, en tanto no son militares, a diferencia de lo que se prescribe en la actualidad (artículo 173 de la Constitución).

20. Los sujetos activos de los delitos de función

Según este Colegiado, como parte del fundamento 129 de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

«la justicia castrense no constituye un ‘fuero personal’ conferido a los militares o policías, dada su condición de miembros de dichos institutos, sino un ‘fuero privativo’ centrado en el conocimiento de las infracciones cometidas por estos a los bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional».

De ello se colige que no todo ilícito penal cometido por un militar o policía se juzgará en la justicia militar, ya que si el ilícito es de ‘naturaleza’ común, el procesamiento corresponderá al Poder Judicial, independientemente de la condición de militar que pueda tener el sujeto activo.

21. La comisión del delito en acto de servicio

Adicionalmente, según ya ha venido señalando este Colegiado, en el fundamento 134-A de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

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

En el caso concreto, cuando se realizó la supuesta sustracción del petróleo, el beneficiario de la presente acción se encontraba en ejercicio de sus funciones castrenses, y se aprovechó de su ocupación para desviar de su trabajo a quien estaba custodiando el petróleo:

«En dicho puesto de guardia se encontraba de guardia en la facción de 00:00 a 04:00 horas el Cb2 art. David QUISPE Rivas, quien fue propuesto por el OM3 Man. CARREÑO Castillo para que se vaya a dormir a cambio de que le traiga una (01) taza de café, el cual fue aceptado por dicho tripulante, quien abandonó su puesto de guardia dejando su armamento en el portalón a cargo del OM de guardia»¹⁶.

16. Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de ‘enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado’ y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del Expediente).

22. La situación de retiro como consecuencia de los hechos materia de investigación

Independientemente del motivo de la separación del servicio activo de la Marina, en la actualidad el beneficiario se encuentra en situación de retiro. Sin embargo, su juzgamiento se refiere a hechos que él cometió en el momento en que se encontraba en situación de actividad, y con ocasión del servicio.

Por tal razón, es perfectamente posible que la justicia militar se avoque a causas en que los sujetos activos no estén como militares en actividad en la actualidad, es decir, en el momento en que están siendo procesados, pero que lo estuvieron en el momento de la supuesta comisión del delito.

§3. El ámbito objetivo del delito de función

23. Delitos materia de intervención de la justicia militar

Debe quedar establecido con claridad cuáles son los delitos que pueden ser materia de análisis de la justicia militar. Parece ser que el listado que presenta el Código de Justicia Militar en algunos aspectos se contradice con los delitos contemplados por el Código Penal. Se deberá someter a revisión la decisión de que la justicia militar se ejerza por razón del delito o por razón del lugar, tal como se encuentra señalado en el artículo 319 del Código de Justicia Militar.

En la actualidad, la justicia militar es competente por diversos criterios, y no todos correctos:

- formalmente, si el delito está tipificado previamente (artículo 2 del Código de Justicia Militar);
- subjetivamente, si la persona es un militar en actividad (artículo 324 del Código de Justicia Militar), tal como se analizó *supra*;

- causal, y ocasionalmente, si los hechos tienen relación con el ámbito militar;
- por el lugar de la comisión del hecho, tal como sucediera para los casos de zonas de emergencia (Ley 24150, de 1985, y Decreto Supremo 006-86-JUS, de 1986), y
- materialmente, si el delito es de función.

24. La naturaleza de los delitos de función

Lo más correcto sería reconducir todos los criterios antes enunciados hacia una nueva definición de lo que es un delito de función. Este se presenta cuando la conducta del militar o del policía en actividad pone en riesgo o atenta contra la actuación de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú en el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

En la práctica se ha desnaturalizado lo que se entiende por delitos de función. Por tal motivo, se sugiere hacer una revisión de los tipos penales que deberían quedar establecidos como delitos militares, en tanto estos sean 'de función', según el artículo 173 de la Constitución, o 'estrictamente castrenses', según el artículo del Artículo 201 del proyecto de ley de reforma constitucional del Congreso, es decir, realizados en tanto y en cuanto son militares o policías.

Sobre la base de esta concepción de los delitos de función, en estricta relación con los principios de legalidad y tipificación por el Código de Justicia Militar, solamente podrían ser considerados copulativamente como tales¹⁷:

- los relacionados directamente con el ámbito funcional militar o policial;
- los que afectan bienes jurídicos estrictamente castrenses, y
- los que reconocen un nexo causal en-

17. Según Informe Defensorial N° 66, ¿Quién juzga qué?: Justicia militar vs. Justicia ordinaria. El delito de función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

tre los delitos cometidos en el ámbito castrense y la función encomendada al sujeto activo militar.

25. El bien jurídico tutelado

Constitucionalmente, en el artículo 165, las Fuerzas Armadas

«tienen por finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República».

Es decir, si existe un delito de función, este debe estar en estricta relación con las funciones antes explicadas. De esta manera, según el fundamento 134-A de la Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC,

«se trata de afectaciones sobre bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan. Se trata de una infracción a un bien jurídico propio, particular y relevante para la existencia [de la] organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses»¹⁸.

26. Denuncia por el delito de aceptación de bienes o ventajas para violar obligaciones

En el caso del beneficiario de la presente acción, este ha sido denunciado por haber sido presunto autor del delito contra el deber y dignidad de la función¹⁹, pese a que posteriormente no se le abriera instrucción por tal delito, que según el Código de Justicia Militar se refiere a lo siguiente en su artículo 200:

«Cometen delito contra el deber y dignidad de la función los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que en ejercicio de su función o con ocasión de ella incur-

ren en cualesquiera de las infracciones siguientes: [...]».

2. Aceptar regalos, promesas o cualquier otra ventaja a sabiendas de que les son hechas con el fin de violar sus obligaciones».

Sin embargo, ¿este tipo penal puede ser considerado como un delito de función? Como bien este Colegiado ha venido señalando, para que efectivamente pueda considerarse un ilícito como de ‘función’ o ‘militar’, se necesita, aparte de que el sujeto activo sea militar en actividad, que

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

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

iii. La infracción revista cierta gravedad y justifique el empleo de una conminación y una sanción penal»²⁰.

Tal como está previsto en el caso general, una figura como la expresada en el Código de Justicia Militar podría encajar en un tipo penal previsto para cualquier funcionario público, entre los que se puede encontrar a los militares²¹. De hecho, el bien jurídico protegido por los delitos contra la Administración

18. Es decir debe poseer un «carácter de interés institucionalmente vital» [fund. 133 de la misma sentencia].

19. Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de ‘enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado’ y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del Expediente).

20. Sentencia del Expediente 0017-2003-AI/TC, fund. 134-A.

21. Para efectos penales, se consideran funcionarios o servidores públicos los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional» [artículo 425, inciso 5, del Código Penal].

Pública es la protección de la correcta marcha de las entidades estatales, evitando una desviación tanto del poder asumido por los funcionarios como de la población con respecto a la consideración de tal investidura. De esta forma se debe analizar, entre otros, el tipo de cohecho propio (artículo 393 del Código Penal²²) que señala que

«El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal [...]».

La ética pública (como contradicción a la corrupción de funcionarios) no es un bien jurídico tutelado que debe ser expresado de manera distinta en las diversas instituciones del Estado. De esta forma, el delito de aceptación de bienes o ventajas para violar obligaciones no tiene relación alguna con el rol constitucional de la actividad de las Fuerzas Armadas. La ética pública pertenece tanto a las instituciones castrenses como al resto de instituciones públicas, pues como bien señala el artículo 138 de la Constitución

«todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación».

27. Apertura de instrucción por delito de enajenación y pérdida de objeto y prendas militares y material del Estado

Como parte de la apertura de instrucción, el juez ha creído conveniente abrir proceso

«Contra el Oficial de Mar Tercero Maniobrista Nicanor CAREÑO Castillo por

delito de ‘Enajenación y Pérdida de Objeto y Prendas Militares y Material del Estado’ en agravio del Estado – Marina de Guerra del Perú»²³.

Según este delito previsto en el artículo 276 del Código de Justicia Militar,

«los militares que enajenen, pignoren o pierdan armas, municiones, combustibles, lubricantes, animales destinados al servicio, aparatos o efectos de buques de guerra, aeronaves militares, medios de comunicación, prendas militares, víveres, forrajes u otros materiales, sufrirán la pena de prisión o reclusión militar, cuando su valor exceda de diez mil soles oro. Si no excediere de dicha suma se reprimirá como falta».

Sin embargo, al igual que en el caso anterior, un tipo de estas características no tiene conexión alguna con los fines que deben cumplir las Fuerzas Armadas según la Constitución. Por ende, al igual que en el caso anterior, no pueden ser juzgados los militares por actos que son considerados como delitos comunes.

Por más que en el caso de las normas penales militares la referencia directa sean bienes jurídicos castrenses, la acción de la persona tiene de por sí un carácter particular, como puede ser cometido a través de un hurto²⁴ o una omisión de deberes funcionales²⁵.

28. La sustracción del petróleo y los delitos en sede ordinaria

Aparte de que la falta de congruencia [...] puede constituir entre el tipo penal denunciado y aquel por el que se ha abierto instrucción no tienen coherencia, que puede constituir una afectación al derecho al debido proceso de la persona (Artículo 139, inciso 3, de la Constitución), en ninguno de los dos ca-

22. Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 28355.

23. Resolución N° 001-2004, presentada por el demandado (f. 33 del expediente).

24. Artículo 185 del Código Penal («el que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra»).

25. Artículo 377 del Código Penal («el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo»).

sos, es posible que la justicia militar se considere competente para analizar actividades de los militares en actividad.

De esta manera, no podrá considerarse un proceso como regular cuando un proceso se sustente en normas constitucionalmente reprochables, como son, en el presente caso, los delitos antes mencionados. Por lo tanto, debe declararse tales normas como inaplicables al caso concreto.

Sobre la base de los hechos ocurridos en la sustracción de petróleo del barco de la Marina de Guerra, aparte de la intervención del beneficiario de la presente acción para evitar la custodia de los galones de petróleo, es importante recalcar qué es lo que el principal involucrado en el delito refiere ante las autoridades que lo investigaron:

«Asimismo refiere que este dinero fue repartido... al OM3 Man. CARREÑO Castillo, DOSCIENTOS (S/. 200,00) CON OO/100 NUEVOS SOLES, con la finalidad de que no informara los hechos»²⁶.

Por tanto, lo más conveniente es que estos procesos sean nuevamente analizados en sede ordinaria, y se declare nulo el proceso penal militar abierto en contra del favorecido.

C. Mandato de detención y justicia militar

29. Privación de libertad y mandato de detención

El hecho que sustenta la privación de la libertad del favorecido se centra en el mandato de detención emitido en su contra, tal como se pudo observar *supra*. Independientemente de las conclusiones a las que este Tribunal acaba de arribar, es necesario pronunciarse sobre este extremo.

A entender de este Colegiado, es menes-

ter analizar la racionalidad y razonabilidad del tal mandato, motivo para lo cual es necesario nuevamente recurrir al *iura novit curia* constitucional, por no ser este hecho un fundamento de la demanda.

30. El carácter del mandato de detención en la justicia militar

Partiendo de que, según el artículo 520 del Código de Justicia Militar, solamente podrá haber detención en caso de que

«haya suficientes datos para considerar responsable al denunciado»,

se debe señalar que solamente se podrá llegar a ella si es que previamente se ha mandado comparecencia en un supuesto como el establecido en el artículo 522 del Código de Justicia Militar:

«La orden de comparecencia será dictada bajo apercibimiento de detención, la que se hará efectiva si el inculcado no concurre a la citación».

Tras la instructiva, el juez militar debe determinar finalmente si ordena mandato de detención definitiva o simplemente comparecencia.

Este es el marco procesal en el que se ha debido resolver el caso. Sin embargo, también debe quedar claro que la discrecionalidad que el Código de Justicia Militar brinda al juez no debe ser entendida como arbitraria. Discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad.

31. La variación del mandato de comparecencia por el de detención

En la apertura de instrucción, el juez determinó mandato de comparecencia al beneficiario de la acción²⁷.

Sin embargo, posteriormente se resuelve la variación de tal mandato por el de deten-

26. Formalización de denuncia penal por el delito contra el patrimonio en la modalidad de 'enajenación y pérdida de objetos y prendas militares y material del listado' y otros, Denuncia N° 001-2003, presentada por el demandado (f. 29 del expediente).

27. Resolución 001-2004, presentada por el demandado (f. 33 del expediente).

ción. Para fundamentarlo el juez militar señaló lo siguiente:

«VISTOS; estando la razón del Secretario curso, por la que informa que el Oficial de Mar Tercero Maniobrista no desea rendir su declaración instructiva sin la presencia de su abogado defensor de elección, asimismo tiene conocimiento que se ha resuelto dictar orden de detención definitiva contra el Técnico Tercero Electricista César ESPINOZA Miranda, en consecuencia: a efectos de cautelar la correcta administración de justicia»²⁸.

De tal manera que el juez ha debido observar la inconcurrencia del inculpado a la citación, o tomando en consideración algún elemento que demande la necesidad de que el supuesto sujeto activo del delito requiera ser detenido.

Es más, el propio Código señala al respecto, en su artículo 525, que

«el auto de detención definitiva deberá ser fundada, refiriéndose de modo concreto a las piezas del expediente de las que resulte la comprobación de la existencia del delito y la presunción de ser el inculpado responsable del mismo. La falta de fundamento producirá la nulidad del auto».

32. La proscripción de la arbitrariedad en cualquier acto de la Administración

Para este Colegiado, no puede consentirse que la decisión que se tome, menos aún de un juez, esté sustentada en un libre criterio que pueda llegar a ser arbitrario. Ello porque

«desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.

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»²⁹.

Sobre la base de una norma como aquella según la cual es un principio de la función jurisdiccional, tal como lo prevé el artículo 139, inciso 5, de la Constitución,

«la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan»,

no puede permitirse que el mandato de detención emitido sea contrario a las reglas judiciales de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, más aún si una norma como esta exige que la disquisición jurídica del juez sea coherente con los hechos y el derecho con respecto a lo que se está resolviendo.

Es más, según la propia Constitución, en su artículo 2, inciso 24, acápite f,

«nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez».

Por tanto, según el fundamento 36 de la Sentencia del Expediente 0090-2004-AA, Caso Juan Carlos Callegari Herazo, es

«una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la

28. Resolución del juez del Segundo Juzgado de Instrucción Permanente de Marina, presentada por el demandado [f. 44 del expediente].

29. Sentencia del Expediente 0090-2004-AA/TC, Caso Juan Carlos Callegari Herazo, fund. 13. Además, «en ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como ‘discrecionales’, no pueden ser ‘arbitrarias’, por cuanto son sucesivamente ‘jurídicas’ y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la ‘crítica racional’» [fund. 12].

medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad».

33. Incongruencia del mandato de detención

De lo expuesto, queda claro que el mandato de detención emitido no cumple los requisitos básicos de coherencia resolutive, pues a través de él se señalan dos motivos para que sea dictado.

En primer lugar, si se ha determinado el mandato de detención de otro de los involucrados en el proceso penal, esto no tiene relación alguna con el beneficiario de esta acción. Tomando en cuenta que existe el principio de responsabilidad personal en materia penal, que se use este argumento como motivación de la detención es irracional.

De otro lado, que no se permita que se ejerza un verdadero derecho a la defensa con asesoramiento letrado es un acto contrario a la Constitución, la misma que señala en su artículo 139, inciso 14, como un derecho el

«comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad».

Por tales razones, se declara nulo el mandato de detención emitido, y se debe ordenar la inmediata liberación del detenido.

34. Validez constitucional de los requisitos del mandato de detención

Independientemente de lo señalado en los párrafos anteriores en los que se ha admitido el marco normativo para analizar el caso concreto, es necesario realizar un estudio de la conveniencia constitucional de los requisitos para emitir el mandato de detención.

Como se observa, el nivel de discrecionalidad con que cuenta el juez para determinar el mandato de detención en el proceso penal militar es sumamente alto. Esto motiva que se debe reconducir tal normatividad ha-

cia parámetros más precisos de protección de los derechos a la libertad de la persona.

Por tal razón, se considera pertinente tratar de avanzar hacia un nivel como el expresado en las normas procesales ordinarias que, habiendo sido promulgadas, aún se encuentran en *vacatio legis*, pero que puede servir de marco normativo para el mandato de detención militar. Según esta norma (exactamente, artículo 268 del nuevo Código Procesal Penal³⁰),

«1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad».

De tal manera, se requiere con urgencia una norma de naturaleza similar en el proceso penal militar para que sean constituciona-

30. Decreto Legislativo 957, que aún no se encuentra vigente.

les sus mandatos de detención y no se mantengan los abusos en su emisión, tal como se han mostrado en el presente caso.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus de autos.

Por tanto:

1. Ordena la inmediata libertad del detenido.
2. Son inaplicables al caso concreto los artículos 200 y 276 del Código de Justicia Militar.
3. Exhorta al Congreso a emitir las normas adecuadas respecto a la detención en un proceso militar, asimilándolas a las detenciones en los procesos ordinarios.
4. Dispone la remisión de los actuados al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ALVA ORLANDINI
GARCÍA TOMA
LANDA ARROYO

d) Exp. N° 3546-2004-PHC/TC [Juan Arturo Chávez Villa].

Fecha de resolución: 28 de diciembre de 2004, fecha de publicación: 06 de diciembre de 2005

EXP. N.° 3546-2004-PHC/TC

LIMA

JUAN ARTURO CHÁVEZ VILLA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de diciembre de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Presidente; Gonzales Ojeda y Vergara Gotelli, pronuncia

la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Gladys de los Milagros Espinoza Castillo contra la resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 51, su fecha 9 de julio de 2004, que declara improcedente el hábeas corpus de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 26 de junio de 2004, doña Gladys de los Milagros Espinoza Castillo interpone demanda hábeas corpus a favor de su cónyuge, don Juan Arturo Chávez Villa, por vulneración al derecho al juez predeterminado por ley. Dirige su pretensión contra los funcionarios del Ministerio de Defensa Julio Vásquez Alegría y Luis Martínez de Pinillos. Refiere que el beneficiario del presente hábeas corpus es técnico de la FAP en actividad, perteneciente a los efectivos del Servicio de Material de Guerra de la FAP, unidad acantonada en la Base Aérea Las Palmas, en la cual, con fecha 9 de junio de 2004, se produjo un robo de armamento, resultando un suboficial herido. Alega que, a pesar de que se trata de delitos comunes, y no de función, las investigaciones han estado a cargo de personal de la FAP y no de la Policía Nacional; y que se ha ordenado la privación de libertad de su cónyuge atribuyéndosele los delitos de «desobediencia» y «pérdida de armamento». Solicita que se declare la nulidad de lo actuado en el fuero militar y se ordene que el beneficiario del hábeas corpus sea puesto a disposición del Ministerio Público.

El Vigésimo Sexto Juzgado Penal de Lima, con fecha 26 de junio de 2004, rechaza, *in limine*, la demanda, por considerar que el beneficiario del hábeas corpus es investigado por la presunta comisión de delitos de función, como «desobediencia» y «pérdida de armamento».

La recurrida confirmó la apelada, por similares fundamentos.

FUNDAMENTOS

1. La competencia del fuero militar, de acuerdo al artículo 173° de la Constitución, se encuentra limitada para los delitos de función en los que incurran los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales. Este Tribunal se ha pronunciado respecto del concepto de delito de función, señalando en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0017-2003-AI/TC, que se trata de infracciones cometidas por miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales en servicio, en las que la conducta que se imputa debe haber sido cometida con ocasión de actos de servicio. Asimismo, en la sentencia precitada se determinó la exigencia de que la infracción afecte «(...) bienes jurídicos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional tutelados por el ordenamiento legal, y que se relacionan con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales que se les encargan»; añadiéndose que ello implica, básicamente, la « (...) infracción de una obligación funcional, por la cual el efectivo estaba constreñido a mantener, o a realizar, o no realizar, un comportamiento a favor de la satisfacción de un interés considerado institucionalmente como valioso por la ley; además, la forma y modo de su comisión debe ser incompatible con los principios y valores consagrados en el texto fundamental de la República (deber militar)».

2. Si bien el robo, ocurrido en la base militar en la que el favorecido del presente hábeas corpus prestaba servicio, no constituye delito de función, pues a él no se le imputan tales actos, sino como consta de los actuados del proceso que se le sigue en el fuero militar, obrante a fojas 68 de autos, sí lo sería «(...) el no haber realizado el relevo físico con el armamento que se encontraba en la prevención al finalizar su servicio de guardia y no adoptar las medidas de seguridad pertinentes (...) haciendo caso omiso a las disposiciones y procedimientos operativos respectivos, en los que se señala que el Comandante de Guardia será el responsable de exigir que su adjunto registre el ingreso y salida del personal militar; debiendo verificar las maleteras de los autos a fin de evitar sustracción de material, dándole también la responsabilidad

de la custodia y estado del armamento asignado a la prevención, así como prevenir el ingreso de personal que no cuente con la autorización respectiva».

3. En tal sentido, el Tribunal Constitucional considera que al beneficiario del hábeas corpus no se le imputa la comisión del delito de robo (para cuyo caso, al no constituir delito de función, sería competente únicamente el fuero común). Por el contrario, lo que se le imputa es la comisión de un delito de función, consistente en la infracción de una obligación funcional relativa al deber de custodia del armamento militar. Tal infracción de deber no constituye un atentado contra el patrimonio o la integridad personal, bienes cuya protección penal queda sustraída de la competencia del fuero privativo militar, sino que se trata de infracciones a un deber de naturaleza militar, destinado a proteger la posesión de armamento encargado a las Fuerzas Armadas a fin de cumplir su misión, constitucionalmente encomendada, de garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, de conformidad con el artículo 165° de la Constitución.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de hábeas corpus.

Publíquese y notifíquese.

SS.BARDELLI LARTIRIGROYEN
GONZALES OJEDA
VERGARA GOTELLI

DOCTRINA



Interpretación constitucional y Derecho Penal

César Landa*

Al Prof. Konrad Hesse
In memoriam

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. 2.1. *Génesis de la interpretación constitucional*. 2.2. *Teorías de la interpretación constitucional*. 2.2.1. *Interpretación hermenéutica*. 2.2.2. *Interpretación tópica*. 2.2.3. *Interpretación institucional*. 2.2.4. *Interpretación alternativa*. III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL. 3.1. *Control constitucional de la observancia del principio de legalidad*. 3.2. *Control constitucional de la tipificación penal*. IV. CONCLUSIÓN.



I. PRESENTACIÓN

No cabe duda que la Ley Fundamental, en los actuales Estados constitucionales democráticos, establece los principales fundamentos tanto del Derecho público así como del Derecho privado. Ello es así, toda vez que la Constitución no sólo es una norma política, sino también norma jurídica o manifestación suprema del ordenamiento jurídico, pues en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho; lo que Pellegrino ROSSI llamaría *les têtes de chapitres*¹.

En ese entendido se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal está abierta a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentran, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación con la política criminal². Ello es así en la medida que, en última instancia, las bases del Derecho penal no hay que buscarlas en las leyes, sino en la

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1. PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones del Derecho constitucional*. T. I. Madrid: CEC, 1984. p. 11.

2. TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho penal*. Lima: Palestra Editores, 2003. p. 21.

Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.

Esa influencia del Derecho constitucional sobre la dogmática penal, a menudo, se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no sólo se limita a aplicar, sin más, las instituciones «propias» del Derecho penal y *desde* el Derecho penal, sino que también ha asumido un rol activo en cuanto se refiere a determinar y otorgar contenido, a través de sus sentencias, a las instituciones penales haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con el Derecho constitucional.

Precisamente, es a través de la interpretación constitucional que el Tribunal Constitucional ha contribuido, positivamente, a superar las limitaciones de la dogmática penal para hacer frente a fenómenos que, como el terrorismo y la corrupción, han puesto en cuestión el propio sistema democrático-constitucional. Es por ese motivo que en el presente ensayo se realiza un estudio acerca de la interpretación constitucional, para después analizar, por un lado, cómo ha interpretado el Tribunal Constitucional el principio de legalidad penal; y, de otro, si el órgano de control de la Constitución puede realizar un control de la tipificación penal.

I. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

2.1. Génesis de la interpretación constitucional

Sólo a partir de la *praxis* del Estado democrático y social de Derecho y del desarrollo de los derechos fundamentales, la interpretación jurídica se ha convertido en un factor principal de interés y de movilización de la teoría constitucional; dinámica que ha llevado a la construcción de una propia teoría de la interpretación constitucional³, debido a la demanda social y sobre la jurisdicción constitucional para tutelar los derechos fundamentales⁴.

Baste señalar que en el constitucionalismo clásico la interpretación constitucional no existía como problema, en tanto los derechos y garantías establecidos en la Constitución

3. Christian Starck (editor). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. T. II. Verfassungsauslegung*. Tübingen: J.C. Mohr (Paul Siebeck), 1976. Aquí se recogen los trabajos de buena parte de la doctrina alemana sobre la interpretación constitucional, de autores como BADURA, KIRCHHOF, ZIPPELIUS, FROWEIN, KLEIN, SCHNEIDER, entre otros.

4. FORSTHOFF, Ernst. *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964*. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 1964. pp. 150 y ss.; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. «Die Methode der Verfassungsinterpretation-Bestandaufnahme und Kritik». In *NJW*, N.º 46, 1976. pp. 1089 y ss., se trabaja con la versión en castellano *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13 y ss.; MÜLLER, Jörg Paul. *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1991. pp. 213 y ss.; 325 y ss.; 377 y ss. Asimismo, GRALLA, René. *Der Grundrechtsschutz in Dänemark*. Frankfurt-Bern-New York-Paris: Peter Lanf, 1987. pp. 65 y ss., 81 y ss.; 187 y ss.

se realizaban, a través de las leyes. Así, por un lado, en el marco del Código Civil y del Código Penal se desarrollaron las técnicas de la interpretación jurídica, que fueron asumidas por la teoría general de la interpretación⁵ a través de la hermenéutica jurídica⁶.

Por otro lado, a partir del desarrollo de la parte orgánica de la Constitución que era concebida como un asunto político no justiciable –es decir, no sujeto a la interpretación jurídica, sino a las relaciones de poder–, lo cual fue evolucionando a partir de la justiciabilidad de los asuntos de poder⁷.

En general, no era una necesidad jurídica interpretar la Constitución, dado el carácter y la comprensión fundamentalmente políticas de la norma suprema; por ello, diría JEFFERSON, la Constitución no es más que el sentido común de la sociedad expresado en fórmulas jurídicas⁸.

Por el contrario, la ley se entendía como prolongación de la racionalidad de la vida social, donde el legislador –según ROUSSEAU– no debía ser concebido como el mecánico que inventa la máquina, sino como el naturalista que –sin hacer las leyes– las descubriese y se limitase a formularlas. Entonces, «por ser prolongación del sentido común y de la racionalidad interna de la sociedad, y por poseer además un carácter puramente formal, la legalidad constitucional deberá verse presidida por los principios de claridad y transparencia»⁹.

En consecuencia, en la primera hora del constitucionalismo moderno, la interpretación constitucional se convierte en un tema superfluo, dado el rol indiscutible de la ley y la pretensión de claridad y transparencia de la legalidad. De ahí que –como decía MONTESQUIEU– «los jueces de una nación no son (...) sino la boca que pronuncia las palabras de la ley»¹⁰.

5. BETTI, Emilio. *Teoria General della Interpretazione*. T. I y II. Milano: Giuffrè editore, 1955, pp. 292 y ss.; 789 y ss., respectivamente.
6. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 4.a ed. 1975. pp. 162 y ss.; 185 y ss.
7. ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la Constitución*. Madrid: CEC, 1984. pp. 517-568; GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La interpretación constitucional como problema». En *Pensamiento Constitucional*, MDC-Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 1994. pp. 15 y ss.; asimismo, DE LA QUADRA, Tomás. «Métodos y criterios de interpretación de la Constitución». En Antonio López Pina (editor). *División de poderes e interpretación, hacia una teoría de la praxis constitucional*. Madrid: Tecnos, 1987. pp. 134 y ss.
8. Al respecto, se puede revisar el pensamiento político jurídico de JEFFERSON, Thomas. *Cartas y escritos escogidos*. Buenos Aires: Tres Tiempos ediciones, 1988. pp. 476 y ss.; 492 y ss.; p. 549.
9. DE VEGA, Pedro. *En torno a la legitimidad constitucional*. México D.F.: UNAM, 1988. pp. 816 ss. y en concreto p. 817.
10. MONTESQUIEU. *Esprit de lois*. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1844. pp. 127 y ss.; sin embargo, es del caso señalar que en la experiencia norteamericana, siguiendo la tradición anglosajona, los jueces tempranamente se convirtieron en los intérpretes autorizados de la Constitución y de la ley, DWORKIN, Ronald. *Law's Empire. The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. pp. 15 y ss.; 49 y ss.; asimismo, HART ELY, John. *Democracy and Distrust. A theory of judicial review*. United States: Harvard University Press, 1981. pp. 43 y ss.

A tenor de lo expuesto, «el formalismo, la neutralidad axiológica, la claridad y la consiguiente ausencia de la necesidad de interpretación, serían otras tantas de las características con las que aparece en la historia la legalidad constitucional moderna y que, naturalmente, condicionaron los primeros y más significativos tratamientos doctrinales de la misma»¹¹.

Pero, la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional, sólo cuando la propia norma política suprema se transforma en una norma jurídica exigible de cumplimiento directo por los ciudadanos; ello sucede a partir de dos procesos sucesivos.

Primero, cuando la Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, «a través de múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden»¹²; pero, que ahora se asume como manifestación del principio jurídico de supremacía constitucional.

En ese sentido, también, «el Estado constitucional de Derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre el ordenamiento jurídico con la consiguiente anulación en la medida que en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional»¹³.

Segundo, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman, a partir de la segunda postguerra, en derechos fundamentales que incorporan valores, principios constitucionales y derechos socio-económicos, en el marco del Estado social y democrático de Derecho; se obligó sobre todo a los jueces y tribunales, así como a la dogmática constitucional, a proveer de técnicas y métodos de interpretación para dar respuestas a las lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no sólo dentro de lo jurídicamente debido¹⁴, sino también dentro lo constitucionalmente posible¹⁵.

11. DE VEGA, Pedro. *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit. p. 817.

12. Kelsen, Hans. «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)». En *RDP*, XXXV, Année 1928, Topos Verlag, Vaduz, 1982. p. 204.

13. GARCÍA PELAYO, Manuel. «Estado legal y Estado constitucional de Derecho». En J. De Belaunde (compilador). *El Tribunal de Garantías Constitucionales en Debate*. Lima: Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Lima, 1988. pp. 28 y ss.; en especial pp. 30-31; asimismo, del mismo autor. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 2000, pp. 100 y ss.; STARCK, Christian. «Constitutional Interpretation». En Christian Starck (editor). *Studies in German Constitutionalism, the German contribution to the forth world congress of the International Association of Constitutional Law*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. pp. 51 y ss.

14. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1991. pp. 251 y ss.; ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la constitución*. Madrid: CEC, 1984. pp. 277 y ss.; 539 y ss.; asimismo, RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas*. Madrid: CEC, 1990. pp. 37 y ss.

15. CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: CEC, 1988. pp. 302 y

1.1. Teorías de la interpretación constitucional

Sobre la base de ese orden supremo constitucional y de los problemas de la eficacia vinculatoria de los derechos fundamentales, se puede decir que la interpretación constitucional se convierte en un problema jurídico del Derecho constitucional contemporáneo; lo cual se afirma con la judicialización de la Constitución a través del rol de los tribunales constitucionales, en tanto se convierten en los supremos intérpretes de la Constitución¹⁶.

Ese proceso ha puesto en movimiento a las corrientes iusfilosóficas y de la teoría del Derecho¹⁷, así como a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y a la dogmática constitucional¹⁸. Sobre estas bases –siguiendo matizadamente a BÖCKENFÖRDE– se presentan sucintamente algunas teorías de interpretación constitucional¹⁹.

1.1.1. Interpretación hermenéutica

Esta teoría parte de concebir a la Constitución como una norma jurídica más, la misma que debe ser interpretada conforme a los métodos de interpretación de la ley²⁰. Así, «la Constitución está subordinada a las reglas de interpretación válidas para las leyes. Con esto la Constitución se hace patente en su sentido y es controlable en su ejecución. Su estabilidad se obtiene de los límites que prevé las dificultades de su modificación, que ha trazado la interpretación de la ley a través de su objeto»²¹.

En ese sentido, las reglas de interpretación de la ley son válidas para la interpretación de la Constitución; es decir, las interpretaciones semánticas, históricas, lógicas y

ss.; asimismo, STARCK, Christian. «Constitutional Interpretation». En Christian Starck (editor). *Studies in German Constitutionalism...*, op. cit. pp. 59 y ss.

16. LEIBHOLZ, Gerhard. «Der Status des Bundesverfassungsgerichts». En *JöR*, Nueva Serie, T. 6, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957. pp. 110 y ss.

17. ESSER, Josef. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*. Frankfurt: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1972. pp. 116 y ss.; LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin-Heidelberg-New York: Springer Verlag, 1975. pp. 298 y ss.

18. DREIER, Ralf y Friedrich, SCHWEGMANN (Hrsg). *Probleme der Verfassungsinterpretation, Dokumentation einer Kontroverse*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1976. Donde se reúnen importantes ensayos de FORSTHOFF, EHMKE, HÄBERLE, MÜLLER, BÖCKENFÖRDE, PESTALOZZA, KRIELE, SCHNEIDER, HOLLERBACH, KRÜGER y LERCHE.

19. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit. pp. 13-43.

20. LERCHE, Peter. *Stil, Methode, Ansicht. Polemisch Bemerkung zum Methodenproblem*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1976. pp. 115 y ss.; asimismo, BETTI, Emilio. *Teoria General della Interpretazione*. T. I y II, op. cit. pp. 629 y ss.; 925 y ss., respectivamente.

21. FORSTHOFF, Ernst. *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, op. cit. p. 148; RÖHL, Klaus. *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, C. Heymanns Verlag, Köln, 1994, pp. 106 y ss.; asimismo, en el ámbito de la interpretación legislativa, revisar FROSINI, Vittorio. *Gesetzgebung und Auslegung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995. pp. 5 ss.; 66 y ss.

gramaticales postuladas por SAVIGNY son aplicables a la Constitución²². Equiparar la ley a la Constitución, supone también transferir los atributos de la norma legal a la ley suprema; en tal entendido, la ley como norma jurídica, se caracteriza por una determinada estructura lógico-formal, en la cual se produce el enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica con carácter obligatorio y coercitivo²³.

A partir de lo señalado, resultaría ingenuo hacer una identidad de la ley con la Constitución, en la medida que «la Constitución es, partiendo de esta estructura, un *ordenamiento-marco*, esto es, fija estandarizadamente sólo condiciones marco y reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión políticas y adopta decisiones (de principio) fundamentales para la relación individuo, sociedad y Estado, pero no contiene ninguna regla singular susceptible de ejecución en un sentido judicial o administrativo»²⁴.

Ante esta deficiencia, la propia doctrina ha intentado replantear algunas bases de la teoría de la interpretación hermenéutica a partir de la *praxis*²⁵; pero, como la hermenéutica esta fundada en un concepto de conocimiento normativo, resulta insuficiente como método de interpretación constitucional; por cuanto, si bien la Constitución es una norma jurídica suprema, por ello no deja de ser también una norma política suprema.

Más aún, si se toma en consideración que, las constituciones de la postguerra tienen una fuerte carga iusnaturalista, en virtud de la cual: primero, consagran normas de consenso valorativas, que expresan la unidad política de las fuerzas políticas pluralistas, que la sociedad ha logrado gracias a integrar un arco iris de intereses comunes, y; segundo, que ha alcanzado ese consenso político gracias tanto al sacrificio del carácter técnico lógico-jurídico de la norma constitucional, como de la organización y funcionamiento racionalizado del gobierno y la oposición²⁶.

22. VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts*. T. I. (Berlin, 1840). Aalen: Scientia Verlag, 1981. pp. 212 y ss.; del mismo autor. *Juristischer Methodenlehre*. Stuttgart: Koehler Verlag, 1951. pp. 18 y ss.; asimismo, FORSTHOFF, Ernst. *Recht und Sprache. Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*. Halle: Niemeyer Verlag, 1940. pp. 18 y ss.

23. HART, Herbert L. A. *The concept of law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. pp. 18 y ss.; MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Press, 1997. pp. 22 y ss.; 81 y ss.; asimismo, MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältniss von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*. Berlin Duncker & Humblot, 1966. pp. 40 y ss.

24. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit. p. 17; ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1985. pp. 71 y ss., donde se analiza la estructura de los principios y reglas constitucionales; asimismo, SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1928. pp. 23 y ss., donde se distingue entre Constitución como norma política y leyes constitucionales, como norma jurídica particular.

25. GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode...*, op. cit. pp. 250 y ss.; 284 y ss.

26. DE VEGA, Pedro. *En torno a la legitimidad constitucional...*, op. cit. p. 816; asimismo, LIJPHART, Arend. *Democracies. Patterns of majoritarian and consensus government in twenty-one countries*. London: Yale University Press, 1984. pp. 67 y ss.

En ese entendido, las tradicionales reglas de la interpretación de la ley con que actúa el juez ordinario, propias del Derecho privado, que busca revelar la voluntad objetiva de la norma o la voluntad subjetiva del legislador²⁷. Por cuanto, se reducen al análisis literal del texto de la norma, de los elementos lógico-rationales y las relaciones establecidos entre ellas, así como, el estudio de las situaciones históricas dadas en el tiempo de la aprobación de la ley, y, los distintos elementos de la norma con el objeto de considerar la unidad racional de su proceso de creación²⁸; las mismas resultan necesarias pero insuficientes para la interpretación constitucional contemporánea.

Ello es así en la medida que la Constitución es una norma jurídico-política abierta, que se encuentra en un proceso permanente de integración nacional y, ahora, de integración supranacional toda vez que los tratados internacionales se integran directa o indirectamente a la Constitución; lo cual es una característica propia del Derecho constitucional a inicios del siglo XXI. En ese último sentido, es que HÄBERLE considera maduro el tiempo presente para añadir un quinto método de interpretación jurídica: el *método comparativo*²⁹.

Pero, también existen nuevos intentos de renovación de la interpretación hermenéutica, dada la degradación de la normatividad jurídica de la Constitución; así, por ejemplo, BÖCKENFÖRDE plantea superar el problema central de la interpretación de la Constitución, postulando una teoría vinculante de la Constitución –que es integrar un problema a la norma suprema–, en tanto existe una relación directa e interdependiente entre el método de la interpretación constitucional y la teoría constitucional que le sirve de base³⁰.

En tal sentido, se pretende reforzar o retomar el carácter normativo de la Constitución como una «totalidad histórica-dogmática» de la que habló SAVIGNY³¹. En ese sentido, la teoría constitucional «no significa cualquier preconcepto de Constitución, sino una concepción orientada sistemáticamente por el carácter general, la finalidad normativa y la trascendencia material de la Constitución como tal y de sus partes»³². Dicha teoría sólo es posible de extraer explícita o implícitamente del texto y de los orígenes de la Constitución por medios racionales, es decir, que la Constitución

27. KRÜGER, Herbert. «Verfassungsauslegung aus den Willen des Verfassungsgebers». In Ralf Dreier y Friedrich Schwegmann. *Probleme der Verfassungsinterpretation...op. cit.* pp. 142 y ss.

28. LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft...op. cit.* pp. 350 y ss.; ESSER, Josef. *Wege der Rechtsgewinnung*. En P. Häberle y H. Leser. (Hrsg). *Ausgewählte Aufsätze*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990. pp. 278 y ss.; asimismo, HASSEMER, Winfried (editor). *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*. Heidelberg: Decker & Müller, 1984, pp. 57 y ss.

29. HÄBERLE Peter. «Grundrechtsgeltung und grundrechtsinterpretation im Verfassungsrecht. Zugleich zur Rechtsvergleichung als «funfte» Auslegungsmethode». In *JZ*, 1989. pp. 913 y ss. Ahora también, en el compendio del autor. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalten, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*. Berlin: Duncker und Humblot, 1992. pp. 27-44.

30. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit. pp. 36 y ss.

31. VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *System des heutigen Römischen Rechts...op. cit.* p. 215.

32. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit. p. 38.

en un sentido normativo y dogmático opera como punto de partida y criterio de interpretación a lo largo de todo el proceso interpretativo.

En ese sentido, la vigencia de la norma constitucional supone un orden material de derechos fundamentales y de distribución del poder, a interpretar y aplicar, por los poderes públicos, mediante la fijación de límites «*Grenzfestlegung*» y la determinación de direcciones «*Richtungsbestimmung*», pero controladas no políticamente, sino judicialmente por el Tribunal Constitucional, evitando, eso sí, que se haga dueño de la Constitución, porque no es un poder constituyentes sino un poder constituido³³.

No obstante estos esfuerzos de la dogmática, la modernización de la hermenéutica jurídica, termina por caer en su propia crítica; es decir no aporta un modelo sustantivo de Constitución, sino apenas una idea normativa del mismo, aunque más compleja para la interpretación hermenéutica; de ahí que, no establezca la base teórica sustantiva para la solución del problema que plantea.

Por ello, partiendo de reconocer, con HESSE, que «para el Derecho Constitucional la importancia de la interpretación constitucional es fundamental, pues dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas»³⁴; habría que recordar, que la Constitución es un complejo normativo político y jurídico (que incorpora valores, principios generales y específicos, derechos subjetivos y objetivos, garantías procesales y garantías institucionales) que hacen de la Constitución un objeto de interpretación jurídica para dar solución a problemas jurídico-políticos específicos, que no son idénticos a los problemas de la interpretación de la ley³⁵.

En efecto, la Constitución, por un lado, contiene normas jurídicas de distinto grado de calidad: desde reglas, mandatos y disposiciones obligatorias, hasta enunciados programáticos, normas incompletas o de aplicación diferida y; por otro lado, incorpora normas fundamentales o determinaciones de la estructura del Estado, normas declarativas de derechos, mandatos al legislador, asignación de fines o tareas, normas orgánicas, y normas de relación³⁶. En un caso u otro, la interpretación de la norma constitucional requiera más que los métodos tradicionales de la interpretación de la ley. En este entendido, la interpretación constitucional puede ir más allá a través de

33. GEIGER, Willi. «Zur Lage Verfassungsgerichtsbarkeit» En Peter Häberle (editor). *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976. pp. 446 y ss.

34. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1984. p. 36; asimismo, HÄBERLE, Peter. *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 3.a edición, 1998. pp. 182 y ss.

35. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit. p. 253; asimismo, ALONSO GARCÍA, Enrique. *La interpretación de la constitución...*, op. cit. pp. 16 y ss.

36. RUBIO LLORENTE, Francisco. «Sobre la Constitución». En *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. T. I. Madrid: Tecnos, 1997. pp. 24-25.

sus propias técnicas y métodos de interpretación de las normas de Derecho Público³⁷, como en el caso del método tópico orientado al problema.

I.1.2. Interpretación tópica

Dada la complejidad normativa jurídico-política de la Constitución y la insuficiencia de la lógica formal y sus métodos tradicionales o renovados de la interpretación de la ley; se ha planteado un método abierto de razonamiento concreto. El mismo que está orientado a interpretar un problema específico a resolver y a los lugares comunes o «*topoi*» que convergen en el proceso de interpretación jurídica³⁸. Para esta corriente, «el punto más importante en la consideración de la tópica es la constatación que se trata de aquel método de pensamiento que se dirige hacia el problema»³⁹.

En este sentido, la interpretación tópica no parte de concebir un canon de reglas de interpretación previamente establecidas en la Constitución, dado su carácter parcial e interpretables discrecionalmente; si no que, utiliza el contenido normativo y el sistema dogmático constitucional, en tanto puntos de vista que le acerque o permita la solución del caso a interpretar.

La apertura del material normativo constitucional a utilizar en la interpretación del problema, posibilita un continuo perfeccionamiento del derecho, en una suerte de ensayo y error -*trial and error*-⁴⁰ dada la estructura de la norma constitucional que es más abierta y menos detallada que en otros ordenamientos jurídicos⁴¹. En tal sentido, las disposiciones constitucionales debido a su carácter complejo y heterogéneo son concebidas como puntos de vista para la interpretación, antes que como normas de aplicación literal obligatorias. Con lo cual, el intérprete se convierte en un sujeto de decisión acerca del problema a resolver; para lo cual no usa un marco normativo constitucional *a priori*, sino sólo como un horizonte que ilumina la solución del caso a interpretar.

37. FORSTHOFF, Ernst. *Rechtssaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, op. cit. pp. 162 y ss.; asimismo, KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. pp. 77 y ss.; 85 y ss.

38. EHMKE, Horst. «Prinzipien der Verfassungsinterpretation». En *VVDStRL*. Berlin: Walter de Gruyter, 1963. pp. 61 y ss.; SCHEUNER, Ulrich. «Prinzipien der Verfassungsinterpretation». En *VVDStRL*, Berlin: Walter de Gruyter, 1963. pp. 125; asimismo, PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit. pp. 260 y ss.

39. VIEHWEG, Theodor. *Topica e Giurisprudenza*. Milano: Giuffrè Editore, 1962. p. 31; asimismo, ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1997. pp. 49 y ss., donde desarrolla las tesis de la tópica de VIEHWEG, como la nueva retórica de PERELMAN y la lógica formal de TOULMIN.

40. POPPER, Karl. *La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento*. Buenos Aires: Ediciones Paidós, 1995. pp. 109-123.

41. DREIER, Ralf. «Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation». En R. Dreier y F. Schwegmann. *Probleme der Verfassungsinterpretation...*, op. cit. pp. 27 y ss.

Por eso, en la interpretación tópica «a la jurisprudencia no se le ofrece con antelación el sistema, sino los problemas, ya que no puede efectuar una selección de problemas desde un sistema constituido de antemano (...) antes bien, debe efectuar desde el respectivo problema propuesto una selección del sistema (que buscará en el tiempo necesario), hasta que haya encontrado una solución a medida, una solución *adecuada*»⁴². Pero, el peligro es que el intérprete se quede inserto en la nuda realidad.

Por ello, desde la interpretación tópica, el parámetro interpretativo basado en la norma, opera como una respuesta a los controles ético-sociales y de la opinión pública a que se hallan sometidos los intérpretes del derecho; sin embargo descuida, la posición o *status* del intérprete constitucional, al no valorar si se actúa como juez, legislador, administrador, abogado o jurista, ni considerar el carácter axiológico o valorativo del quehacer de la interpretación constitucional⁴³.

Ello es así, debido a que la Constitución es una norma de principios, donde se establecen los fundamentos, alcances y límites de la vida constitucional. Principios que al ser utopías a realizar para algunos, en un sentido débil, parecen irrealizables sólo desde el punto de vista de un determinado orden social que sea en ese momento vigente⁴⁴. En este sentido, los principios satisfacen una necesidad propia del Estado de Derecho, de contar con las cláusulas de inicio y cierre del sistema de fuentes del Derecho Constitucional, con miras a otorgar regular el orden social, asegurando la estabilidad jurídica y a su vez la pacífica transformación social⁴⁵.

Para asegurar la coherencia de la interpretación constitucional, la interpretación tópica plantea la necesidad de la precomprensión del problema y de la precomprensión de la norma constitucional⁴⁶. La precomprensión del problema y de la norma no se encuentra en sí misma, sino en función de la aplicación a un caso concreto. Por cuanto la precomprensión que realiza el intérprete esta inserta en el consenso o conflicto social, en el cual se ubica el sujeto, el problema y la norma constitucional a interpretar; de ahí que, limitarse a postular sólo un catálogo de tópicos o de premisas utilizables en la interpretación resulte insuficiente⁴⁷.

Aquí aparece, la argumentación racional político-constitucional, como un instrumento que ayuda a delimitar el método tópico; incorporando las premisas jurídico-

42. EHMKE, Horst. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, op. cit. pp. 55.

43. MÜLLER, Friedrich. *Juristischer Methodik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. pp. 96 y ss.; VIEHWEG, Theodor. *Topica e Giurisprudenza...*, op. cit. p. 93.

44. MANNHEIM, Karl. *Ideología y utopía*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1941. pp. 169 y ss.

45. DEL VECCHIO, Giorgio. «Les principes généraux du droit». En *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. T. II. Les sources générales des systèmes juridique actuels*. Paris: Sirey, 1934. pp. 69-84; asimismo, PÉREZ LUÑO, Enrique. «Los principios generales del Derecho. ¿Un mito jurídico?». En *REP*, N.º 98, 1997. pp. 9-24.

46. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional*. Madrid: CEC, 1983. pp. 43 y ss.

47. EHMKE, Horst. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, op. cit. p. 71; asimismo, ATIENZA Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica...*, op. cit. pp. 60 y ss.

políticas del poder constituyente y de una estructura limitada y razonable del poder⁴⁸. Sin embargo, si bien la interpretación gana como norma política, el carácter de la Constitución como unidad del ordenamiento jurídico quedaría reducida a una función de puntos de vistas orientadores del intérprete, sobre la base de una precomprensión consensuada.

Pero, «si la Constitución en un sentido fundamental es un ordenamiento jurídico *político*, la apertura tópica no puede quedar sin consecuencia: un método de interpretación que en gran medida conduce a una determinación del contenido (en lugar de sólo una averiguación del contenido) de la Constitución, implica en un Estado democrático la exigencia de su propia democratización»⁴⁹.

La democratización de la interpretación tópica lleva a colocar el acento entorno a los intérpretes de la Constitución. En tal sentido, HÄBERLE plantea la tesis de la interpretación constitucional como un proceso público y la tesis de la sociedad abierta de la interpretación constitucional. Sobre la base de lo cual, extiende el círculo de los intérpretes constitucionales del juez, legislador, administrador, abogado o jurista, a todas las personas e instituciones integrantes de la sociedad y, a todos los organismos del Estado; en la medida que la Constitución es una obra democrática, abierta y pública⁵⁰.

En tal entendido, a la interpretación constitucional le corresponde convertirse también en un proceso democrático y como tal debe ser abierto y público; en la medida que «la Constitución es en ese sentido espejo de la publicidad y de la realidad. Pero no es sólo espejo, sino también fuente de luz, si se permite esta comparación algo gráfica. Tiene función de dirección»⁵¹. Sin embargo, el espejo es siempre sólo un *reflejo* nunca una fuente de luz propia; de allí que, en última instancia, la interpretación constitucional democrática encuentra sus fundamentos y fines en los diversos intereses de la sociedad civil.

Dada la posición mediadora del intérprete entre la realidad y la norma, entre las necesidades y las posibilidades, la consecuencia última del rol del intérprete es que la Constitución no sea entendida como un orden preestablecido a interpretar, sino un orden mutante, es decir, interpretable e interpretante de la realidad. Y es que, como

48. KRIELE, Martin. *Theorie der Rechtsgewinnung...*, op. cit. pp. 133 y ss.

49. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit. p. 24.

50. HÄBERLE, Peter. «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozeß - ein Pluralismuskonzept» y «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation». In *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein: Athenäum, 1980. pp. 45 y ss.; 79 y ss., respectivamente. Asimismo, ALEXY, Robert. *A theory of legal argumentation. The theory of rational discourse as theory of legal justification*. Oxford: Clarendon Press, 1989. pp. 211-286.

51. HÄBERLE, Peter. «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation». op. cit. p. 87; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit. p. 24. Asimismo, EBSSEN, Ingwer. *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985. pp. 105 y ss.

dice HESSE, si la Constitución late vida, no puede sólo encauzar el proceso histórico, sino que ésta también hace al proceso constitucional.

De aquí, que los parámetros y los límites de la interpretación constitucional queden normativamente abiertos, pero políticamente estén delimitados por el consenso democrático vigente y en transformación, que se obtenga entre el gobierno y la oposición, proceso político donde las cuestiones constitucionales terminan siendo cuestiones de poder ciudadano⁵². No por ello, la interpretación constitucional queda reducida a la fuerza normativa de los hechos cumplidos - *fait accompli*- de los operadores del poder, sino que la actuación del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, debe formular el consenso jurídico latente en el orden social, en tanto expresión del consenso político, más no a la inversa.

De ese modo, habrá mejores condiciones para resolver con legitimidad constitucional las controversias concretas. Lo cual, supone no sólo la existencia práctica de una sociedad pluralista, sino también tolerante, que sepa procesar institucionalmente el conflicto social, económico o cultural; porque «si se llega al estallido de conflictos políticos en la sociedad, y, por consiguiente, a una polarización de las posturas sobre valores, toda interpretación tópica pende del aire; se haya privada de la base de presupuesto del consenso⁵³. Un Tribunal que busque, no obstante, seguir aquella interpretación, no se encuentra ya necesariamente neutralmente al otro lado del conflicto, sino *en medio* de la confrontación política»⁵⁴.

En ese sentido, la interpretación constitucional consensuada en sociedades heterogéneas y desintegradas, con débiles Estados de Derecho, debe pasar por incorporar la diversidad de la realidad social en la norma constitucional con una perspectiva temporal a futuro, de manera que sea necesario interpretar dicha norma suprema, a través de las instituciones propias de la sociedad civil, que faciliten la inclusión y la participación de todas las personas.

52. HÄBERLE, Peter. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation...*, *op. cit.* pp. 88 y ss.; asimismo, revisar los planteamientos de la Constitución y la sociedad abierta en HÖFLING, Wolfram. *Offene Grundrechtsinterpretation, Grundrechtsauslegung zwischen amtlichem Interpretationsmonopol und privater Konkretisierungskompetenz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987. pp. 77-87; EBSEN, Ingwer. *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung. Eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat...*, *op. cit.* pp. 218 y ss.

53. El continuo establecimiento y defensa de la tópica y de la técnica de razonamiento de problemas puede ser, pues, utilizado, en efecto, como estrategia política para la consecución de una mutación constitucional por el camino de la interpretación; en consecuencia, debe ser acompañado por la correspondiente política de personal en el ámbito de la judicatura y de las universidades, eventualmente a través del establecimiento de nuevas Facultades de Derecho como focos de irradiación de una nueva precomprensión de la Constitución y el Derecho.

54. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, *op. cit.* p. 27. Tal fue el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú sobre la ley del sistema de votación del propio TC de noviembre de 1996 y sobre la conflictiva ley de la reelección presidencial de enero de 1997; asimismo,

I.1.3. Interpretación institucional

La interpretación institucional parte de concebir a la Constitución como un material normativo a trabajar, en un sentido concreto, sin desconocer por ello el material sociológico de la realidad social específica. Bajo la denominación de la interpretación institucional ubicamos a la corriente interpretativa, que se caracteriza porque busca recuperar el carácter vinculante de la norma constitucional con la realidad constitucional, a partir de postular un método de interpretación racional y controlable; propósito que sólo es posible partiendo de buscar la *concretización* de la norma constitucional sobre la base de y con la realidad constitucional⁵⁵.

Así, «la interpretación constitucional es *concretización –Konkretisierung–*. Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la *realidad* de cuya ordenación se trata. En este sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma»⁵⁶.

En el proceso de concretización de la norma constitucional, es necesario dar los siguientes pasos sobre el problema a interpretar:

A. Primer paso:

Busca ubicar al sujeto y al objeto de la interpretación en una relación dialéctica de conciencia subjetiva del intérprete y objetiva del problema.

♦ La *precomprensión*.- Ubica al intérprete como ciudadano de una realidad socio-cultural de una determinada comunidad de la que no puede hacer abstracción, pero tampoco reducir su actuación interpretativa a los valores o prejuicios sociales, ideológicos o culturales que comparte o no, más aún en sociedades heterogéneas y fragmentadas como la nuestra. Entonces, el aislamiento de la arbitrariedad del intérprete es el primer paso racional hacia una interpretación razonable y controlable.

♦ La *comprensión*.- Ubica al problema de manera intuitiva en el marco de la norma constitucional; lo cual supone trabajar con una Teoría de la Constitución que fundamente de forma preliminar la captación del problema⁵⁷.

es del caso mencionar las sentencias del TCF: STCF 36, 1 –Sentencia de las condiciones fundamentales de los tratados internacionales–; STCF 39, 334 –Sentencia de los radicales–; STCF 40, 296 –Sentencia de las dietas–; y STCF 39, 1 –sentencia del aborto–.

55. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional...*, op. cit. pp. 43 y ss.; asimismo, MÜLLER, Friedrich. *Juristischer Methodik...*, op. cit. pp. 97-98.

56. HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho constitucional...*, op. cit. p. 43.

57. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit. pp. 30 y ss.; asimismo, PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit. pp. 262-263.

B. Segundo paso:

Sobre la base de este primer paso de la interpretación tópica orientada a un problema y limitada por la norma constitucional, se pasa a la elaboración de lo siguiente:

♦ *Programa normativo.*- Este se encuentra contenido básicamente en el texto de la norma a concretar. Este debe «ser aprehendido mediante la interpretación de dicho texto en lo que se refiere a su significación vinculante para la solución del problema. Aquí encuentran su sitio los métodos de interpretación tradicionales»⁵⁸.

Pero, como la sola interpretación del texto y, más aún por los clásicos cuatro métodos de interpretación jurídica, no proporcionan una suficiente o exacta concretización del problema, se hace necesario realizar una siguiente operación mental.

♦ *Ámbito normativo.*- Puesto que la Constitución busca ordenar las realidades concretas, se requiere comprender dichas realidades caso por caso, en los marcos del *programa normativo*, de manera formal y material. En este proceso, sin embargo, se corre el riesgo de fragmentar la literalidad de la norma constitucional, comprometiendo la propia normatividad de la Constitución, si es que no se cuenta con una teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada «*verfassungsgemässen Verfassungs-theorie*»⁵⁹.

C. Principios de interpretación constitucional.

Los *principios de interpretación constitucional* cumplen con la misión orientadora y canalizadora del proceso de interpretación para la solución de un problema, como marco teórico y analítico de la Constitución para la solución del caso concreto. Así, siguiendo a HESSE⁶⁰ tenemos los siguientes principios:

♦ Principio de *unidad de la Constitución*, plantea la relación y la interdependencia de las distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución⁶¹. Así, se debe identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución.

♦ Principio de *concordancia práctica*, postula la coordinación de los distintos bienes jurídicos constitucionales conservando su contenido esencial, a través de la ponderación proporcional de valores o bienes «*Güterabwägung*», donde no cabe sacrificar a uno por otro⁶². De este modo, se debe respetar el núcleo duro del de cada bien

58. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional...*, op. cit. p. 46; asimismo, FORSTHOFF, Ernst. *Rechtstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Anhandlungen 1950-1964...*, op. cit. pp. 157 y ss.

59. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit. pp. 35 y ss.; asimismo, PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit. p. 262.

60. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional...*, op. cit. pp. 46 y ss.; asimismo, HÄBERLE, Peter. «Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas». En E. Ferrer (coordinador). *Derecho procesal constitucional. T. IV*. México D.F.: Porrúa, 2003. pp. 3477 y ss.

61. EHMKE, Horst. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, op. cit. pp. 77 y ss.

62. LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1961 pp. 19 y ss.; MÜLLER, Friedrich. *Normstruktur und Normativität...*, op. cit. pp. 207 y ss.; asimismo, HÄBERLE,

constitucional en conflicto, afectándose mutuamente sólo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación.

♦ Principio de *corrección funcional*, busca que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales sin restringir las funciones constitucionales de alguna de ellas⁶³. Así, el legislador no puede regular en concreto para un caso específico, sino de manera abstracta y general, porque de lo contrario, podría invadir la esfera de competencia y actuación concreta del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

♦ Principio de *eficacia integradora*, valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución⁶⁴. Con ello se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida que integra a los valores minoritarios con el mayoritario, gracias a entender que la Constitución expresa la diversidad de intereses sociales, dentro de la unidad política.

♦ Principio de la *fuerza normativa de la Constitución*, otorga preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia a las normas constitucionales, en función de las relaciones sociales y la voluntad de Constitución «*Wille zur Verfassung*»⁶⁵. En esta medida, no por existir disposiciones constitucionales de principio o programáticas, la Constitución se hace menos ejecutiva; si no que, en tanto toda la Constitución es un texto normativo, las «normas regla», como las «normas principio», deben ser cumplidas, acorde con el grado de patriotismo constitucional de los ciudadanos y gobernantes.

♦ Principio de *interpretación conforme a la Constitución*, según este principio una ley no debe ser declarada inconstitucionalmente nula, cuando por lo menos algunas de sus acepciones puedan ser interpretada en concordancia con la Constitución⁶⁶. En la medida que las leyes en un Estado democrático gozan de una presunción de constitucionalidad. Por eso, cuando una ley es cuestionada de supuesta inconstitucionalidad, esta demanda será desestimada, si es que al interpretarla razonablemente –en sus diversas alternativas– al menos una de sus interpretaciones sea conforme a la Constitución.

Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: MDC-Fondo Editorial de la PUCP, 1997. pp. 127 y ss.

63. EHMKE, Horst. *Prinzipien der Verfassungsinterpretation...*, op. cit. pp. 73 y ss.

64. SMEND, Rudolf. *Verfassungs und Verfassungsrecht*. München und Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1928. pp. 45 y ss.

65. HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959. pp. 11 y ss., la versión castellana en *Escritos de Derecho constitucional...*, op. cit. pp. 28 y ss.

66. ZIPPELIUS, Rheinhold. «Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen». In Starck, Christian (editor). *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. T. II. Verfassungsauslegung*. Tübingen: J.C. Mohr (Paul Siebeck), 1976. pp. 108 y ss.; SIMON, Helmut. «Die Verfassungskonforme Gesetzesauslegung». In *EuGRZ*, N.º 74, 1974. pp. 85 y ss.; asimismo, MÜLLER, Niklaus. *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Grundsatz der verfassungskonforme Auslegung*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1980. pp. 89 y ss.; 101 y ss.

Como quiera que «el cometido de la interpretación es hallar el resultado constitucional correcto a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza, y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por la decisión»⁶⁷, ha dado lugar a que la necesidad y el cometido de la interpretación constitucional institucional haya quedado configurado por la jurisprudencia constitucional a través del juicio de ponderación -*Güterabwägung*- o test de la razonabilidad.

En la medida que los derechos fundamentales se han convertido en un límite tanto de la ley, como del ejercicio ilegítimo de otro derecho fundamental la jurisprudencia constitucional comparada ha identificado tres elementos⁶⁸:

- ♦ Juicio de adecuación.- La intervención de la norma o medida limitadora debe ser adecuada para alcanzar la finalidad perseguida. Una intervención es ilegítima cuando hace irrealizable la finalidad proyectada o cuando no tiene efecto positivo para lograr el fin propuesto.

- ♦ Juicio de necesidad.- La intervención debe ser la estrictamente necesaria para alcanzar el fin legítimo perseguido. Se busca que no exista otra norma o medida más restrictiva, sino la menos gravosa para el derecho fundamental que lleve a la realización de la norma o medida limitadora.

- ♦ Juicio de proporcionalidad.- La intervención debe establecer un balance entre los efectos positivos que se buscan realizar y los efectos negativos que se tratan de aminorar. La menor afectación de un derecho esta en relación inversamente proporcional al mayor logro del otro bien o derecho perseguido.

Ahora bien, las técnicas de la interpretación constitucional como concretización presenta límites derivados de la política constitucional; en tanto queda sin resolver la posición y relación de los intérpretes, es decir del Tribunal Constitucional como supremo intérprete constitucional, en relación con el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Al respecto, al legislador le corresponde un rol de conformación jurídica de la ley, en la medida que el legislador democrático goza de la presunción *iuris tantum* de la constitucionalidad de sus actos legislativos, pero, cabe precisar que es una presunción relativa no absoluta⁶⁹. Sin embargo, no queda claro cuáles son los límites del Tribunal constitucional en su función de control constitucional, sobre la libre configuración política del contenido de la ley por parte del legislador.

Asimismo, si bien las sentencias del Tribunal Constitucional gozan de eficacia normativa sobre las resoluciones de la justicia ordinaria en la medida que tienen atributos de fuerza de ley, cosa juzgada y fuerza vinculante, tampoco quedan esclarecidos

67. HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho constitucional...*, op. cit. p. 37.

68. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1997. pp. 157 y ss.; GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J., GARCÍA FIGUEROA. *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra, 2003. pp. 294 y ss.

69. FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia constitucional y democracia...*, op. cit. p. 182.

los alcances de la justicia constitucional, como supremo tribunal competente para revisar los fallos por el fondo o la forma en los procesos civil, penal, mercantil, administrativo o militar.

En ese sentido, la Constitución ya no sólo limita y delimita a los demás poderes públicos, sino que recibe en sí misma las corrientes y el universo de valores del respectivo espíritu de la época; por ello se convierte en una norma flexible que permite todas las posibilidades⁷⁰. Esto no significa que la interpretación constitucional quede a la deriva de las mutaciones o indeterminaciones de los cambiantes valores sociales de las mayorías sociales transitorias, sobre todo en épocas de crisis; sino que, atendiendo a las demandas de la realidad, los valores democráticos podrían ser reforzados. Esto, sin llegar a invertir el punto de legitimidad en la realidad existente por el de la norma constitucional y democrática. En ese sentido, cabe analizar las repercusiones de la interpretación constitucional desde una teoría constitucional alternativa, fundada precisamente en la normalidad constitucional antes que en la normatividad constitucional.

2.2. 4. Interpretación alternativa

Esta corriente de interpretación se caracteriza por fundarse en la realidad social existente, en la medida que la Constitución es concebida como expresión jurídica del proceso de integración estatal, que reside en el desarrollo dinámico de la sociedad⁷¹. Radicalizando este concepto de Constitución, habría que distinguir entre la Constitución formal entendida como texto normativo y, la Constitución material, en cuyo ámbito residen los reales operadores del poder⁷². Desde este punto de vista la interpretación es un instrumento de análisis de la realidad constitucional, antes que de la normatividad constitucional; dicho en otras palabras, la norma jurídica constitucional a interpretar no es más que la expresión de la normalidad constitucional⁷³.

Sobre estas consideraciones sociológicas, la doctrina italiana, seguida por un sector de la doctrina española⁷⁴, sientan las bases interpretativas de una opción política emancipadora del Derecho y en contra de una interpretación que favorezcan los intereses de clase burgueses; por ello postulan una interpretación judicial orientada a la

70. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales...*, op. cit. p. 29; asimismo, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho dúctil...*, op. cit. pp. 14 y ss; KLEIN, Hans. *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*. Metzner Frankfurt: Verlag, 1968. pp 16 y ss.

71. SMEND, Rudolf. *Verfassungen und Verfassungsrecht...*, op. cit. pp. 56 y ss.

72. LASSALLE, Ferdinand. *Ueber Verfassungswesen*. Berlin: Verlag P. Singer, 1907. pp. 25 y ss.

73. HELLER, Hermann. *Staatslehre* (1934). Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983. pp. 283 y ss.; MORTATI, Constantino. *La Costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè Editore, 1998. pp. 53 ss.

74. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., pp. 265 y ss.; Pietro Barcellona (editore). *L'uso alternativo del diritto*. Vol. 2. *Ortodossia giuridica e pratica politica*. Roma: Laterza, 1973. pp. 743; asimismo, IBÁÑEZ: Perfecto Andrés. *Sobre el uso alternativo del Derecho*. Valencia: F. Torres, 1978.

tutela de los intereses populares, en tanto expresión de la soberanía popular. Esta corriente jurídica encuentra sus raíces en el pensamiento jurídico-marxista y realista, cuando el debate en torno al Derecho y el cambio social se hicieron presentes en el orden académico y dogmático, no sólo de la región europea mediterránea; en la medida en que el Derecho no es solamente norma jurídica, sino también un sistema de solución de conflictos de intereses entre las mayorías y las minorías sociales, según las corrientes realistas norteamericanas⁷⁵.

En ese entendido, se pueden diferenciar algunas actitudes al interior de la misma: Primero, quienes aceptando el modelo del Estado de derecho, plantean potenciar y extraer las máximas consecuencias prácticas, que permita la norma constitucional, mediante una interpretación evolutiva de los principios y cláusulas más progresistas. Segundo, quienes propugnan un marco jurídico alternativo, pero para lograr ese objetivo, se permiten instrumentalizar la Constitución, posibilitando su sustitución, a través de la reforma constitucional. Tercero, quienes críticamente desconfían de otorgar al intérprete facultades que pudieran convertirse en exorbitantes, en la medida que la Constitución pueda caer en manos de intereses particulares y no al servicio de intereses sociales⁷⁶.

En cualquiera de sus formas, el uso alternativo del Derecho tiene la virtud de haber reafirmado la dimensión práctica de la interpretación jurídica, que fue abandonada por el positivismo jurídico, desde la perspectiva popular. Sin embargo, sus críticos han señalado que «en una sociedad libre y pluralista, donde las distintas opciones políticas puedan acceder al poder y plasmar legislativamente con valores, no cabe admitir una interpretación alternativa de la Constitución»⁷⁷.

En consecuencia, sólo en las sociedades cerradas y tradicionales, el uso alternativo del Derecho resultaría ser una solución al formalista y elitista Derecho positivo y sus métodos de interpretación. Sin embargo, reducir la interpretación constitucional al decisionismo de los intérpretes, convertiría a los jueces y no a la Constitución en una garantía de protección de los derechos fundamentales, lo cual es un albur que no otorga predictibilidad ni seguridad jurídica a todos los ciudadanos.

Las corrientes interpretativas de la Constitución sólo adquieren un sentido pleno a partir de su aplicación a los casos concretos, labor en la cual la justicia de la libertad constituye un test acerca de su validez y vigencia. Sin embargo, esta tarea interpretativa

75. CHAMBLAIS and SEIDMAN. «Derecho y poder político». En *Derecho PUCP*, Lima, 1972. pp. 54 y ss.; asimismo, HECK, Philip. *El problema de la creación del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1961. p. 108.

76. PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., pp. 266-267; asimismo, CHIAPETTI, A. «Uso alternativo del diritto e certezza costituzionale». En Pietro Barcellona (editore). *L'uso alternativo dei diritto...*, op. cit. Vol. 2. pp. 243; asimismo, FERRAJOLI, Luigi. «Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria», TARELLO, G. «Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete». En Pietro Barcellona (editore). *L'uso alternativo dei diritto...*, op. cit. Vol. 1. pp. 243 y ss.; pp. 61 y ss.; 89 y ss., respectivamente.

77. PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., p. 268.

recae, en primer lugar, en la justicia penal y, en última instancia, en la justicia constitucional, la misma que opera como instancia de cierre del sistema interpretativo de la libertad, como a continuación se analiza a través de dos institutos del Derecho penal.

II. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL

Dentro de este marco teórico de interpretación constitucional que se ha esbozado, se debe dar cuenta de la forma como el Tribunal Constitucional ha interpretado el principio de legalidad penal, así como la posibilidad de que el Tribunal realice el control constitucional sobre la tipificación penal.

I.2. Control constitucional de la observancia del principio de legalidad

Nuestra Constitución (artículo 2º-24-d de la Constitución) ha previsto el principio de legalidad al señalar que «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 una infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley».

Dicho principio que se expresa bajo el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* exige que una determinada conducta, para que sea considerada como delito y que su comisión u omisión sea sancionada, dicha conducta así como la sanción, deben estar calificadas previamente como tales por la ley. No obstante, las consecuencias que se derivan del principio de legalidad no se limitan a ello, sino que se manifiestan a través también de otras prohibiciones.

Así, se afirma que el principio de legalidad comporta cuatro prohibiciones, a saber: *a*) de aplicación retroactiva de la ley (*lex praevia*), *b*) de aplicación de otro Derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), *c*) de extensión del Derecho escrito a situaciones análogas (*lex stricta*), y *d*) de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*)⁷⁸.

No obstante, para nosotros el principio de legalidad implica, *prima facie*, 1) la prohibición de tipos penales en blanco y abiertos⁷⁹, 2) la prohibición de leyes violatorias de derechos fundamentales, —a la justicia, a la verdad, el debido proceso y la tutela judicial—, 3) la prohibición de la analogía respecto a normas penales (artículo 139º-9 de la Constitución), y 4) la exigencia de que el delito y la pena estén determinados por una norma que tenga rango de ley o, preferentemente, de ley orgánica; esto último en el entendido de

78. BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales de Derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. pp. 44-45.

79. Se está frente a un tipo penal en blanco cuando la conducta no está íntegramente descrita, por lo que es necesario la remisión al mismo ordenamiento o a otro a fin de precisarla; por el contrario, el tipo penal abierto es aquel en el que está ausente una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación entre el comportamiento permitido y el prohibido con la sola ayuda del texto legal. Al respecto, JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1978. p. 336.

que una garantía formal de los derechos fundamentales es que la legislación que regule dicha materia debe estar reservada a una ley orgánica y no a una simple ley ordinaria⁸⁰.

En lo que es de nuestro interés para el presente estudio, hemos de referirnos a una de las manifestaciones del principio de legalidad: la prohibición de tipos penales en blanco o indeterminados (*lex certa*).

Al respecto, debemos tener en consideración que la Constitución exige que tanto la conducta típica así como la sanción deben estar previstas «de manera expresa e inequívoca». Con lo cual surge una cuestión respecto a cómo debe interpretarse dicha exigencia, pues desde la perspectiva de una interpretación hermenéutica – literal –, la Constitución parece imponer una precisión absoluta. En tal entendido, el principio de legalidad se vería vulnerado, desde este punto de vista, en la medida que no se consiga establecer ello «de manera expresa e inequívoca».

Pues bien, de acuerdo con lo señalado, se debe dar cuenta que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse ampliamente respecto del principio de legalidad y concretamente sobre la exigencia de *lex certa*⁸¹. Así, el Tribunal, a partir de una concepción de la Constitución como norma fundamental jurídico-política, no se ha limitado a realizar una interpretación hermenéutica de la misma.

En efecto, sin dejar de reconocer el *mandato de determinación* que se deriva del principio de legalidad –según el cual las conductas prohibidas y las sanciones deben estar claramente delimitadas en la ley–, ha señalado que la exigencia que se colige del artículo 2°-24-d de la Constitución, «no puede entenderse (...) en el sentido de exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso»⁸².

A nuestro parecer, el Tribunal ha interpretado correctamente, aunque de manera insuficiente, la disposición constitucional aludida, por cuanto que la pretensión que

80. Sin embargo, la Constitución peruana vigente no contiene norma alguna que imponga esa exigencia, lo cual no es óbice para señalar que sea preferible, desde un punto de vista teórico constitucional, que deba procederse en el sentido señalado. No obstante, debemos dar cuenta que el Poder Ejecutivo, en esta materia, ha sustituido prácticamente al Poder Legislativo, pues, a diferencia del Código de Procedimientos Penales (Ley N.º 9024), el Código Penal vigente (Decreto Legislativo N.º 635), el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 638) y el nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957) han sido aprobados por sendos decretos legislativos y no por ley orgánica.

81. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0010-2002-AI-TC. En esta sentencia el Tribunal se pronunció, en realidad, sobre diversos aspectos constitucionales de la mayor relevancia tales como el delito de traición a la patria, el delito de apología del terrorismo, así como el derecho fundamental al debido proceso y sobre la humanización de las penas. Al respecto, puede verse LANDA, César. «Estado constitucional y terrorismo en el Perú». En Mario G. Lozano y Francisco Muñoz Conde (coordinadores). *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia: tirant lo blanch-Alexander von Humboldt Stiftung Foundation, 2004. pp. 431 y ss.

82. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0010-2002-AI-TC (Fundamento Jurídico 46).

exige la Constitución no es la de una precisión absoluta sino relativa. Y no podría ser de otra manera si consideramos que la complejidad de la realidad, frecuentemente, supera las previsiones normativas que realiza el legislador, tal es el caso de la aparición de los delitos de corrupción del gobierno de Fujimori y antes el delito de terrorismo; lo cual no impide establecer algunos criterios –como el que provee la teoría institucional a través del test de razonabilidad o proporcionalidad (*ver párrafo 2.1.3.*)–, en virtud del cual se requiere realizar un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad, a fin de evitar una eventual interpretación arbitraria del principio de legalidad.

Por ello, la interpretación del principio de legalidad no puede hacerse a partir de una interpretación hermenéutica, porque ello sería equiparar la ley con la Constitución. Por el contrario, como se ha señalado, se debe partir de una interpretación institucional en la medida que la norma constitucional –*normatividad*–, no puede estar alejada de la realidad –*normalidad*–. En tal sentido, no es suficiente que el Tribunal Constitucional señale, *obiter dictum*, cómo es que debe interpretarse el principio de legalidad penal, previsto en la Constitución, sino que está en la obligación de fundamentar, objetiva y muy cumplidamente, la interpretación que realice sobre dicho principio, para lo cual debe recurrir, como ya se ha señalado, al test de razonabilidad, a través del juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

I.3. Control constitucional de la tipificación penal

La instauración de procesos específicos para la tutela de los derechos fundamentales constituye uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. Ello se explica porque en los procesos constitucionales se persigue no sólo la protección de los derechos fundamentales de las personas, sino también la constitucionalidad del Derecho objetivo. De ahí que se haya señalado que dichos procesos deben ser capaces de comprender no sólo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la Constitución⁸³.

La justicia de la libertad halla su fundamento, por un lado, en el doble carácter de los derechos fundamentales, pues éstos no son solo derechos subjetivos, sino también instituciones valorativas objetivas. En esta última dimensión, los derechos fundamentales comportan valores que informan todo el ordenamiento jurídico; por lo que su tutela y protección no sólo es de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional.

Por otro lado, la justicia de la libertad está destinada también a la defensa del principio de supremacía de la Constitución, lo cual implica asegurar la propia noción de Constitución, ya que sin la efectividad del principio de supremacía, las normas

83. ZAGREBELSKY, Gustavo. «¿Derecho procesal constitucional?». En *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N.º IV, Lima, 2001. pp. 409 y 415.

constitucionales se descalificarían ubicándose al mismo nivel que ocupan las normas legales ordinarias⁸⁴.

Ahora bien, en atención a que los procesos constitucionales, a diferencia de los procesos ordinarios, son procesos de tutela de urgencia, es decir, extraordinarios, es que cabe cuestionar, ¿hasta dónde el Tribunal, en el marco de un proceso constitucional, puede revisar la tipificación penal y, por ende, la subsunción de las conductas a un tipo penal?

Sobre esto el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado⁸⁵. En esa ocasión, ha precisado que excepcionalmente se puede «efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores»⁸⁶.

Al respecto, es del caso señalar que, en un proceso de hábeas corpus contra una resolución judicial que haya aplicado una norma legal cuestionada en su legitimidad constitucional debido a una falta de tipicidad del delito y/o de la pena de manera clara y precisa, el Tribunal Constitucional puede abordar la *litis* desde una línea jurisprudencial *estricta o flexible*, dada la doble función constitucional de los procesos constitucionales.

En tal sentido, se produce una *interpretación estricta* del hábeas corpus cuando el juez constitucional examina la tipicidad penal en tanto afecta el derecho fundamental a la libertad personal demandado sobre la base del expediente judicial ordinario, es decir, otorga mérito constitucional suficiente a los actuados judiciales. Por esta tesis de la automoderación, *–self restraint–*, el hábeas corpus cumple una dimensión subjetiva, mediante el cual se tutela situaciones concretas en que se hallan los particulares; en función de lo cual, el juez constitucional asume lo resuelto por el juez ordinario *iure et de iure*. Con estos recaudos procesales indiscutibles se pasa luego a realizar un examen de la motivación y relevancia constitucional de la tipicidad penal que afecte al derecho fundamental a la libertad demandado.

84. DA SILVA, José Alfonso. «El proceso constitucional». En Víctor Bazán (coordinador). *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento del Doctor Germán J. Bidart Campos*. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 757.

85. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 2758-2004-HC/TC. El pronunciamiento del Tribunal sobre este tema se dio a propósito de una sentencia del Tribunal respecto al proceso constitucional de hábeas corpus interpuesto por Luis Bedoya de Vivanco; proceso en el que cuestionó la imposición de una condena de cinco años de pena privativa de la libertad, lo cual atentó, a decir del demandante, contra el principio de legalidad penal, al no haberse configurado el delito de peculado por el que se le condenó.

86. Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 2758-2004-HC/TC (Fundamento Jurídico 8).

Se postula una *interpretación flexible* del hábeas corpus cuando el juez constitucional adquiere plena jurisdicción sobre el fondo y la forma del proceso, realizando un examen constitucional de la motivación del fallo y de la relevancia de lo actuado judicialmente –*judicial activism*–. En base a la tesis que postula la dimensión objetiva del hábeas corpus, que va más allá de los intereses particulares en juego, el juez constitucional asume competencia para examinar el juicio ordinario con un canon constitucional propio del supremo intérprete de la Constitución, pudiendo revisar la tipificación penal, ya sea la establecida por el legislador o la que interprete el juez penal en tanto no sean conformes con la Carta Magna a juicio del Tribunal Constitucional. Es decir, revisando y reformando constitucionalmente la actuación judicial concreta sobre la tipificación penal que sea necesaria, con la finalidad de asegurar el orden constitucional objetivo y la libertad cuestionada.

Sin embargo, no es de extrañar que esta conducta procesal propia del activismo judicial sea objeto de controversia; ello debido a que esta corriente jurisprudencial puede terminar suplantando la justicia procesal ordinaria por la justicia procesal constitucional sin límites o con límites discrecionales muy difusos. Pero la solución a los excesos no se resuelve asumiendo una conducta jurisprudencial de autolimitación, sino revisando los actos procesales ordinarios, cuando sea oportuna y necesaria, incluso hasta sus últimas consecuencias, en aras de tutelar o no el derecho fundamental demandado.

Para realizar esta ponderada actuación extraordinaria resulta pertinente el uso de la teoría institucional de la interpretación constitucional, por cuanto sólo así el Tribunal Constitucional puede asegurar un canon interpretativo para el control de constitucionalidad, que parta de precisar el objeto y la medida de la revisión del fondo y la forma del fallo judicial ordinario. Así, el objeto de la motivación del recurso extraordinario de control de una resolución judicial debe ser materia de un test de razonabilidad y coherencia, y la medida debe ser materia de un examen de suficiencia⁸⁷.

Por el *control de adecuación* el Tribunal Constitucional asume competencia para revisar si objetivamente el proceso judicial es relevante para resolver el derecho constitucional subjetivo demandado de violación. Por el *control de necesidad* se debe examinar si el acto lesivo se vincula directamente con el proceso o decisión judicial impugnada; en tanto que en el *control de proporcionalidad* se analiza la intensidad o proporcionalidad que sea necesaria de revisión del proceso o una decisión judicial, a fin de cautelar el derecho fundamental.

Pero el examen constitucional sobre el proceso judicial no sólo hace justiciables los actos objeto de la controversia, sino también la aplicación de una norma legal, en

87. JIMÉNEZ CAMPO, Javier. «El control de constitucionalidad de la ley en el Derecho español». En Rubio Llorente, Francisco y Javier Jiménez Campo. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. pp. 74-84.

tanto causa de la lesión judicial *in iudicando* o *in procedendo*. En el primer supuesto, para examinar si constitucionalmente existe una falsa o errónea aplicación o interpretación de la ley al caso concreto y, en el segundo supuesto, para verificar constitucionalmente si se han producido vicios adjetivos de procedimiento que afecten un derecho fundamental.

Sin embargo, si bien el proceso de hábeas corpus no habilita al Tribunal Constitucional para convertirse en una superinstancia judicial ordinaria, donde se revise el fondo y la forma de un proceso ordinario relativo a la tutela de derechos subjetivos de naturaleza legislativa; sí le habilita, en cambio, para que, a través dicho proceso, adquiera plena jurisdicción, a fin de examinar en función de un canon de interpretación constitucional, el fondo y la forma del asunto materia de la *litis* constitucional.

Ello es así, por cuanto que, en la función de control constitucional de los fallos judiciales ordinarios, el Tribunal Constitucional no puede separar el derecho fundamental alegado de los hechos que son materia de la controversia formal –tipificación–. Es decir, los jueces constitucionales deben realizar un análisis constitucional tanto de la ley aplicable como de los actos procesales impugnados. Por eso, dada la fuerza normativa de la Constitución, el supremo intérprete de la Constitución debe preferir las normas constitucionales sobre una disposición legal y/o una sentencia judicial, con lo cual cumple con su función de control de la Constitución –de conformidad con el artículo 201° de la Constitución– y con el principio jurídico de la supremacía constitucional –de conformidad con los artículos 51° y 138°, segundo párrafo de la Constitución–.

Para lo cual, el Tribunal Constitucional debe examinar, a través de un test de la razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, ya esbozado, la medida que le permita, ponderadamente, valorar la validez de la sentencia judicial y/o la compatibilidad de la norma impugnadas de inconstitucionalidad. En ese sentido, el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre una sentencia que, no obstante provenir de un proceso penal concreto, transgrede el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 139°-3 de la Constitución).

Al Tribunal, pues, le corresponde pronunciarse sobre interpretaciones de la legalidad, cuando dependa de ellas, de manera directa, la realización del derecho fundamental demandado; de ahí que si bien, como regla general, la tipificación penal y el juicio de subsunción de las conductas a un tipo penal no son ni deberían ser objeto de revisión, *prima facie*, en un proceso constitucional como el del hábeas corpus, ello no obsta para que el Tribunal pueda evaluar y pronunciarse sobre la tipificación penal que el juez ordinario ha realizado, lo cual no lo convierte en «cuarta instancia» ni tampoco una instancia casatoria; pero sí en instancia final y de fallo –por el fondo y por la forma– de la justicia de la libertad (artículo 201° de la Constitución).

Es suma, es claro que dentro del marco de un proceso constitucional de hábeas corpus no corresponde determinar la responsabilidad penal de una persona –lo cual es competencia exclusiva de la justicia penal ordinaria–. No obstante, cabe señalar que es al Tribunal Constitucional a quien le corresponde, de pleno derecho, examinar la

resolución judicial elevada en revisión y apreciar la norma legal aplicada por el juez, cuando de su constitucionalidad depende la decisión final sobre la demanda de hábeas corpus, por cuanto una errónea o falsa aplicación o interpretación de la tipificación penal cuestionada, en el curso del proceso judicial, puede haber afectado el derecho fundamental a la libertad personal demandado o el ordenamiento constitucional mismo.

Por ello, el Tribunal Constitucional, entre las dos grandes tendencias interpretativas –hermenéutica e institucional–, ha optado por una interpretación menos formalista y más sustantiva. En ese sentido, en tanto que la teoría institucional se ubica como un estado maduro de la interpretación constitucional, en función a los desafíos contemporáneos, el Tribunal viene asumiendo este tipo de interpretación. Es evidente que esta tarea interpretativa en materia del derecho a la libertad debe ser impulsada por el Tribunal para fortalecer el orden constitucional-democrático frente a los delitos de corrupción, terrorismo y narcotráfico, en tanto sus agentes se valen de los derechos fundamentales para evadir a la justicia.

En efecto, una interpretación hermenéutica por parte del Tribunal Constitucional hubiera significado consagrar la impunidad de los funcionarios comprometidos en delitos de corrupción y narcotráfico, con lo cual se hubiera puesto en cuestión el propio orden constitucional y democrático. Es que, en un Estado constitucional, los derechos fundamentales de las personas no son derechos absolutos, sino relativos, en la medida que existen valores superiores –justicia, libertad, igualdad, entre otros– y principios constitucionales –principio de transparencia, de publicidad y de responsabilidad– que también son bienes constitucionales que el Estado debe tutelar.

De lo contrario se estaría admitiendo –como señala FERRAJOLI– la existencia de un «doble» Estado. Un Estado formal o de fachada, y un Estado oculto y paralelo que contradice los principios de legalidad, publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos, propios de un auténtico Estado constitucional y de un sistema democrático⁸⁸.

III. CONCLUSIÓN

Como hemos señalado en un principio, la Constitución, en tanto norma suprema, establece las bases constitucionales del Derecho público y del Derecho privado. Pero quizás sea en el Derecho penal donde la vinculación e influencia del Derecho constitucional se hace más patente, en la medida que los valores de libertad personal y la seguridad, que realiza, constituyen su *telos*.

Por ello, podemos decir que el Derecho constitucional incide en el Derecho penal, por un lado, en cuanto se refiere a sus fundamentos. Esto como consecuencia de que el

88. FERRAJOLI, Luigi. «El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad». En Perfecto Andrés Ibáñez (editor). *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996. p. 16

poder punitivo del Estado recaer directamente sobre la persona –cuyo respeto a su dignidad es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución)–; y, en esa medida, dicho poder no puede ser ejercido arbitrariamente sino dentro de los valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

De otro lado, el Derecho constitucional vincula al Derecho penal a través de la interpretación constitucional y argumentación constitucionales. De ahí que se pueda señalar que las categorías jurídicas de la dogmática penal son susceptibles de ser objeto de interpretación, en unos casos, y de definición de su contenido, en otros, por parte del Tribunal Constitucional a través de los distintos métodos de interpretación. De hecho así viene sucediendo en nuestro ordenamiento, por cuanto que si bien es cierto que el juez está sometido a la ley –*principio de legalidad*–, es verdad también que lo está, ante todo, a la Constitución –*principio de constitucionalidad*–; es decir, realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto, en la medida que debe considerar, junto a las razones de la ley, sobre todo, las razones de la Constitución⁸⁹.

En efecto, el Tribunal, a partir de una interpretación constitucional no formalista, sino institucional realiza su labor de argumentación considerando que la Constitución es una norma de carácter político pero también de naturaleza jurídica. Ello con la finalidad de resguardar el cumplimiento del principio de supremacía y de fuerza normativa de la Constitución.

La interpretación institucional, pues, le ha permitido al Tribunal asumir un rol positivo frente a fenómenos que, como el terrorismo, el narcotráfico y la corrupción, ponen en entredicho no sólo el sistema penal, sino también el orden democrático-constitucional. Es por ese motivo que debemos recalcar que en las fronteras del Derecho constitucional y del Derecho penal, el juez constitucional es el intérprete supremo de la Constitución⁹⁰.

Pero, si bien la interpretación constitucional –institucional– se configura como un pilar necesario para replantear el quehacer de la jurisdicción constitucional; ello resultaría una tarea estéril, si es que conjuntamente no se legitima socialmente la labor del Tribunal Constitucional, en la medida que éste constituye la institución clave para tutelar los derechos fundamentales y garantizar la ley y el orden constitucional.

89. GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso, GARCÍA FIGUEROA. *La argumentación en el Derecho*. Lima, Palestra Editores, 2.a edición corregida, 2005. p. 42.

90. GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México D.F.: UNAM, 5.a edición, 2003. p. 116.

El control constitucional de la subsunción normativa realizada por la jurisdicción penal ordinaria¹

César E. San Martín Castro*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RESOLUCIÓN JUDICIAL Y PROCESO DE HC O AMPARO. III. LA GARANTÍA DE LEGALIDAD PENAL Y SU CONTROL CONSTITUCIONAL. IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES. V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.



I. INTRODUCCIÓN.

Entre los sensibles problemas que trae consigo la presencia de una jurisdicción de la libertad en relación con la jurisdicción penal ordinaria, especialmente, cuando -como en el Perú- la primera está básicamente encargada a un órgano jurisdiccional propio, que traduce jurídicamente el principio de separación orgánica entre ambas jurisdicciones, se encuentra sin duda alguna el aspecto vinculado a la delimitación competencial, a la competencia material –utilizando categorías procesales-, de lo constitucional –a cargo del Tribunal Constitucional- y de lo estrictamente legal –a cargo del Poder Judicial en general y de la Corte Suprema en particular-. Ello, por sobre todo, en un ámbito muy difuso –de zonas tangentes y secantes, al decir de DE LA OLIVA (1996: 9/53)- debido: 1) a la extraordinaria amplitud de materias constitucionalizadas por la Ley Fundamental, 2) a la forma cómo se ha configurado el proceso constitucional de Hábeas Corpus -que le permite enjuiciar directamente hechos y decidir con carácter irrevocable sobre los mismos, revisando incluso resoluciones judiciales-, y 3) a la interpretación que pueda hacer el Tribunal Constitucional –en adelante, TC- sobre el alcance de las normas procesales constitucionalizadas.

Sin embargo, más allá de estas dificultades, que ahora enfrentaremos en orden al principio de legalidad penal –tema de nuestra ponencia-, consideramos indispensable

1. Ponencia presentada en el Primer Seminario del Centro de Estudios Constitucionales «*La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penal, con especial referencia a los delitos de corrupción de funcionarios*». Centro Cultural PUCP, Lima, 30 mayo al 1 de junio de 2005.

* Profesor Principal de Derecho Procesal Penal PUCP y Vocal de la Corte Suprema de Justicia.

señalar algunas notas características de la función del Tribunal Constitucional en relación con la jurisdicción penal ordinaria. Destaco las tres siguientes:

1. La competencia que la Ley Fundamental entrega al TC en los ámbitos que ella define siempre es SUPERIOR. El TC es el supremo intérprete de la Constitución: la más importante de todas las normas jurídicas del Estado, que fija los valores superiores del Ordenamiento Jurídico. Como tal, el TC es el encargado de precisar los alcances de la Constitución en todos los ámbitos de funcionamiento del Estado, incluido el Poder Judicial.

2. Como órgano jurisdiccional supremo, encargado de la defensa e interpretación de la Constitución, las decisiones que emite tienen –más allá de la cosa juzgada, según lo dispuesto en el art. 6° del Código Procesal Constitucional [en adelante, CPCConst.]– efectos normativos vinculantes o de carácter general [vid.: art. 52°, Primer Párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [en adelante, LOTC]; y, en especial, art. VI in fine TP CPCConst.]. Respecto al marco de las decisiones del Poder Judicial, se tiene la 1ra. Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional –en adelante, LOTC–, en cuya virtud las sentencias constitucionales inspiran la interpretación de las normas jurídicas que aplican los jueces. Esto es lo que denomina AGUILÓ REGLA la técnica del precedente o del *stare decisis* (2000: 101/122).

3. Este valor vinculante importa dos consecuencias jurídicas generales: **a)** el conjunto de decisiones del TC crean doctrina constitucional, y para su debida aplicación habrá que acudir no al fallo o parte resolutive sino a la *ratio decidendi* contenida en los fundamentos jurídicos, no a los *obiter dicta*; y, **b)** la vinculación es obligatoria, de carácter vertical, a toda la jurisdicción ordinaria, de modo que la jurisprudencia de esta última debe amoldarse a lo decidido por el TC.

Es de aclarar, sin embargo, que con arreglo al art. VIII TP CPCConst., no toda decisión tiene este efecto normativo vinculante. Sólo la tiene cuando así lo exprese la sentencia y en el extremo que fije. Esta norma, sin duda, limita –o, en todo caso, circunscribe– lo dispuesto en el art. 52°, Primer Párrafo, LOTC.

II. RESOLUCIÓN JUDICIAL Y PROCESO CONSTITUCIONAL.

Dicho lo anterior, corresponde precisar cuál es el ámbito del control constitucional sobre las decisiones judiciales en general. El art. 200° de la Ley Fundamental, aparentemente, es muy claro: los procesos de habeas corpus y de amparo proceden «...*contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o personas, que vulnera o amenaza...*» un derecho reconocido por la Constitución. Ello significa, desde luego, que un juez –siendo una autoridad o funcionario– puede lesionar o poner en peligro un derecho constitucional, por lo que –en principio– las decisiones que emita pueden ser cuestionadas vía proceso constitucional de la libertad: Hábeas Corpus o Amparo.

Sin embargo, la permisión constitucional no es total o amplia, tiene límites normativamente configurados en la propia Ley Fundamental. Tratándose de resoluciones judiciales la propia Constitución establece un ámbito concreto al poder de revisión del juez constitucional en su actuación en la denominada «jurisdicción de la

libertad». Estatuye el artículo 200°.1 *in fine* de la Constitución que no procede el amparo –y por extensión razonable, el Hábeas Corpus- cuando se trata de «...*resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular*».

Esta norma recoge una determinada opción, instaura en buena cuenta un límite a la competencia material del Orden Jurisdiccional Constitucional. Asume, a no dudarlo, la tesis permisiva restringida o restrictiva moderada, en cuya virtud sólo se puede cuestionar en amparo la vulneración de aquellos derechos constitucionales de naturaleza procesal, no de carácter material. Los primeros, como se sabe, están referidos al sí y al cómo de la sentencia, mientras los segundos al qué de la sentencia (DE LA OLIVA, 2002: 118).

El ámbito de lo propiamente procesal de la institución, como canon de legitimidad del control de la jurisdicción constitucional, está claramente apoyada por la doctrina nacional (por todos: SÁENZ ÁVALOS, 2005: 127). Es de destacar que el art. 4° CPConst., como señala ABAD YUPANQUI, sustituye la expresión «*procedimiento regular*» por la más rigurosa en sentido técnico de «*tutela procesal efectiva*», circunscripta a dos nociones definidamente procesales: tutela jurisdiccional y debido proceso. A este respecto la fuente jurisprudencial estaría en la STC N° 3283-2003/AA, DEL 15.6.20004, ASUNTO TAJ MAHAL DISCOTEQUE Y OTROS, que como hemos expuesto sólo comprende derechos procesales. Estos, a su vez, como precisa la STC N° 2940-2002-HC, DEL 30.1.2003, ASUNTO RAMÓN CAMPOS ESPARZA, tienen que ver con el inicio, tramitación y conclusión de una causa [la STC N° 612-1998, DEL 9.4.1999, hace mención a una categoría jurídica más difusa: «*los principios procesales*»].

La interpretación del citado artículo 200° Const., sin duda, es fuente de profundos conflictos, que, por lo demás, no creo que cesen en un futuro cercano. La jurisprudencia, reflejando estos inevitables conflictos, presenta matices, que es del caso resaltar muy someramente.

La STC 1230-2002/HC, DEL 20.6.2002, ASUNTO TINEO CABRERA, recoge una *no-noción estricta* de la tesis permisiva restringida. Señaló: 1) que el concepto «*proceso regular*» está inescindiblemente ligado al desarrollo normal y respeto escrupuloso de los derechos de naturaleza procesal: el de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso y, con ello, todos los derechos que los conforman; y, 2) el procedimiento irregular, susceptible de Hábeas Corpus, tiene lugar cuando en un procedimientos jurisdiccional se expidan actos que violen el derecho al debido proceso.

Empero, otros fallos acogen la concepción de origen estadounidense del doble ámbito de significación del derecho al debido proceso: el material y el formal –las citas a la obra de JUAN FRANCISCO LINARES es siempre automática, sin análisis de fuentes y sistemas jurídicos, para aquellos seguidores de esa concepción-². Lo primero está refe-

2. Señala este autor: «Con la fórmula debido proceso legal (Latu sensu) nos referimos a ese conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse par que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido

rído o apela a los principios complementarios de razonabilidad y conexión entre los hechos evaluados, el derecho invocado y el resultado –en forma de sentencia– obtenido, el cual debe estar acompañado de principios de certeza, oportunidad, legitimidad y justicia (CASTILLO CÓRDOVA: 2004: 147)³. Existen documentados, por lo menos, siete fallos dictados entre julio de 2002 a abril de 2003, siendo de citar tal vez como emblemático, por su vinculación con la jurisdicción penal ordinaria, la STC N° 538-2003-HC, del 27.3.2003, Asunto Polay Campos. Algún procesalista nacional, sin prever lo expansivo del término y su proyección al qué de la sentencia, aboga por esa concepción mixta del debido proceso [vid.: BUSTAMANTE ALARCÓN, 2001: 162, 343], al que ha seguido, sin cuestionamiento o matiz alguno, un constitucionalista [vid.: EGUIGUREN PRAELI, 2002: 211/212]⁴.

El debido proceso sustantivo o material –como concepto jurídico más bien indeterminado– es una institución que no forma parte de la ciencia procesal eurocontinental, del derecho romano germánico ... ni siquiera, como lo ha recordado MONTERO, la propia noción «*debido proceso*». Cabe significar, como punto de partida, que la Constitución se refiere al *procedimiento* –que si se entiende técnicamente desde el Derecho procesal, al decir de ASENCIO, constituye llanamente la sucesión de actos que desarrollan el órgano jurisdiccional y las partes para el fin de la aplicación del Derecho–; o, incluso, por extensión, al *proceso* en estricto sentido –que igualmente es de definir, según acota GIMENO, como el instrumento que tiene el Poder Judicial para resolver los conflictos que ante sus órganos se les planteen, y desde su contenido, como primera nota esencial, el conjunto de derechos constitucionales de incidencia procesal, posibilidades, obligaciones y cargas, que asisten a los sujetos procesales como consecuencia

proceso), sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto sustantivo del debido proceso)[1970: 11/12].

3. La fuente anglosajona del *due process of law*, como recuerda LANDA ARROYO, entendida como debido proceso sustantivo, se concretó a la protección de los ciudadanos contra las leyes contrarias a los derechos fundamentales, pero cuando se incorporó al constitucionalismo latinoamericano matizó sus raíces y se extendió a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables [2004: 195]. BIDART CAMPOS, en este mismo sentido, señala, en primer lugar, que el debido proceso sustantivo, es un principio material o de contenido, que viene a exigir a las leyes un contenido razonable –se opone a lo arbitrario y remite a una pauta de justicia–; y, en segundo lugar, que la Corte Suprema argentina extendió el principio de razonabilidad a toda actividad del poder, en cualesquiera de sus ámbitos y funciones, sea la administración o la jurisdicción [1984: 108].
4. Un autor nacional [MESÍA RAMÍREZ, 2005: 102/103] circunscribe la *tutela procesal*, a que hace referencia el artículo 4° del Cód. Proc. Const., a los derechos procesales nucleados alrededor de los derechos a la tutela judicial y al debido proceso, que es una concepción propia de la tesis permisiva moderada o restrictiva.

del ejercicio del derecho de acción y de la interposición de la pretensión-. Ambas instituciones, integrantes del Derecho procesal, no se refieren al contenido del fallo judicial, a lo que propiamente se decida o disponga; sólo exige –claro está- por su propia derivación procesal que la resolución judicial no adolezca de «*defectos intrínsecos esenciales*», vinculados a la ausencia de motivación –se incluye la falta de claridad y la contradicción interna- y de incongruencia⁵.

Desde esta perspectiva, creo, que el art. 4° CPConst. se orienta a la concepción unidimensional del debido proceso formal. Esta norma exige, en *primer lugar*, que la decisión judicial sea firme y, ahora, también definitiva. Cabe puntualizar como fuente que, por lo menos, en dos fallos, el TC señaló no sólo la exigencia de firmeza de la decisión, sino que –más en concreto- cuando se cuestiona de uno u otro modo la tipicidad del hecho objeto del proceso penal adicionó el requisito de definitividad, esto es, que ha de esperarse que la sentencia tenga el carácter de definitiva [véase SSTC 290-2002/HC, DEL 6.1.2003, ASUNTO CALMELL DEL SOLAR DÍAZ; y, 1076-2003/HC, DEL 9.6.2003, ASUNTO BEDOYA DE VIVANCO]. En *segundo lugar*, tratándose de HC, requiere el cumplimiento de dos requisitos: 1. Que el juez vulnere dos derechos constitucionales: la libertad individual y la tutela procesal efectiva, y 2. Que la vulneración sea evidente. El juez, en su resolución judicial, no sólo ha de infringir el derecho a tutela procesal efectiva: art. 139°.3 Const., sino que al hacerlo también, concurrentemente, debe lesionar o poner en peligro la libertad individual⁶.

La noción «*tutela procesal efectiva*» ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional en varias sentencias y, según creo, lo hizo como sinónimo de debido proceso formal. Como quiera que **la Constitución hace mención diferenciada al derecho a la tutela jurisdiccional y al derecho al debido proceso**⁷, como garantías procesales genéricas, la

5. En este ámbito resulta esencial precisar, conjuntamente con CORTÉS DOMÍNGUEZ, que las resoluciones judiciales pueden estar viciadas por un doble orden de motivos; en primer lugar, por *vicios de actividad*, que son irregularidades en algunos de los actos externos que componen la sentencia y el proceso que la antecede; y, en segundo lugar, por *defectos de juicio*, que son las desviaciones o equivocaciones que sufre el juez en la labor lógica que debe llevar a cabo en la resolución [1996: 336]. Sin duda, el control constitucional vía acción de hábeas corpus sólo puede incidir en los vicios de actividad, de definido ámbito procesal.
6. Pareciera orientarse en esa dirección ESPINOSA – SALDAÑA BARREDA cuando dice: «*La Ley 28237 también habilita la posibilidad de interponer Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales firmes [...] que vayan contra la libertad personal. Ello como consecuencia de un proceso dentro del cual no se haya respetado la tutela procesal efectiva*» (2004: 127). En un trabajo anterior, el mismo autor no sólo precisa que en el Perú no se ha hecho mayor diferencia entre debido proceso y tutela judicial efectiva, tampoco se tiene una clara determinación sobre los alcances de la noción «*debido proceso*», aunque parece entender que acoge una noción exclusivamente procesal de esa institución [2003: 148].
7. Opinión contraria, postulando la sinonimia de debido proceso y derecho a la tutela, es la mantenida por RUBIO CORREA (2005: 195). De igual manera, TRUJILLO WÜRTELE (2003: 276). EGUIGUREN PRAELI, siguiendo al Español GÓNZÁLES PÉREZ –por lo demás, no segui-

diferencia aún con fines didácticos se encuentra en que el *derecho a la tutela jurisdiccional*, siendo un **derecho que comporta una protección eminentemente procesal, absolutamente independiente del derecho alegado**, y en tanto derecho complejo tiene cuatro manifestaciones concretas:

(a) el derecho de acceso al proceso;

(b) el derecho a una resolución fundada en derecho –que el juez motive su resolución respecto al juicio histórico en relación a lo que fluye del propio proceso, que implica censura de la incongruencia omisiva o ‘*ex silentio*’, y que el marco de decisión sea el derecho objetivo, *juicio jurídico*, lo que desde luego puede tratarse de una sentencia procesal si no se cumplen los presupuestos procesales o las formas esenciales del procedimiento; ello no entraña, como resalta DE LA OLIVA, el derecho a una sentencia jurídicamente acertada, pues ello excede el derecho a la tutela, lo que puede hacerse *si la Constitución* lo permite en los marcos de otro derecho, siempre fundamental o de una libertad pública-;

(c) el derecho a la ejecución de lo resuelto; y,

(d) el derecho a los recursos legalmente establecidos.

El *derecho al debido proceso*, en cambio, y vista la configuración de nuestra propia Constitución, comprende otros ámbitos. Requiere, según expresa GIMENO, que el proceso esté a cargo de un juez legal imparcial o predeterminado por la ley, y que el proceso mismo deber ser respetuoso de los principios de contradicción, igualdad de armas, acusatorio en lo penal, así como el derecho al silencio y no autoincriminación, asistencia letrada, conocimiento previo de la imputación, derecho a la utilizar la prueba pertinente, y otros (2004: 243), sin perjuicio de incorporar el *ne bis in idem* procesal y la interdicción de las dilaciones indebidas⁸. Las normas vulneradas en ese ámbito deben ser de jerarquía constitucional, para lo cual habrá de revisar el listado amplísimo de garantías específicas que contiene nuestra Ley Fundamental y, como enfatiza MONTERO, las que incorporan los Pactos Internacionales, no explicitados en la Constitución (1991: 37)⁹.

En consecuencia, está expedita la vía del proceso constitucional –HC o Amparo– siempre que un juez vulnere las normas procesales constitucionalizadas, nucleadas alrededor del derecho a la tutela jurisdiccional y al derecho al debido proceso, y a

do por la doctrina procesalista española-, acota que uno de los elementos de la tutela judicial efectiva es el derecho a que se observe un debido proceso [2002: 210].

8. Mayores precisiones en SAN MARTÍN CASTRO, 2004: 96/101 y 104/108.

9. El debido proceso, apunta MONTERO, es una garantía general de la actividad jurisdiccional a partir de la cual puede ampararse en ella garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución; empero, no toda infracción de la ley procesal ordinaria supone violación de la garantía genérica constitucionalizada, pues si así se pretendiera se estaría elevando a rango constitucional todas las normas del Código Procesal Penal (Ibidem).

partir de esa infracción lesione o ponga en peligro la libertad individual de las personas. La vulneración, lesión o puesta en peligro concurrente de ambos derechos constitucionales, además –prescribe el CPConst.–, debe ser evidente. Esto último es una noción propia del Derecho probatorio, y hace mención a lo que a BRICHETTI (1973: 16/17) precisó como la existencia de una prueba que inmediatamente, esto es, *prima facie*, persuada al juez de su correspondencia con la realidad¹⁰.

III. LA GARANTÍA DE LEGALIDAD PENAL Y SU CONTROL CONSTITUCIONAL.

Ambos temas ya han sido abordados por el Tribunal Constitucional. El primero tiene un contenido general y está dirigido fundamentalmente al legislador ordinario.

La garantía de legalidad penal está prevista en el art. 2º.24,d) Const., en cuya virtud: *«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»*.

Esta garantía ha sido definida, con mucho rigor, en la emblemática STC 10-2002/AI, del 3.1.2003, Asunto Marcelino Tineo Sulca y otros, que incorpora, por lo menos, dos manifestaciones de esta garantía: (1) reserva de ley o *lex scripta* –la ley es la única fuente del Derecho penal, excluyéndose el Derecho consuetudinario para fundamentar la punibilidad, así como la reglamentación de la ley vía Decreto Supremo–, y (2) exigencia de determinación o *lex certa* –como prohibición de cláusulas generales, lo que significa que el legislador debe estructurar la ley de modo que contenga todos los presupuestos que condicionan la pena y determinen la consecuencia jurídica; el núcleo de lo admisible es que el tipo legal contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición (párr. 35 STC N° 10-1002/AI, del 3.1.2003)–.

Los dos subprincipios citados están dirigidos fundamentalmente al legislador, aunque es obvio que un juez puede vulnerarlos cuando castigue una conducta sobre la base de una disposición consuetudinaria o de una norma que no tiene rango de ley, o cuando en la definición de lo penalmente prohibido y sancionable –en aquellos supuestos que la ley utilice elementos normativos o cierto grado de generalización del texto legal– llegue a resultados incompatibles con lo que el texto y un coherente sentido interpretativo, socialmente aceptable, establezca; lo último, sin duda, es un canon de razonabilidad.

10. El TC ha traducido esta expresión como *«transgresión manifiesta»*, *«lo absolutamente irregular»*, *«lo esencialmente atentatorio al debido proceso»*: SSTC 1332-2000-HC, del 19.1.2001, y 670-1996-AA, del 25.5.1998. Vid.: CASTILLO CÓRDOVA, 2004: 69/70. Otro autor (DONAYRE MONTESINOS, 2005: 163), lo define como *«lo claro e indiscutible»*. No es un problema de claridad conceptual, sino de claridad fáctica, de certeza probatoria –sin lugar a dudas– de la vulneración constitucional.

Además, la garantía de legalidad penal comprende otros dos subprincipios: (3) la *Lex praevia* [vid.: art. II TP CP], referida a la retroactividad de la ley penal, como tal sólo requiere la existencia de una ley previa: la norma ha de ser anterior al hecho delictivo [así ha sido incorporada en la STC 2488-2002/HC, del 18.3.2004, Asunto Villegas Namuche]; y, (4) la *Lex stricta* o prohibición de la analogía *in malam partem* entendida como aplicación de la ley por el juez a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto (vid.: arts. 139°.9 Const., y III TP CP).

El primer subprincipio no sólo prohíbe al legislador que dicte normas penales materiales para rijan hechos ocurridos con anterioridad a su promulgación y publicación, también se extiende al juez prohibiéndole que sancione o decida situaciones jurídicas en base a normas no vigentes cuando los hechos, salvo el caso de las normas más favorables [vid.: art. 103°, II Párrafo, Const.]; el segundo subprincipio conlleva una prohibición dirigida exclusivamente al juez: las lagunas de punibilidad no puede integrarse aplicando la analogía u otro mecanismo de integración jurídica.

Un resumen general de la doctrina del TC, muy a tono con la explicación formulada por BACIGALUPO –, que se recoge en el presente texto–, se encuentra en el párr. 2 de la STC 2758-2004/HC, del 23.11.2004, Asunto Bedoya de Vivanco¹¹.

El Problema clave se presenta cuando se trata de controlar constitucionalmente la labor del juez ordinario en orden a la garantía de legalidad penal. Sobre la base de lo anteriormente expuesto, esto es, de lo que dispone la concordancia de los arts. 200° Const. y 4° del CPConst., es pertinente la siguiente pregunta:

¿Cuál es el ámbito del control vía proceso constitucional de HC o Amparo en su caso?

La respuesta jurisprudencial se encuentra en la STC 2758-2004/HC, del 23.11.2004, Asunto Bedoya de Vivanco. Aquí se discutió si se cumplían los presupuestos de una figura penal determinada: el tipo penal de complicidad de peculado por un *extraneus*. Allí se dijo lo siguiente:

11. Esta concepción del denominado principio de legalidad es prácticamente unánime en la dogmática del Derecho penal. Son cuatro sus consecuencias al decir de JESCHECK: 1) *Exclusión del derecho consuetudinario*, que en buena cuenta consagra la reserva de ley en materia penal; 2) *Interpretación de las disposiciones penales*, prohibiendo las analogía, salvo la *in bonam partem*; 3) *Determinación de la ley penal*: los tipos penales deben poseer una redacción lo más exacta posible que evite la remisión a conceptos extensivos, amenazar con consecuencias jurídicas inequívocas y contener tan solo marcos penales de envergadura limitada; y, 4) *Prohibición de retroactividad*, que responde a la idea de seguridad jurídica –las otras responden a la noción de legitimación democrática de las leyes penales–, y supone que una acción que en el momento de su comisión era impune, no puede ser declarada posteriormente punible, e implica también la exclusión de que pueda ser castigado posteriormente con una pena más grave caso de que ya fuera punible [2002: 142/1479].

a) Que la legalidad penal se extiende al control de una decisión judicial frente a los supuestos de creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos.

b) Que el análisis de la justicia constitucional no es equiparable al que hace el juez penal, citando al respecto –como base de su procedencia- la sentencia Tineo Cabrera circunscrita al debido proceso legal, pero añade que por regla general la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en sede de proceso constitucional, citando la STC Español 104/1985.

c) Que esta excepcionalidad tendrá lugar cuando el juez se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores – Canon de Razonabilidad [*¿Esa es la diferencia entre cuestiones de relevancia constitucional y cuestiones de mera legalidad ordinaria?*]. No habrá vulneración alguna si el Juez penal, dentro de las alternativas que ofrezca la dogmática penal, utiliza para la sanción la concepción que considere más adecuada.

Esto último, como acota TIEDEMANN consagra una opción ya clásica de la jurisdicción constitucional, por lo demás oportuna y adecuada: ésta no debe afectar las categorías y construcciones del Derecho penal ordinario, aunque claro está las categorías que éste ha construido: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad son abiertas, aunque en modo limitado, a la valoración y a la influencia jurídico constitucional (2003: 37, 62).

Llama la atención que la referida sentencia no cite en su apoyo, aunque asuma su texto, dos SSTC Español, las números 133/87 y 137/87. En esas sentencias, como acota BACIGALUPO ZAPATER, el Tribunal Constitucional [

Español, en el ámbito de la *Lex stricta*, señaló que la razonabilidad en la interpretación judicial habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan el texto constitucional y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica; así como que son rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan el ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisible para sus destinatarios (2004: 140).

IV. CONCLUSIONES PROVISIONALES.

Los comentarios, a modo de conclusiones provisionales, que podemos formular son los siguientes:

1. Es claro que el modelo español de control constitucional de las resoluciones judiciales es el «*permisivo amplio*» (Cfr.: ABAD, 2004: 288); consecuentemente, no es de recibo citar -sin el deslinde respectivo- decisiones del Tribunal Constitucional

Español, en tanto que nuestra Constitución expresamente asume el modelo «*permisivo restrictivo*». Desde esta perspectiva, resulta dudoso por decir lo menos revisar en sede constitucional el *contenido* de la propia decisión judicial, juzgar la propia justicia del fallo del juez penal ordinario, pues rebasaría el ámbito del sí y el cómo de la sentencia – ínsito al concepto tutela jurisdiccional- para introducirse en el qué de la misma. Incluso ha dicho el propio Tribunal Constitucional Español –STC 24/1999, de 15.2.1999- que sólo le corresponde analizar si una concreta interpretación judicial supone una lesión a un derecho fundamental, pero en virtud de la vulneración de ese de derecho, y no de la tutela judicial¹². Por consiguiente, no forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional que se dicte una sentencia jurídicamente acertada.

2. Por lo demás, incluso en España no es por todos aceptada la doctrina jurisprudencial del TCE respecto a la revisión del fondo de las resoluciones judiciales, -si ésta presenta *defectos de juicio* de relevancia constitucional material- aún con el límite fijado en la comentada STC Bedoya de Vivanco, que asume la doctrina legal del citado Tribunal Constitucional Español. Como dice DE LA OLIVA, ingresar al fondo del asunto en esos casos implicaría obstaculizar de modo casi insalvable la determinación del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, a la vez que haría sumamente complicada la labor del TC (2002:434). Recuérdese que por mandato constitucional y legal, a partir del tantas veces mencionado art. 4º CPConst., lo que el TC puede revisar tratándose de decisiones judiciales –límite que, por cierto, no rige para el control de decisiones de otras autoridades- es la vulneración del derecho a la tutela procesal y el derecho al debido proceso.

3. La razonabilidad es, en buena cuenta y sin perjuicio de lo ya expuesto –como deduce RUBIO CORREA de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional-, el principio utilizado por éste para «limitar» el control a la justicia ordinaria o la injerencia en sus decisiones definitivas. A través de este principio se exige que los actos que los sujetos realizan frente a los hechos y circunstancias cumplan el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como una respuesta adecuada a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante. Este principio requiere,

12. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado debido proceso legal con derecho de defensa procesal –o *debido proceso formal*- situándolo en el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, independizándolo de otros derechos reconocidos en la misma Convención –*son sólo requisitos que deben observarse en las instancias procesales* [OC-9/87, 6.109.1987]-. En la OC-16/99, del 1.10.1999, y en el Asunto Genie Lacayo, SCIDH del 6.10.1997, párr. 74, señaló lo siguiente: 1) Que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia, a lo cual contribuyen el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto debido proceso legal ; y, 2) Que esto último [sólo] abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (Cfr.: HUERTA GUERRERO, 2003: 10/11).

pues, una justificación lógica de la decisión adoptada (RUBIO CORREA, 2005: 242/247). En igual sentido se pronuncia, por ejemplo LINARES, quien siguiendo a la jurisprudencia estadounidense y argentina, acota que una solución que se dicte en el proceso debe ser razonable, esto es, adecuada a la controversia planteada.

4. Si esto es así, cabe reiterar sin embargo—más allá de tratarse de un ámbito de análisis muy especializado y, en el sector de la tipificación penal, específico o circunscripto— que este control, que implica analizar el fondo de una decisión judicial, más allá de sus buenas intenciones, no tendría cobertura en el ámbito de los derechos a la tutela jurisdiccional y al debido proceso.

V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA.

1. ABAD YUPANQUI, SAMUEL: *El proceso constitucional de amparo*, 1ra. Edición, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
2. AGUILÓ REGLA, JOSEPH: *Teoría General de las fuentes del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
3. AGURTO WÜRTTELE, MARIELLA: «El derecho a la tutela judicial efectiva y el amparo constitucional contra resoluciones judiciales». En: AA.VV.: *La Constitución y su defensa*, Ed. Grijley, Lima, 2003.
4. ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: *Introducción al Derecho Procesal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
5. BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE: *Derecho Penal – Parte General*, Ed. Ara Editores, Lima, 2004.
6. BIDART CAMPOS, GERMÁN: *La Corte Suprema – El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 1984.
7. BRICHETTI, GIOVANNI: *La evidencia en el Derecho procesal penal*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1973.
8. CASTILLO CÓRDOVA, LUIS: *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Ara Editores, Lima, 2004.
9. CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN Y OTROS: *Derecho Procesal Civil*, Ed. Colex, Madrid, 1996.
10. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS Y OTRO: *Tribunal Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Derechos Fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.
11. DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS Y OTROS: *Derecho Procesal – Introducción*, 2da. Edición, Ed. Ceura, Madrid, 2002.
12. DONAYRE MONTESINOS, CHRISTIAN: *El Hábeas Corpus en el Código Procesal Constitucional*, Jurista Editores, Lima, 2005.
13. EGUIGUREN PRAELI, FRANCISCO: *Estudios Constitucionales*, Ara Editores, Lima, 2002.
14. ESPINOSA SALDAÑA BARREDA, ELOY: *Código Procesal Constitucional, Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*, Ed. Palestra, Lima, 2004.
15. ESPINOSA SALDAÑA BARREDA, ELOY: *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, Ara Editores, Lima, 2003.
16. HUERTA GUERRERO, LUIS ALBERTO: *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2003.
17. JESCHECK, HANS-HEINRICH: *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, Ed. Comares, Granada, 2002.
18. LANDA ARROYO, CÉSAR: *Teoría del Derecho procesal constitucional*, Ed. Palestra, Lima, 2004.

19. LINARES, JUAN FRANCISCO: *Razonabilidad de las leyes*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970.
20. GIMENO SENDRA, VICENTE: *Introducción al Derecho Procesal*, 2da. Edición, Ed. Colex, Madrid, 2004.
21. MESÍA RAMÍREZ, CARLOS: *Exégesis del Código Procesal Constitucional*, Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
22. MONTERO AROCA, JUAN Y OTROS: *Derecho Jurisdiccional, tomo III, Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1991.
23. RUBIO CORREA, MARCIAL: *La interpretación constitucional según el Tribunal Constitucional*, PUCP Fondo Editorial, Lima, 2005.
24. SÁENZ DÁVALOS, LUIS: «Las innovaciones del Código Procesal Constitucional en el proceso constitucional de amparo». En: *Introducción a los procesos constitucionales* - Tomo I. Jurista Editores, Lima, 2005.
25. SAN MARTÍN CASTRO, CÉSAR: *Derecho Procesal Penal*, II Tomos, Ed. Grijley, Lima, 2004.
26. TIEDEMANN, KLAUS: *Constitución y Derecho Penal*, Ed. Palestra, Lima, 2003.

El principio de *ne bis in idem* en la jurisprudencia del tribunal constitucional

Dino Carlos CARO CORIA*

SUMARIO: I. GENERALIDADES. II. CONTENIDO Y FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL. III. *NE BIS IN IDEM* Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. IV. PARTICULARIDADES DEL *NE BIS IN IDEM* EN EL PROCESO PENAL.



I. GENERALIDADES

1. Los alcances y efectiva vigencia del principio de *ne bis in idem*¹ corresponde a un ámbito poco estudiado en el Derecho penal peruano. Pese a que la doctrina administrativa², penal³ y procesal penal⁴ viene destacando su trascendencia desde los años noventa, el reconocimiento legal de este principio ha sido menos rápido, y si bien ahora puede decirse que la legislación ordinaria, en particular el art. 230.10 de la LPAG y el art. III del nuevo Código Procesal Penal (CPP2004) aprobado mediante el Decreto

*. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la PUCP y Coordinador de la Maestría de Derecho Penal de dicha casa de estudios.

1. Un sector de la doctrina se refiere al principio de *non bis in idem*, rótulo que reproduce el art. 230.10 de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General (LPAG) y algunas sentencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, como expone MAIER, Julio B. J. Derecho procesal penal I. 2ª ed. Buenos Aires, Editores del Puerto 2002, p. 596, nota 234, el carácter imperativo de este principio sólo queda expresado con el latinazgo *ne bis in idem*.
2. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública», *Ius Et Veritas* 10/1995, p. 155. ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. «La potestad sancionadora de la administración pública», *Revista Jurídica del Perú*, abril de 2000, p. XV.
3. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima, Idemsa 1997, pp. 185-186. *Derecho penal económico. Parte especial*. Lima, Idemsa 2000, pp. 489-493. CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*. Lima, Gráfica Horizonte 1999, p. 123-129. URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*. Lima, Gráfica Horizonte 2000, pp. 131-143. REYNA ALFARO, Luis. *Manual de Derecho penal económico. Parte general y parte especial*. Lima, Gaceta Jurídica 2002, pp. 221-223. REAÑO PESCHIERA, José. *Derecho penal bursátil*. Lima, Gráfica Horizonte 2002, pp. 110-120.
4. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*. 2ª ed. T. I. Lima, Grijley 2003, pp. 104-108.

Legislativo N° 957 le otorgan un adecuado desarrollo, acorde con la STC de 16 de abril de 2003 dictada en el exp. N° 2050-2002-AA/TC, no puede predicarse lo mismo de la legislación administrativa y menos de la práctica sancionatoria de los órganos administrativos y de la jurisdicción penal.

En este contexto, si bien el TC ha fijado los grandes lineamientos sobre la prohibición de la persecución y sanción múltiples, *ne bis in idem*, es aún necesario establecer reglas claras sobre el comportamiento que deben observar los poderes públicos, en particular la administración, para que los alcances del *ne bis in idem* material y procesal cobren efectiva vigencia. Con todo, esta contribución se orienta a destacar aquellos «vacíos» que deben solventarse mediante la regulación legal o la jurisprudencia del TC.

II. CONTENIDO Y FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

2. Constituciones como la española regulan expresamente el principio de *ne bis in idem* al menos para determinados ámbitos del poder punitivo. Así, el art. 45.3 de la Carta española recoge parcialmente el principio de *ne bis in idem* en el terreno de la protección ambiental, pues señala que «se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas». Y aunque dicha Constitución no consagra el principio con carácter general, una amplia jurisprudencia del TC español lo deduce del principio de legalidad previsto en el art. 25.1 de la Carta española. En esa línea, la STC 2/1981, de 30 de enero, señaló que la razón por la que no se incluyó el principio en la Ley Fundamental se debe a su vinculación «con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución»⁵.

La fundamentación constitucional que adopta el TC peruano es similar, sigue la línea que establecieron las sentencias 2/1981 y 77/1983 del TC español⁶ al considerar que el principio de *ne bis in idem* tiene contenido material y procesal, y diferenciar el sustrato constitucional de cada uno de éstos. Efectivamente, según la STC peruano de 16 de abril de 2003, exp. N° 2050-2002-AA-TC, «El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal»⁷.

5. MUÑOZ CONDE, Francisco, Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch 1993, pp. 98-99. Este criterio del TC ha sido confirmado por la S de oct/83 que abunda en la imposibilidad de que la Administración practique actuaciones dirigidas a sancionar hechos constitutivos de delito o falta, efectuando un enjuiciamiento de los hechos distinto al realizado por un Juez o un Tribunal jurisdiccional, Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed. Barcelona, PPU 1990, p. 7. La STC 154/1990 señala que el *ne bis in idem* se sustenta igualmente en el principio de proporcionalidad «que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción».

6. COBO DEL ROSAL, Manuel, Tomás Salvador VIVES ANTÓN. *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch 1991, pp. 75-76. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*. T I. 2ª ed. Lima, Grijley 1995, p. 135.

7. Fundamento 19 *ab initio*.

3. El contenido material del *ne bis in idem* implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento. De modo semejante lo expresa el TC peruano, en la sentencia antes citada señala que «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».

Se ha destacado la estrecha relación entre el *ne bis in idem* material y la garantía de la cosa juzgada prevista en el art. 139.13 de la Constitución⁸ y en el art. 90 del CP, pero la cosa juzgada no agota los alcances del principio de *ne bis in idem*⁹ el cual se extiende incluso a las sanciones administrativas, aunque no exista una sentencia judicial firme. Acorde con ello, para el TC «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 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, 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.»

De esta forma, el TC peruano considera que el *ne bis in idem* material se fundamenta por un lado en el principio de proporcionalidad vinculado a la llamada «prohibición de exceso», fundamento indiscutible si se tiene en cuenta que imponer más de una sanción por el mismo contenido de injusto implica imponer «una doble carga coactiva»¹⁰ o, dicho de otro modo, se quebranta la regla del art. VIII del CP de que «La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho» y que exige congruencia entre el contenido del injusto punible y la desvaloración jurídico-social frente al mismo. Como destaca la STC español 2/2003 de 16 de enero de 2003, «dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente»¹¹.

8. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., p. 104.

9. URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, cit., p. 132.

10. Ibid., p. 137.

11. Fundamento jurídico 3a).

El TC peruano recurre asimismo al principio de legalidad¹², más concretamente a las garantías de ley previa y de certeza o determinación, en el sentido que la imposición de más de una sanción por lo mismo, afectaría el conocimiento previo y claro que el ciudadano debe tener de las consecuencias de su conducta, con lo que se recurre al principio de legalidad como garantía de seguridad jurídica, pero también como garantía de que la norma primaria debe satisfacer funciones de determinación. Y es que, como señala la STC español 142/1999 de 22 de julio, «Correlativamente con el principio de legalidad se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles conductas por actos no tipificados previamente. De esta manera, los destinatarios de la norma saben –o tienen al menos la posibilidad de saber– que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido».

Pero los alcances del principio de legalidad como fundamento del *ne bis in idem* material, pueden ser más extensos y se proyecta a las relaciones penal-administrativas. La legalidad también implica que una conducta penalmente relevante no puede ser calificada por la autoridad administrativa sino por el Ministerio Público o, en su caso, por la jurisdicción¹³. La administración no puede arrogarse la potestad de conocer un hecho de posible contenido penal. Así lo reconoce la citada STC español 2/2003, según la cual «no puede obviarse el hecho de que con carácter general la Administración sancionadora debe paralizar el procedimiento si los hechos pueden ser constitutivos de infracción penal —art. 7.2 RPS—, y que, en el caso, la Administración actuó con infracción de lo previsto en dicha disposición y en el art. 65.1 LSV. Dicha infracción legal, no obstante, tiene relevancia constitucional por cuanto estas reglas plasman la competencia exclusiva de la jurisdicción penal en el conocimiento de los hechos constitutivos de infracción penal y configuran un instrumento preventivo tendente a preservar los derechos a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador —administrativo y penal— y a no ser sancionado en más de una ocasión por los mismos hechos.»¹⁴

4. Sobre la llamada *triple identidad*, existe acuerdo en que la identidad de sujeto se refiere al imputado o sancionado, no siendo necesaria la identidad de víctima, agraviado o sujeto pasivo de la infracción¹⁵. Se discute la posibilidad de acumular sanciones contra una persona jurídica (multa administrativa por ejemplo) y una persona natural

12. Dicha vinculación entre legalidad y *ne bis in idem* ha sido destacada por CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, cit., p. 123, con mayor énfasis URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, cit., p. 132.

13. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y Derecho penal moderno*. Buenos Aires, Ad-Hoc 1999, p. 29.

14. Fundamento jurídico 9.

15. Así, comentando la garantía de cosa juzgada, SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho procesal penal*. Lima, Idemsa 2004, pp. 354-355.

(pena de multa) cuando entre ambas existe una relación de gestión o representación, y la sanción obedece al mismo hecho y fundamento¹⁶. Si bien en estos casos puede sostenerse en el plano formal que estamos ante personas diferentes¹⁷, de modo excepcional la STC español 177/1999 de 11 de octubre apreció una vulneración al *ne bis in idem* por la condena al representante legal de una empresa por delito ambiental (privación de libertad y multa) y la sanción administrativa contra dicha empresa por infracción a la Ley de Aguas (multa de la misma cuantía). Pero esta no es la postura mayoritaria, aunque se reconoce la imposibilidad de sancionar administrativamente a la persona jurídica e imponer por el mismo hecho y fundamento alguna de las consecuencias accesorias del art. 105 del CP, se niega la identidad subjetiva entre la persona jurídica y la persona natural. Así lo pone de relieve la STC español 48/2003, de 12 de marzo, en cuanto la disolución de Herri Batasuna conforme a la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos, para diferenciarla de la sanción penal del art. 520 del CP español contra las personas físicas que la componen, concluyendo que «tales procesos no se dirigen contra el mismo sujeto».

El TC peruano adopta una perspectiva fáctica cuando se refiere a la «identidad de hecho», noción imprecisa si se tiene en cuenta que en los casos de concurso de infracciones penales, administrativas o penal/administrativa, un mismo hecho puede realizar dos o más infracciones sin que ello lesione el *ne bis in idem*. En tales casos, aunque el hecho sea el mismo, sobre todo en el concurso ideal, no puede apreciarse un *bis in idem* porque cada infracción obedece a un fundamento diferente, no existe identidad de fundamento, siendo posible imponer más de una sanción por el «mismo hecho». Esta constatación permite aseverar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en lo que ya concurre la identidad de sujeto y hecho, es conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento. Así lo destaca el TC cuando señala que «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 en un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido»¹⁸.

El TC define además la «identidad de fundamento» como «identidad de bien jurídico» o «identidad de interés protegido», equiparación problemática porque la prohibición de *bis in idem* no sólo debe regir para las infracciones penales que pueden interpretarse, al menos según la doctrina mayoritaria, conforme a la teoría de los bienes jurídicos. El derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad, se rige más bien por «criterios de afectación general, estadística en todo caso»¹⁹, por ello la sanción administrativa no requiere la verificación de la lesión o

16. MAQUEDA ABREU, M. Luisa, en: ZUGALDÍA ESPINAR, José (dir). *Derecho penal. Parte general*. Valencia, Tirant lo Blanch 2003, p. 292.

17. El art. 78 del Código Civil señala que «La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros».

18. Fundamento 19a *in fine*.

19. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal económico. Parte general*. Lima, Ara 2003, p. 72.

puesta en peligro de bienes jurídicos, generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación, «aseguran expectativas referidas al funcionamiento global de un sector del tráfico social y tiene como finalidad únicamente que estos sectores no colapsen»²⁰.

La identidad de sujeto y de hecho no son decisivas para el *ne bis in idem*, y la identidad de fundamento, entendida como identidad de bien jurídico o de interés, no garantiza la vigencia del principio en el caso de las infracciones administrativas. Debe dotarse al *ne bis in idem* material de contenido normativo, la prohibición de sancionar más de una vez debe operar siempre que se trate del *mismo contenido de injusto o de ilícito*, de la misma infracción²¹, sin importar si dicho contenido está reflejado en una norma penal o administrativa. En esa perspectiva, en los supuestos de unidad de ley, como sucede en el concurso aparente, no será posible la sanción múltiple dado que el desvalor del hecho es abarcado en su totalidad por una sola norma. Distinto es el caso del concurso real o ideal de infracciones, en los que el disvalor del evento no es abarcado plenamente por una sola norma sino por varias²², siendo válido imponer más de una sanción.

5. Este contenido material del *ne bis in idem* tiene un complemento procesal que, en su sentido más tradicional, implica la imposibilidad de iniciar un proceso penal basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en un proceso anterior, existe cosa juzgada. En el ordenamiento peruano, este sentido del principio está materializado en el art. 139.13 de la Constitución, los arts. 78.2 y 90 del CP y el art. 5 pf. 4 del Código de Procedimientos Penales. En un plano preventivo, el *ne bis in idem* procesal proscribía desde ya, exista o no cosa juzgada, la persecución sancionatoria múltiple por un mismo contenido de injusto, sin importar si los procesos paralelos se desarrollan dentro del mismo sector del ordenamiento jurídico o en dos o más de ellos.

El desarrollo del *ne bis in idem* procesal en la jurisprudencia peruana ha tomado en cuenta la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de septiembre de 1997, relativa al caso de María Elena Loayza Tamayo contra el Estado Peruano, la cual estableció que si la jurisdicción militar valoró las pruebas de la conducta imputada y se pronunció sobre los hechos objeto de la acusación, no se permite una posterior persecución, por la misma conducta, mediante la jurisdicción común²³. De modo semejante, la STC de 2 de julio de 1998, exp. N° 109-98-HC/TC, relativa al caso Dante Damas Espinoza²⁴, determinó que el sobreseimiento dictado por la juris-

20. Ibid., p.71.

21. MAQUEDA ABREU, M. Luisa, en: ZUGALDÍA ESPINAR, José (dir). *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 293.

22. CARO CORIA, Dino Carlos. «Bienes jurídicos colectivos en la «sociedad de riesgo» y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación del resultado lesivo». En: *II Congreso Internacional de Derecho Penal. Ponencias*. Lima, PUCP 1997, pp. 71 ss.

23. Sección XV, Fundamentos 66 ss.

24. Boletín de Jurisprudencia del Diario Oficial El Peruano de 29 de septiembre de 1998.

dicción penal ordinaria, que calificó las infracciones imputadas como delitos comunes, impide la realización de otro proceso conducente a una condena ante la jurisdicción militar. El Tribunal, con adecuado criterio, estimó que el principio «*non bis in idem*» (sic), aunque carece de reconocimiento constitucional expreso, «constituye una garantía inmanente al contenido esencial del derecho al debido proceso penal», el cual deriva del art. 139.3 de la Constitución y del art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁵. La Corte Constitucional expresó asimismo que el art. 139.13 de la Carta Magna reconoce la cosa juzgada o *res iudicata*, la que, más allá de ser un principio que informa la actuación funcional de los órganos jurisdiccionales, también guarda estrecha relación con el debido proceso, de forma que «supone, a título de derecho constitucional, la prohibición de que un individuo con resolución absolutoria y firme pueda verse sometido a un nuevo proceso judicial en que se juzgue los mismos hechos que motivaron la inicial sentencia»²⁶. Tal conclusión del Tribunal, aunque marcó un camino importante de cara a la interdicción del *bis in idem*, era imprecisa pues no se trataba de prohibir en general el juzgamiento múltiple por los mismos hechos, lo que sería válido por ejemplo en el concurso ideal de infracciones, y es que el *ne bis in idem* impide la persecución y sanción múltiples por el mismo contenido de injusto.

La doctrina del TC ha quedado zanjada en la sentencia de 16 de abril de 2003, exp. N° 2050-2002-AA/TC, donde señala que «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)»²⁷. Y en cuanto al fundamento constitucional, siguiendo la línea de la citada sentencia de 2 de julio de 1998 y lo expuesto por un sector de la doctrina²⁸, el TC señala que «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», añadiendo que «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

25. Fundamento 7.a.

26. Fundamento 7.b.

27. Fundamento 19.b.

28. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., pp. 85ss.

absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos»²⁹.

Dicha perspectiva ha sido ratificada por las SSTC de 14 de abril de 2003, exp. N° 0729-2003-HC/TC³⁰ y de 24 de noviembre de 2004, exp. 2868-2004-AA/TC³¹, que además se remiten al art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual «Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por sentencia firme de acuerdo a ley y el procedimiento penal de cada país». Pero a diferencia de la STC de 16 de abril de 2003, en éstas la Corte Constitucional, señala que el principio de *ne bis in idem*, incluyendo su perspectiva material deriva del derecho al debido proceso, la STC de 14 de abril de 2003 en particular sostiene que «el derecho de no ser sancionado dos veces por un mismo hecho o el de no ser procesado dos veces (*non bis in idem*), constituye un contenido implícito del derecho al debido proceso».

Se ha relacionado el fundamento constitucional del *ne bis in idem* procesal con la doctrina norteamericana del «*double jeopardy*» que se erige en la V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos adoptada en 1791, según la cual «tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito». Elocución a raíz de la cual se interpreta jurisprudencialmente que todo ciudadano, al margen de su inocencia o responsabilidad, no puede ser sometido múltiples veces al riesgo de la pretensión punitiva estatal. Lo contrario significaría tolerar una ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de la persona. El Estado tiene una sola oportunidad para perseguir y sancionar a un ciudadano por la realización de un injusto, «si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso»³².

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado que esta garantía protege al individuo contra procesamientos y castigos múltiples por el mismo delito³³, con lo que en estricto el *double jeopardy* se relaciona tanto con el *ne bis in idem* procesal como con el material. En el caso Green contra los Estados Unidos (1957) señaló que «La idea subyacente, de profundo arraigo por lo menos en el sistema angloestadounidense de jurisprudencia, es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y autoridad, emprenda intentos repetidos de condenar a un individuo por un presunto delito, exponiéndolo a la vergüenza, gastos y molestias además de obligarlo a vivir en una condición permanente de ansiedad e inseguridad y de que con ello aumenta la posibilidad de que, aun siendo inocente, se le declare culpable»³⁴. Más específicamente,

29. Fundamento 18.

30. Fundamento 2.

31. Fundamento 3.

32. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., p. 106.

33. En adelante WITT, Elder. *La Suprema Corte de Justicia y los Derechos Individuales*. México, Gernika 1995, pp. 285ss.

34. Ibid., p. 286.

en el fallo de Carolina del Norte contra Pierce (1969), sostuvo»que la garantía de la Quinta Enmienda contra el doble proceso (...) se compone de tres protecciones constitucionales separadas. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una absolución. Protege de un segundo procesamiento por la misma ofensa, después de una condena. Y protege contra castigos múltiples por la misma ofensa»³⁵.

La relación entre *ne bis in idem* procesal y *double jeopardy* ha sido destacada en la STC español 2/2003, donde se expresa que «en la STC 41/1997, de 10 de marzo (FJ 6), recordamos que «la LECrim, en los arts. 954 y siguientes sólo admite el recurso de revisión en favor del reo, a semejanza de otros ordenamientos continentales». A ello añadimos «que esta decisión legislativa es fruto de consideraciones constitucionales, profundamente arraigadas en el respeto a los derechos fundamentales y al valor superior de la libertad, lo pone de manifiesto el simple dato de que en la V enmienda de la Constitución norteamericana se consigna la interdicción de someter al reo a un doble juicio penal (*double jeopardy*). Las razones que en aquel país se aducen como fundamento de esa interdicción son semejantes a las que el legislador español avanzaba, en la exposición de motivos de la LECrim, para justificar la proscripción de la absolución en la instancia, cuyo significado es análogo al de la prohibición de la revisión ‘contra reo’: evitar que el ciudadano sea ‘víctima de la impotencia o del egoísmo del Estado’, evitarle las ‘vejaciones’ que resultarían de una situación de permanente inseguridad y, en fin, no dispensarle un trato incompatible con la condición de ‘ciudadano de un pueblo libre’»³⁶. De modo similar, la STC peruano de 14 de abril de 2003, exp. N° 0729-2003-HC/TC, señala que «En su vertiente procesal, el principio *non bis in idem* garantiza que no se vuelva a juzgar a una persona que ya lo haya sido, utilizando similar fundamento. Y ello con la finalidad de evitar lo que la V enmienda de la Constitución Norteamericana denomina *double jeopardy*, es decir el doble peligro de condena sobre una persona», y añade que «Este principio contempla la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras, la proscripción de ulterior juzgamiento cuando por el mismo hecho ya se ha enjuiciado en un primer proceso en el que ya se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada»³⁷.

6. El primer reconocimiento general del principio de *ne bis in idem* material se aprecia desde el año 2001 en el art. 230 num. 10 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), según el cual «La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...) 10. *Non bis in idem*.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento». Con ello se dio un paso importante a favor del reconocimiento del *ne bis in idem* material en un momento en que el TC aún no

35. Ibid., p. 287.

36. Fundamento 3.b.

37. Fundamento 3.

había desarrollado sus alcances y como lo hiciera recién en la sentencia de 16 de abril de 2003 ya citada.

Pero la LPAG no introdujo el sentido del *ne bis in idem* procesal, lo que fue advertido por la Comisión Especial Revisora del Código Penal creada por la Ley N° 27837 y que en el Anteproyecto de abril de 2004 de reforma de la Parte General del CP propuso introducir como art. IX del Título Preliminar la regla siguiente: «Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas» (pf. 1), «El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo» (pf. 2). Dicha regla fue adoptada sin más por la Comisión de Alto Nivel que elaboró el nuevo Código Procesal Penal de 2004 (CPP2004), promulgado mediante el Decreto Legislativo N° 957, el art. III del Título Preliminar establece del mismo modo: «Nadie podrá ser procesado, ni sancionado mas de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo» (pf. 1), a lo que añade que «La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en algunos de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código» (pf. 2).

Esta nueva regulación adopta en esencia la doctrina del TC sobre el *ne bis in idem*, contempla el contenido material («Nadie podrá ser (...) sancionado más de una vez») y procesal («Nadie podrá ser procesado (...) más de una vez»), y señala como presupuesto la triple identidad («por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento»). La norma extiende además su eficacia tanto «para las sanciones penales y administrativas», cabiendo deducir que no sólo prohíbe el *bis in idem* al interior del ordenamiento penal y administrativo, sino también, conforme ha zanjado el TC, cuando la pluralidad de sanciones y persecuciones sancionatorias derivan de ordenamientos distintos como el penal y el administrativo, ambos son expresiones del mismo *ius puniendi* estatal y el Estado, más allá de su forma de organización y división de poderes es un solo ente, sólo puede sancionar y perseguir una vez.

Poco clara es la regla de que «El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo». En la discusión de la Comisión Especial Revisora del Código Penal no existía acuerdo sobre el modo de evitar que la administración se arrogue competencia sobre un caso de posible relevancia penal, de modo que persiga y sancione libremente sin poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público o del Poder Judicial y sin abstenerse de seguir conociendo el caso. Para la Comisión esta práctica generalizada de la administración pública podía conducir a que hechos de relevancia penal queden sancionados como simples infracciones administrativas, mediante procesos más rápidos y en lo que la sanción sea menos grave y no se refleje toda la desvaloración jurídico-social del hecho. La Comisión no adoptó la propuesta de introducir una regulación expresa sobre los deberes de la administración de abstenerse y notificar el hecho al Ministerio Público cuando éste pudiera tener connotación penal, tampoco el plan-

teamiento de regular los efectos para la administración de las decisiones que adopte la autoridad penal. A falta de un mejor acuerdo se considero suficiente expresar la «preeminencia del Derecho penal» que en la «voluntad» del prelegislador o proyectista significaba que la autoridad penal, el Ministerio Público o el Juez, tiene la competencia exclusiva sobre la calificación penal y en el caso del Poder Judicial el poder de vincular a la administración con sus decisiones.

III. *NE BIS IN IDEM* Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

7. Los problemas más comunes de aplicación del principio de *ne bis in idem* se presentan en ámbitos previamente reglamentados por el Derecho administrativo, por ejemplo en la regulación de la actividad económica o en el ejercicio de la función pública. El TC ha venido desarrollando el contenido del *ne bis in idem* sobre todo a partir de casos en los que imputa a la administración pública haber impuesto más de una sanción por el mismo contenido de injusto a funcionarios públicos.

No se discute que la potestad sancionadora de la Administración y el Derecho penal, son manifestaciones de un mismo *ius puniendi* estatal³⁸. Como indica la STC de 16 de abril de 2003, exp. 2050-2002-AA/TC, reiterando lo expuesto 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 para el TC «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»³⁹. Ello ha permitido que el poder sancionador de la Administración progresivamente se venga adecuando a límites similares a los que rigen la imputación penal y procesal penal, como lo evidencia el art. 230 de la LPAG que impone como principios de la potestad sancionadora administrativa los de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, entre otros cuya constitucionalización planteó el art. 2 del Anteproyecto de Ley de Reforma de la Constitución de 5 de abril de 2002, como concretos límites al *ius puniendi* administrativo⁴⁰.

38. POLAINO NAVARRETE, Miguel. «Derecho penal criminal y Derecho administrativo sancionador», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 7/1989, pp. 55ss. SÁNCHEZ LAMELAS, Ana. «Derecho administrativo sancionador y Derecho penal: consideraciones en torno a los principios de garantía». En: *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. Vol. I. Universidad de Cantabria 1993, pp. 383ss.

39. Fundamento 13.

40. «Artículo 2.- Límites de la potestad punitiva del Estado.

El Estado al ejercer su potestad punitiva debe respetar los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, resocialización y humanidad, en el ámbito penal, procesal y penitenciario, así como el debido proceso. Dicha materia será regulada mediante ley orgánica.

La discusión relativa a la identidad de garantías en el ordenamiento administrativo sancionador y el penal como expresiones de un mismo *ius puniendi*, es relativamente reciente en Perú⁴¹. El debate tampoco está terminado en el Derecho comparado, aunque se acepta que el ejercicio sancionador por parte de la Administración debe someterse básicamente a los límites del Derecho penal⁴², se discute la intensidad de dicho sometimiento, en el sentido de si la regla general de la menor gravedad de las sanciones administrativas –al menos no pueden acarrear la privación de libertad– y las necesidades de eficacia de la intervención administrativa, pueden fundamentar la exigencia de garantías más flexibles que las del sector penal⁴³. Por ese camino, se resguardaría un núcleo básico de garantías para el *ius puniendi* administrativo, como los principios de legalidad y culpabilidad, pero se renunciaría a otras como la lesividad o la legalidad procesal, en pro de una mayor eficacia.

El TC no ha sido ajeno a esta flexibilización, en la referida sentencia de 16 de abril de 2003 expresó por ejemplo, en relación a los derechos de los miembros de la Policía Nacional en los procesos disciplinarios, que «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», y en esa medida, «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,

No se podrá imponer sanciones administrativas que directa o indirectamente importen privación de la libertad y deberá respetar los principios mencionados en el párrafo anterior en cuanto les sea aplicable».

41. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Notas sobre la potestad sancionadora de la administración pública», cit., pp. 149ss. ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. «La potestad sancionadora de la administración pública», cit., p. XV. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, cit., p. 185.
42. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. «La autotutela. Los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del Derecho penal», *Revista de Administración Pública* 126/1991, pp. 253ss.
43. CID MOLINE, José. «Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *Revista de Administración Pública* 140/1996, pp. 131ss. PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Parte especial*. T. III. Delitos económicos. Lima, Ediciones Jurídicas 1994, pp. 167-168.

además de otras garantías absolutamente imprescindibles con el tipo e intensidad de la sanción que pudiera imponerse».⁴⁴

8. Este debate no afecta la vigencia del principio de *ne bis in idem* en el ámbito administrativo, reina acuerdo en que la interdicción de la sanción o persecución múltiple por un mismo contenido de injusto es una garantía irrenunciable en todo ejercicio punitivo⁴⁵. Por ello uno de los aspectos más controvertidos, especialmente de cara al sentido de la legislación, radica en la vinculación a este principio cuando la persecución o sanción opera en distintos ordenamientos sancionatorios, es decir en el penal y el administrativo⁴⁶.

Pese a la consagración general del *ne bis in idem* en el art. 230.10 de la LPAG y en el art. III del CPP2004, y la fuerza vinculante de la jurisprudencia del TC, la legislación administrativa no suele reconocer su eficacia y no pocas veces contiene declaraciones de que la sanción administrativa se impondrá paralelamente a la penal. Por ejemplo, el art. 190 del Código Tributario señala que «Las penas por delitos tributarios se aplicarán sin perjuicio del cobro de la deuda tributaria y la aplicación de las sanciones administrativas a que hubiere lugar», de lo cual parece deducirse, como en efecto sucede en la práctica tributaria, que ante una misma infracción es posible acumular una sanción penal y otra administrativa. Pero no puede aceptarse que esta regla especial, propia del sector tributario, deba imponerse a la regla general del art. 230.10 de la LPAG, y menos aún que toda norma posterior a la LPAG que independice la sanción penal de la administrativa ha derogado la garantía del *ne bis in idem*. El fundamento constitucional del *ne bis in idem* condiciona la interpretación de la legislación ordinaria, con lo que sólo tienen asidero constitucional aquellas interpretaciones de la legislación administrativa compatibles con la proscripción del *bis in idem*.

Conforme a ello, tampoco debe interpretarse sin más que reglas como la del art. 190 del Código Tributario son inconstitucionales, el art. VI pf. 1 del Código Procesal Constitucional y la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, instauran el principio de conservación según el cual la inconstitucionalidad es la *ultima ratio*, antes deben agotarse los medios de interpretación conocidos a fin de superar la posible inconstitucionalidad⁴⁷. La STC de 11 de julio de 2002, exp. N° 1124-2001-AA/TC, estableció la necesidad de que «la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución»⁴⁸. Este principio, previsto como presupuesto para la inaplicación de una la ley inconstitucional por

44. Fundamento 14.

45. TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., V. AGUADO I CUDOLÀ. *Derecho administrativo sancionador*. Barcelona, Cedecs 1995, pp. 71ss.

46. Ibid., pp. 77-79.

47. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima, Ara Editores 2004, p. 69.

48. Fundamento 13.c.

parte de los jueces, rige también para la administración pública. Más allá del debate de si la administración puede o debe ejercer un control difuso como el que se reconoce expresamente a los jueces desde la Constitución (art. 138 pf. 2)⁴⁹, el principio de supremacía constitucional que rige el procedimiento administrativo (arts. III, IV.1.1, V.2.1 de la LPAG)⁵⁰ obliga a la administración a modular sus prácticas e interpretaciones normativas a principios de arraigo constitucional como el de *ne bis in idem*. En esa perspectiva es suficiente una interpretación restrictiva del art. 190 del Código Tributario, la posibilidad de que «Las penas por delitos tributarios» se apliquen sin perjuicio «de las sanciones administrativas a que hubiere lugar» debe limitarse a los casos en los que no se viola el *ne bis in idem*, por ejemplo de concurso ideal entre una infracción administrativa y otra penal en los que la sanción múltiple se sustenta en injustos de diferente contenido⁵¹.

9. Un aspecto particularmente problemático es de las llamadas *relaciones de especial sujeción entre el sujeto actuante y la administración*. Como se ha señalado anteriormente, excepcionalmente el TC ha tolerado la acumulación de sanciones provenientes de diferentes órdenes cuando ellas obedecen a diferente fundamento, es decir si se protegen bienes jurídicos distintos. En la jurisprudencia constitucional española la coexistencia de una sanción penal y otra administrativa, por el mismo hecho, se ha permitido cuando el sujeto se encontraba en una «relación de especial sujeción» con la administración, en cuyo caso el *ius puniendi* ejercido por la esta no sería el «genérico del Estado»⁵².

Pero la propia delimitación de este tipo de relaciones no ha sido clara en la jurisprudencia del TC español, así lo reconoce la STC 132/2001, de 8 de junio, cuando recuerda que «De las denominadas «relaciones especiales de sujeción» -también conocidas en la doctrina como «relaciones especiales de poder»- se ha ocupado ya este Tribunal en anteriores ocasiones, no ocultando que, como se dijo en la STC 61/1990, FJ 6, la distinción entre relaciones de sujeción general y especial es en sí misma imprecisa»⁵³. Esta imprecisión no ha sido superada, apenas se ha señalado que «Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de «especial sujeción», «de poder especial», o simplemente «especiales», y

49. Favorable a esta tesis, DEL POZO, Claudia. *Control difuso y procedimiento administrativo*. Lima, Palestra 2005, pp. 173ss.

50. Ibid., pp. 94ss.

51. CARO CORIA, Dino Carlos. *Derecho penal del ambiente*, cit., pp. 128-129.

52. Pese a que el art. 415.3 de la LOPJ español de 1985 señala que «En ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria», la STC de 27 noviembre de 1985 precisa que el principio de *ne bis in idem* «no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes», Vid. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 7, también la STC 2/1987.

53. Fundamento jurídico 4.

que en todo caso «la categoría «relación especial de sujeción» no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos». Entre ellos «el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE -del cual deriva el *ne bis in idem*- y aunque este precepto no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas constitucionales sí se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales»⁵⁴.

Así, se ha reconocido la especial sujeción en relación con un preso⁵⁵, con un Policía Nacional⁵⁶, con un arquitecto colegiado⁵⁷, incluso respecto a un detective privado con autorización administrativa aun cuando aquella relación administrativa especial no tuviera base directa en la Constitución o en una ley conforme con la Constitución⁵⁸. Sin embargo, y como parte de lo que puede considerarse una tendencia a no restringir el ámbito de la legalidad bajo el argumento de la especial sujeción, la STC español 132/2001 consideró que «ningún precepto constitucional, ni tampoco una ley conforme con la Constitución, prevén, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito económico como el de los concesionarios de expendedurías de tabaco»⁵⁹, negando con ello la trascendencia de la especial relación existente entre el concesionario y el Estado derivada de la mera concesión.

La imposición de límites a la acumulación de sanciones en los casos de sujeción especial no es reciente en la jurisprudencia del TC español, se ha exigido que «el interés jurídicamente protegido» por la infracción administrativa «sea distinto» al de la infracción penal «y que la sanción sea proporcional a esa protección»⁶⁰. Asimismo se ha declarado que si «la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer»⁶¹, entonces, «con independencia de cómo se denomine la relación» que une por ejemplo a la titular de la concesión con la Administración, «no hay fundamento alguno» para que la infracción por la que se sancionó a la recurrente «carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE»⁶².

54. Ibid.

55. STC 2/1987, de 21 de enero, fundamento jurídico 2

56. STC 69/1989, de 20 de abril, fundamento jurídico 1

57. STC 219/1989, de 21 de diciembre, fundamento jurídico 3

58. STC 61/1990, fundamento jurídico 8.

59. Fundamento jurídico 4.

60. STC 234/1991 de 10 de diciembre, fundamento jurídico 2.

61. SSTC 3/1988, de 21 de enero, fundamento jurídico 9, 101/1988, de 8 de junio, fundamento jurídico 3, 341/1993, de 18 de noviembre, fundamento jurídico 10, 60/2000, de 2 de marzo, fundamento jurídico 3, STC 132/2001, fundamento jurídico 5.

62. STC 132/2001, de 8 de junio, fundamento jurídico 4.

También en una perspectiva claramente restrictiva la reciente STC español 26/2005 de 14 de febrero⁶³, ratifica lo expuesto en la STC 234/1991 de 10 de diciembre⁶⁴ en el sentido que «La existencia de esta relación de sujeción tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990)».

Con todo, la sanción múltiple bajo los argumentos de la especial sujeción, distinto bien jurídico o fundamento, no se considera una alternativa plausible⁶⁵. La ausencia de una determinación exacta de estos criterios, podría constituir una puerta abierta para un ejercicio múltiple y desproporcionado del *ius puniendi*. Por esa razón, en la doctrina española se observa la tendencia hacia una mayor delimitación material del *ne bis in idem*, en el sentido de impedir siempre la pluralidad de sanciones frente al mismo contenido de injusto⁶⁶. Este principio fundamenta la unidad de sanción en el llamado concurso aparente de normas pero, *a contrario sensu*, acudiendo al mismo sentido material del concurso ideal de delitos, permite una excepcional acumulación de sanciones en los supuestos de concurso de infracciones penales y/o administrativas.

10. La jurisprudencia del TC peruano no se ha vinculado expresamente a la doctrina de las relaciones de sujeción especial, aunque adopta consecuencias similares, sobre todo en el ámbito disciplinario policial y militar. Sólo excepcionalmente se ha recurrido al argumento de la especial sujeción como medio para justificar la restricción o modulación de derechos distintos a los que derivan del *ne bis in idem*.

La STC de 10 de julio de 2002, exp. N° 866-2000-AA/TC, señaló que «Por su propia condición de derechos constitucionales su ejercicio no es ilimitado, puesto que sus excesos son susceptibles de ser sancionados. Los límites que pueden establecerse por el ejercicio de estos derechos son varios y, como regla general, se determinan tomando en consideración la naturaleza de los derechos en cuestión. No obstante, en determinados supuestos, el legislador puede fijar una diversa clase de límites a tales

63. Fundamento jurídico 3.

64. Fundamento jurídico 2.

65. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, cit., p. 185. GARCÍA ALBERO, Ramón. «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales. Barcelona, Cedecs 1995, p. 64.

66. GARCÍA ALBERO, Ramón, ibid., p. 64. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 2ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch 1996, p. 151. De León VILLALBA, Francisco Javier. «La garantía del *ne bis in idem* y el Derecho penal económico». Ponencia en el III Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en Lima en 1998, inédito.

libertades, límites cuya justificación se encuentra en las *relaciones especiales de sujeción* bajo las que se encuentran determinados individuos. Tal es el significado particular, precisamente, del inciso d), artículo 23.º del Decreto Legislativo N.º 276 y del artículo 138.º del Decreto Supremo N.º 005-90-PCM, que, con relación a los servidores públicos, señala la necesidad de contar con autorización del superior jerárquico para ejercer las libertades de expresión e información»⁶⁷. El TC no ha derivado de esta argumentación consecuencias lesivas de derechos fundamentales, consideró por el contrario que «Naturalmente, tal restricción no puede entenderse en el sentido de que el referido servidor público no pueda ejercer, sin más, dichas libertades, pues ello supondría vaciarlas de contenido. En la medida en que los límites especiales derivados de una relación de sujeción especial tienen por propósito garantizar la efectividad de los intereses públicos a los que sirve una dependencia pública, los alcances de esta limitación deben entenderse concretamente referidos a esos intereses públicos cuya efectividad se persigue asegurar con la limitación de los derechos constitucionales. Dicho en otras palabras, ni la presencia de estos límites especiales supone que los servidores públicos no puedan ejercer sus libertades informativas, ni que cualquier tipo de información relativa a su empleador quede prohibida de difundirse»⁶⁸.

Menos clara es la STC de 5 de agosto de 1999, exp. N.º 0993-1997-AA/TC, según la cual «tratándose de personas jurídicas, el ejercicio de determinados derechos, como el de ejercer libremente la profesión de abogado, puede encontrarse afecto a unos límites derivados del *principio de sujeción especial*, por virtud del cual se exige del asociado a un Colegio Profesional, entre otros aspectos, no socavar el principio de lealtad para con la institución a la que se pertenece; y, por tanto, cada vez que este principio se vea resentido, reconocer la facultad de la entidad afectada a establecer mecanismos correctores de dichas conductas anómalas»⁶⁹. Pero el poder sancionador de los colegios profesionales no ha sido reconocido para efectos del *ne bis in idem* por la STC de 17 octubre de 2005, exp. N.º 3167-2004-AA/TC, para la cual si «el proceder del demandante ha dado lugar a una sanción administrativa del Poder Judicial, que a su vez configura una conducta que atenta contra el Código de Ética del Abogado», «no se trata de una sanción administrativa sino de una impuesta por un Colegio Profesional, en tanto que el proceder del demandante atenta contra los deberes del abogado en su ejercicio profesional.»⁷⁰, «por lo que (...) no se ha vulnerado el principio *non bis in idem*»⁷¹.

Estos precedentes no delimitan la noción de relaciones de sujeción especial ni justifican una desvinculación del principio de *ne bis in idem*, pese a lo cual se ha consoli-

67. Fundamento 3, negrita añadida.

68. Fundamento 4.

69. Fundamento 7, negrita añadida.

70. Fundamento 7.

71. Fundamento 9.

dado una tendencia favorable a la acumulación de sanciones penales y administrativas en el caso de funcionarios públicos, partiendo del presupuesto que ambas satisfacen funciones distintas que justifican una independencia plena. La STC de 26 de enero de 2005, exp. 3944-2004-AA/TC declara que «Tampoco se ha vulnerado el principio *non bis in ídem*, puesto que la responsabilidad penal es independiente de la responsabilidad administrativa, en que incurrió el demandante, por haber cometido graves irregularidades en el desempeño de sus funciones»⁷². Según la STC de 20 de abril de 2005, exp. N° 1204-2005-AA/TC, no se aprecia violación «del principio *ne bis in ídem*; más aún cuando, de conformidad con el artículo 25° del Decreto Legislativo N.° 276, los servidores públicos tienen, además de la responsabilidad administrativa, la civil y penal, por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público»⁷³. Más tajante es la STC de 28 de junio de 2005, exp. N° 3363-2004-AA/TC, considera «que las responsabilidades penal y administrativas en que puede incurrir un servidor o funcionario son independientes; razón por la cual, la existencia de un proceso penal no enerva la potestad de la Administración para procesar y sancionar administrativamente, por los mismos hechos, al servidor o funcionario que ha incurrido en falta disciplinaria»⁷⁴.

De esta manera, como reconocen las SSTC de 25 de noviembre de 2004, exp. N° 310-2004-AA/TC⁷⁵ y 29 de abril de 2005, exp. 3862-2004-AA⁷⁶, se consolida la criticable interpretación expuesta en el Caso Víctor Hugo Pacha Mamani, exp. N° 094-2003-AA/TC, según la cual «lo que se resuelve en el ámbito administrativo disciplinario es independiente del resultado del proceso penal al que pudiera ser sometido un efectivo policial por habérsele imputado la comisión de un hecho penalmente punible; ello, debido a que se trata de dos procesos distintos por naturaleza y origen (...); el Tribunal asume (...) que el proceso administrativo tiene por objeto investigar y, de ser el caso, sancionar una inconducta funcional, mientras que el proceso jurisdiccional conlleva una sanción punitiva que puede incluso derivar en la privación de la libertad, siempre que se determine la responsabilidad penal». Tal interpretación no puede aceptarse, una acumulación de sanciones que se justifique en diferencias formales –el origen de la sanción o el carácter de inconducta funcional del ilícito administrativo – o naturalistas entre las infracciones penales y administrativas, violenta la prohibición de *bis in ídem*. Aunque en ocasiones podrá reconocerse la diferencia de intereses o bienes protegidos por el ilícito administrativo o penal, en cuyo caso estará justificada, como en el concurso ideal de delitos, la imposición de varias sanciones, no puede aceptarse sin más y a priori que las sanciones penales y administrativas son independientes y autónomas.

72. Fundamento 4.

73. Fundamento 4.

74. Fundamento 3.

75. Fundamento 4.

76. Fundamentos 4 y 5.

Por ese motivo debe superarse el precedente derivado de la STC de 28 de diciembre de 2004, exp. 3194-2004-HC/TC, según la cual «se ha reconocido expresamente, en el artículo 168 de la Constitución, que «las leyes y reglamentos respectivos [...] norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional», lográndose de esta forma constitucionalizar la potestad disciplinaria a las instituciones castrenses, como en este caso corresponde a la Marina de Guerra del Perú. A través de esta norma, se busca mantener indemne el orden y la disciplina castrenses de sus miembros dentro de la entidad. Entonces, en la Norma Fundamental se ha reconocido ambas posibilidades de sanción, cada una con un fin excluyente, tal como consta en la propia norma referida a la disciplina castrense: según el artículo 57 del Decreto Supremo 003-82-CCFA, Situación Militar del Personal de Técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú, se sancionará por faltas graves «independiente de la sanción penal que le correspondiere si el hecho o hechos que se le imputan están previstos como delito por la ley». Esta diferencia de naturalezas entre estos tipos de sanciones ha quedado plenamente establecida para el caso de autos (...) Por tanto, no ha existido afectación al principio *ne bis in idem* en el presente proceso, pues la medida disciplinaria impuesta tiene un objeto distinto al del proceso penal iniciado»⁷⁷. La criticable de esta sentencia no es el reconocimiento del poder disciplinario de las Fuerzas Armadas y Policiales, sino la inusitada asunción de que las sanciones administrativas son independientes de las penales, en este caso porque así lo declara un Decreto Supremo del año 1982.

Si el TC asume consecuencias similares a las que derivan de la tesis de las relaciones de especial sujeción, tesis que sólo ha reconocido aisladamente, se tiene que el principio de *ne bis in idem* se postula en la práctica como una garantía plena de los particulares y no de los funcionarios públicos, contra quienes suele invocarse permanentemente el argumento formal de que las sanciones penales son diferentes de las administrativas. Dicho de otro modo, los funcionarios sólo tendrían garantizada la prohibición de dos o más persecuciones penales por lo mismo y de dos o más persecuciones administrativas por el mismo injusto, no estando proscrita una persecución penal y otra administrativa aunque se verifique la triple identidad porque se asume o se presume que ambas cumplen distintos fines o sirven a la satisfacción de intereses o bienes jurídicos diferentes. Esta solución discrimina a los funcionarios, les otorga un trato desfavorable por la restricción del derecho a ser perseguidos y sancionados sólo una vez por el mismo contenido de injusto, y que está prohibido por el art. 2.2 de la Constitución. Si bien el funcionario está vinculado a una posición de garante de la cual derivan un conjunto de deberes especiales o institucionales conforme a su concreto ámbito de competencia⁷⁸, de ello no se deduce la eliminación del contenido esencial

77. Fundamento 6.

78. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. «Los delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios». En: *La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública*. Lima, Grijley 2001, pp. 160ss. CARO JOHN, José Antonio. «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», *Anuario de Derecho Penal* 2003, pp. 57ss.

del ese derecho fundamental a no ser perseguido ni sancionado más de una vez por lo mismo. La vinculación a estos deberes institucionales no puede significar la pérdida automática de las garantías de legalidad, proporcionalidad, proceso debido y cosa juzgada que dotan de fundamento constitucional al principio de *ne bis in idem*.

Con este punto de partida deben superarse interpretaciones formales que derivan por ejemplo del texto literal del art. 243 de la LPAG que, bajo el rótulo «Autonomía de responsabilidades», establece que «Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación» (num. 1), de formal tal que «Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario» (num. 2). Estas reglas parecen oponerse al sentido del art. 230.10 de la LPAG que regula expresamente el *ne bis in idem* material, aunque su eficacia se limita al ámbito de la responsabilidad de los funcionarios, como puede deducirse de la ubicación sistemática del art. 243 en el Capítulo II («Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la administración pública») del Título V («De la responsabilidad de la administración pública y del personal a su servicio») de la LPAG, a diferencia del art. 230.10 que se incardina en el Título IV («De los procedimientos especiales») de la Ley, en el Capítulo II dedicado al «Procedimiento Sancionador», Subcapítulo I referido a la «Potestad sancionadora». Pero este ámbito restringido de aplicación, «a las autoridades» y «personal al servicio de la administración pública», tampoco puede desvincularse de la prohibición constitucional de *bis in idem*, aunque el art. 243 reafirme la «autonomía de las responsabilidades» y la independencia de las consecuencias penales y administrativas, de la literalidad de estos enunciados no se deduce un mandato de acumulación de sanciones por el mismo injusto, por lo que deben interpretarse conforme a dicha proscripción constitucional.

11. *La administración debe respetar los términos de la cosa juzgada*, conforme a lo previsto en el art. 139 num. 2 y 13 de la Constitución, no puede modificar los hechos previstos en una sentencia condenatoria o absolutoria. Si la jurisdicción penal concluye que los hechos son inexistentes o no están probados, ningún otro órgano público, jurisdiccional o administrativo, puede pretender acreditar lo contrario mediante otra investigación y debe tener por inocente al ciudadano frente a los hechos imputados⁷⁹. Así lo establece la plurialudida STC de 16 de abril de 2003, exp. N° 2050-2002-AA/TC, señala que «Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), «(...) El principio *non 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

79. VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*. Valencia, Tirant lo Blanch 1995, p. 361.

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 improbad⁸⁰.

En esa misma perspectiva, la STC de 25 de noviembre de 2004, exp. 2322-2004-AA/TC, establece que «Es aplicable al presente caso, *mutatis mutandis*, el criterio establecido por este Tribunal en la citada STC 2050-2002-AA/TC, en cuyo fundamento N.º 17 (...) se señaló que si la sanción disciplinaria (...), con independencia de la imputación de haber cometido un delito, se adopta como consecuencia de haberse infringido además intereses legítimos de la institución policial, (...), entonces, 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»⁸¹. De igual forma, la STC de 28 de diciembre de 2004, exp. 3194-2004-HC/TC, en relación a las «Consecuencias de una posible irresponsabilidad penal», concluye que «la base fáctica del proceso penal y el procedimiento administrativo es una sola», aunque «cabe una situación particular: que la persona sea absuelta en vía procesal penal por la falta de pruebas sobre los hechos denunciados. Es decir, que la base fáctica de los procesos sea declarada insubsistente en sede judicial. Ante tal situación, ¿qué sucedería con la sanción disciplinaria impuesta? La respuesta no es del todo sencilla. Sin embargo, para el caso concreto, si se demostrase que el inculpado no participó del hecho delictivo imputado, la sanción disciplinaria debería seguir lo decidido en el proceso penal»⁸².

Ahora bien, se debate el caso de la sentencia absolutoria que considera probados los hechos que se imputan, y que no cabe la responsabilidad penal porque es aplicable al caso uno de los diversos argumentos jurídicos que bloquean dicha responsabilidad, como la imputación objetiva, la falta de atribución del dolo o una causa de justificación. Dado que el Derecho administrativo sancionador impone un estándar menos exigente para la sanción, podría sostenerse que es posible afirmar la responsabilidad administrativa siempre que se respeten los hechos probados y no se contradiga la calificación jurídica establecida por la jurisdicción. Así por ejemplo, no se violaría el *ne bis in idem*, si un ciudadano es absuelto del cargo de peculado (art. 387 del CP) porque se determinó que no actuó con dolo sino con negligencia, tras lo cual es sancionado por la administración porque las normas disciplinarias sí sancionan el comportamiento

80. Fundamento 19.b.

81. Fundamento 7.

82. Fundamento 7.

negligente⁸³. Sin embargo, aunque en ese caso no se violaría el contenido material del *ne bis in idem* porque se impone una sola sanción, si se contraviene la prohibición de perseguir más de una vez por lo mismo, el *ne bis in idem* procesal, pues se estaría sometiendo al imputado a un doble riesgo real para sus intereses⁸⁴.

12. La administración debe abstenerse de intervenir o de proseguir el procedimiento sancionador cuando los hechos que investiga son susceptibles de ser calificados como delito. En tales casos, la autoridad administrativa debe remitir lo actuado al Ministerio Público⁸⁵ o a la autoridad judicial si ésta ya viene conociendo el hecho. El art. 159.5 de la Constitución establece que el ejercicio de la acción penal compete al Ministerio Público y el art. 139.2 pf. 2 reconoce la primacía de la jurisdicción, por lo que sólo en apariencia hace falta una regulación general que zanje a nivel legislativo a quien corresponde evaluar el carácter administrativo o penal de la infracción.

Un intento de regular estos aspectos, aunque sólo para el ámbito de los procedimientos concursales⁸⁶, ya se observaba en el último pf. de la 11ª Disposición Complementaria de la Ley de Reestructuración Patrimonial (LRP), D. Leg. N° 845, introducida por la Ley N° 27146 de 24 de junio de 1999, y luego en el art. 131 de la Ley General del Sistema Concursal (LGSC), Ley N° 27809 de 8 de agosto de 2002. Dichas normas contenían dos reglas: i) si se ha impuesto sanción administrativa al infractor, ya no cabe el inicio de la acción penal por tales hechos, y ii) si a criterio de la Comisión la infracción reviste especial gravedad, ésta debe inhibirse de pronunciarse sobre el caso y poner los actuados a disposición del Ministerio Público para los fines correspondientes.

La regla ii) quebranta la legalidad, abre paso a la «oportunidad administrativa» porque permite que un órgano administrativo, la Comisión, califique la relevancia penal del hecho y derive el caso a la Fiscalía sólo si según su «criterio» es de especial gravedad, tolerándose con ello que hechos de verdadera trascendencia penal sean directamente sancionados por la administración. Pero la administración carece de la facultad constitucional de pronunciarse sobre la relevancia penal del hecho, y lo contrario implica una intrusión en las competencias del órgano fiscal, prohibida por el tipo de usurpación de funciones del art. 361 del CP. Del mismo modo, el deber de comunicación al Ministerio Público surge con la mera duda sobre la trascendencia penal del hecho, su inobservancia puede adquirir sentido en el marco del tipo de omisión de denuncia del art. 407 del CP. Con mayor énfasis, si el caso ya es de conocimiento del Poder Judicial, el órgano administrativo debe abstenerse de conocer el

83. URQUIZO OLAECHEA, José. *El principio de legalidad*, cit., pp. 136-137.

84. VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*, cit., p. 334. Igual, SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., p. 105.

85. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal económico*, cit., p. 195.

86. Vid. CARO CORIA, Dino Carlos. «Los delitos concursales en el Derecho penal peruano. Alcances de la Ley de Reestructuración Patrimonial y de la nueva Ley General del Sistema Concursal», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 3/2002, pp. 142 ss.

hecho, según el art. 139.2 de la Constitución «Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional», y la inobservancia de este precepto puede realizar el delito de avocamiento indebido del art. 410 del CP.

La regla i) tampoco está exenta de polémicas, regula el caso más sensible a la percepción jurídico-social de las consecuencias del hecho: la evitación de una persecución penal cuando el mismo injusto ya ha sido objeto de sanción administrativa. El modo como se instaura en la normativa concursal puede criticarse, parece consolidar una regla de supremacía administrativa frente a la titularidad de la acción penal que compete al Ministerio Público⁸⁷, pero de ello no se deduce que estemos ante una regla constitucionalmente incorrecta. Si el ciudadano es perseguido por la administración y esta impone la sanción, y luego se tiene que el hecho tenía trascendencia penal, la incorrecta elección del Estado de haber instado primero la sanción administrativa no puede imputarse al ciudadano, al particular no le corresponde asumir las consecuencias negativas de los errores o malas decisiones de la administración.

No obstante lo anterior se discute si el *ne bis in idem* material requiere o no la efectiva reiteración sancionatoria, no bastando la mera declaración de imposición de la sanción sino la efectiva ejecución de más de una sanción. La jurisprudencia del TC español se decantó inicialmente por privilegiar la seguridad jurídica, estableciendo que la simple declaración de imposición de una sanción es suficiente para que éste prohibido imponer y ejecutar otra u otras por el mismo contenido de injusto. Así, la STC español 177/1999, de 14 de octubre, señaló que correspondía determinar «si los Tribunales penales, al tener constancia de la sanción administrativa por los mismos hechos que estaban enjuiciando, debieron absolver al acusado para no incurrir en el *ne bis in idem*, o entendiendo que su primacía judicial no podía ser cedida, actuar de la manera condenatoria reflejada más arriba», es decir, imponiendo al acusado las penas privativa de libertad y pecuniaria contenidas en el fallo condenatorio»⁸⁸. Para el TC, «irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo»⁸⁹. En ese sentido, considera que «no cabe oponer, para enervarla, la circunstancia de que la Administración (...), como organismo autónomo competente para el ejercicio de dicha potestad sancionadora, incumpliera su deber legal de suspender el procedimiento sancionador y dar traslado del hecho a la jurisdicción penal por (...) fuese constitutivo de delito, (...). Tal incumplimiento producirá, en su caso, las consecuencias que el ordenamiento jurídico prevea, pero su inobservancia nunca po-

87. Ibid., p. 145.

88. Fundamento Jurídico 2.

89. Fundamento Jurídico 4.

drá alterar el contenido del derecho fundamental al *ne bis in idem* del sujeto infractor (art. 25.1 C.E.), ajeno por completo a dicho incumplimiento, y en cuya esfera jurídica no debe repercutir el mismo. Además, cumple recordar que no estamos ante un conflicto jurisdiccional trabado entre los órganos de la Administración autonómica y los del orden jurisdiccional penal, susceptible de dirimirse con arreglo a criterios de prevalencia de uno u otro poder público, sino, más sencillamente, ante la improcedencia de una condena penal, pronunciada en relación con una conducta cuya sanción administrativa firme se había ya producido, constándole esa circunstancia a los Tribunales sentenciadores que, al condenar, ocasionaron un doble resultado afflictivo proscrito por el derecho fundamental cuyo amparo nos impetra el recurrente»⁹⁰.

Esta tesis no ha predominado en el Derecho penal constitucional español, el pleno del TC ha impuesto la solución contraria en la STC 2/2003, de 16 de enero⁹¹, estableciendo por un lado que la vulneración del *ne bis in idem* material requiere la efectiva reiteración sancionatoria, no bastando la mera declaración de imposición de la sanción, de modo que si el órgano judicial descuenta la sanción administrativa de la pena impuesta, ya no existe una sanción desproporcionada, no advirtiéndose violación al *ne bis in idem* material. Para el TC español, «la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación —bis— de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE. Frente a lo sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el «doble reproche afflictivo», sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto»⁹².

La sentencia establece además que con dicho descuento no se viola el *ne bis in idem* procesal pues la interdicción constitucional de doble procedimiento sancionador sólo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, por lo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional no impide un segundo procedimiento sancionador. Y es que «la interdicción de doble procedimiento sancionador sólo se incumple si los dos procedimientos han sido sustanciados con las debidas garantías, de modo que un primer procedimiento tramitado sin respetar la prioridad legal del orden jurisdiccional penal no

90. Fundamento Jurídico 5.

91. JAÉN VALLEJO, Manuel. *Estudios de Derecho penal*. Panamá, Ediciones Panamá Viejo 2005, pp. 74-75.

92. Fundamento Jurídico 6.

impide un segundo procedimiento sancionador (...). La sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador (...) a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador»⁹³.

Con ello el TC se refiere a la relevancia del órgano sancionador que conoce los hechos en primer lugar, afirmando la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para sancionar en casos de concurrencia aparente de infracciones administrativa y penal, dejando claro que en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la administración y la jurisdicción, las resoluciones dictadas en ésta no pueden ceder ante las dictadas en aquélla. Luego, y como corolario, señala que del *ne bis in idem* no deriva siempre la anulación de la segunda sanción que se impone o del segundo procedimiento sancionador. Para el TC español si «los hechos reunían los elementos para ser calificados de delito, la Administración no podía imponer la sanción correspondiente a la infracción administrativa, que devino inaplicable. La subsunción de los hechos en la disposición administrativa se efectuó, entonces, desconociendo el principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y la competencia exclusiva de la jurisdicción penal para ejercer la potestad punitiva (art. 25.1 CE en relación con el art. 117.3 CE)»⁹⁴. A ello suma el TC una segunda razón «la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que repercuten en el contenido del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo»⁹⁵. Y «Estas diferencias, que no empañan la legitimidad constitucional del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sin embargo, determinan que, en caso de dualidad de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, por la Administración y la jurisdicción penal, las resoluciones dictadas en ésta no puedan ceder ante las dictadas en aquélla», de forma tal que «ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador pueda considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracciones administrativa y penal, pues dicha acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba»⁹⁶.

93. Fundamento Jurídico 8.

94. Fundamento Jurídico 9.

95. Fundamento Jurídico 10.

96. Fundamento Jurídico 10.

Esta postura del TC español no puede merecer una valoración positiva. Resta eficacia a las actuaciones sancionatorias de la administración cuando se arroga las competencias del Ministerio Público y de la jurisdicción penal, pero convalida la segunda persecución y sanción impuesta por la jurisdicción incluso cuando la administrativa ya se impuso y se ejecutó. De esta manera, la efectiva vigencia del derecho ciudadano a que se respete el *ne bis in idem* depende de la corrección del procedimiento administrativo y de la sanción que se imponga en ese ámbito, con lo que la extensión de un derecho fundamental que el Estado debe respetar y proteger, haya sus límites en la conducta previa del propio Estado. Esto se opone tanto a la dimensión individual o subjetiva que el TC peruano dispensa a los derechos fundamentales, reconocimiento de esferas de autonomía que demandan la abstención estatal⁹⁷, como a su dimensión objetiva, en tanto valores materiales de todo el sistema jurídico nacional⁹⁸. Y es que si los poderes públicos deben garantizar la vigencia del *ne bis in idem* y uno de ellos (la Administración) impone una sanción fuera del marco legal, por error, exceso o actuación fraudulenta en el procedimiento administrativo (imposición de la sanción administrativa para evitar la penal), no se justifica que el Estado mantenga indemne sus potestades persecutorias y correctivas en la jurisdicción penal. No se imputa al Estado, sino al ciudadano, las consecuencias negativas de su indebida actuación sancionatoria. Esta solución a favor de la persecución estatal es además desproporcionada, no estamos ante la necesidad de ponderar la extensión de dos derechos fundamentales, sino de garantizar el equilibrio entre un derecho fundamental y la potestad sancionadora del Estado ante un hecho negativo del propio Estado: la sanción administrativa indebidamente impuesta.

IV. PARTICULARIDADES DEL *NE BIS IN IDEM* EN EL PROCESO PENAL

13. No existe acuerdo en relación a si el principio de *ne bis in idem* impide una nueva persecución penal en los siguientes dos casos: i) cuando el Ministerio Público decide no formular denuncia penal y esta decisión queda firme, y ii) cuando el Juez Penal dicta auto de no ha lugar a abrir instrucción o proceso penal y este queda firme.

El primer caso (i) es el menos problemático. A juicio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la decisión del Ministerio Público de no promover acción penal puede considerarse como un caso especial de cosa juzgada. El Informe N° 1/95 relativo al Caso 11.006 de 7 de febrero de 1995, asunto Alan García Pérez, señaló que «La acusación constitucional que hizo lugar a la formación de una causa en contra de Alan García se basaba en cuatro hechos presuntamente tipificados en el delito de enriquecimiento ilícito. Sometida dicha acusación al Fiscal de la Nación, éste inició acción penal en contra del ex-Presidente, fundándola en uno solo de los hechos y

97. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima, Palestra 2005, p. 334.

98. *Ibid.*, p. 335.

desistiendo los otros por entender que los mismos eran sospechas que no tipificaban el delito ni acreditaban responsabilidad». En ese sentido, la Comisión consideró que «la decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional –como toda actividad del Ministerio Público en el proceso– que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión». De ese modo, «En el caso bajo análisis, como bien se señaló supra, el Fiscal en su resolución, por un lado, desestimó tres de los hechos incluidos en la acusación constitucional y por el otro, promovió la acción penal por el hecho restante. Durante el trámite del proceso, ni el peticionario ni el Gobierno han señalado si el pronunciamiento del Fiscal, en cuanto se refiere al desistimiento, fue recurrido ante instancia superior; por este motivo, la Comisión debe presumir que no habiendo sido apelada, la resolución del Fiscal fue consentida y en consecuencia adquirió carácter de firme». En esa línea de ideas, la Comisión concluyó que «la decisión del Fiscal que desistió tres de los hechos denunciados inicialmente por no ser constitutivos de delito, al quedar firme puso fin a la pretensión punitiva del Estado en relación a los hechos que fueron materia de la resolución. La iniciación de una nueva persecución penal fundada en el mismo objeto de la denuncia anterior transgredió el principio que prohíbe la múltiple persecución penal y en consecuencia, el artículo 8, inciso 4, de la Convención» Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica⁹⁹.

Esta interpretación amplia de la cosa juzgada ha tenido alguna acogida en la jurisprudencia peruana. La sentencia de habeas corpus de 11 de octubre de 2004 del 33º Juzgado Penal de Lima, expediente 706-04-HC, confirmada por la Primera Sala Penal Para Procesos con Reos en Cárcel mediante sentencia de 13 de diciembre de 2004, expediente de Habeas Corpus N° 315-2004, declaró fundada la demanda de habeas corpus por considerar, entre otros motivos que la decisión de una Fiscalía Provincial de no formular denuncia en el pasado, confirmada por la Fiscalía Superior, había adquirido la calidad de cosa juzgada, quedando el propio Ministerio Público impedido de instar una nueva persecución penal por los mismos hechos, aunque se atribuya delitos distintos y se recurra a nuevas pruebas. Sin embargo, en otros casos, como el de Alberto Kouri Bumachar -video Kouri/Montesinos- o el de discoteca Utopía -múltiples denuncias contra los directores de la empresa que operaba la discoteca-, el Ministerio Público consideró como regla general que la decisión de no ejercer la acción penal no constituye cosa juzgada sino simple cosa decidida, por ser la Fiscalía una entidad administrativa y no jurisdiccional, como erradamente sostuvo el Informe N° 1/95 de la Comisión Interamericana.

99. Ítem V.3 del Informe N° 1/95.

En la doctrina procesal impera que las resoluciones del Ministerio Público de no promover la acción penal no constituyen cosa juzgada¹⁰⁰. Se trata de una cosa decidida, la cosa juzgada demanda una decisión judicial dentro de un proceso regular, que en todo caso impide que la misma persona sea perseguida nuevamente por los mismos hechos¹⁰¹. Pero como precisa San Martín Castro, «Las excepciones a esa prohibición, que impide nuevas denuncias por los mismos hechos, son de dos órdenes: a) que se aporten nuevos elementos probatorios; y b) que se demuestra que la denuncia anterior no fue debidamente investigada. Por consiguiente, el Fiscal frente a una denuncia tiene que establecer, primero, si ha sido o no desestimada por el otro órgano del Ministerio Público; segundo, si la denuncia fue desestimada, la evaluación se circunscribirá a la exigencia de que se encuentre acompañada de nuevos elementos probatorios o de datos que permitirán contar con ellos al más breve plazo; y, tercero, de igual modo, en los supuestos de denuncia repetida, que la investigación realizada anteriormente –por su Fiscalía u otra- sea deficiente, lo que debe advertirse de las razones expuestas por el denunciante y del análisis de los actuados anteriores. Por ende, la cosa decidida es muy relativa, no es absoluta, pues puede obviarse si nuevos elementos permiten optar por la promoción de la acción penal»¹⁰².

Esta perspectiva ha quedado zanjada en el art. 335 del nuevo Código Procesal Penal de 2004, Decreto Legislativo N° 957 de 29 de julio de 2004, que bajo el rótulo «Prohibición de nueva denuncia», establece que «La Disposición de archivo prevista en el primer y último numeral del artículo anterior, impide que otro Fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos» (num. 1). Sin embargo, «Se exceptúa esta regla, si se aportan nuevos elementos de convicción, en cuyo caso deberá reexaminar los actuados el Fiscal que previno. En el supuesto que se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada, el Fiscal Superior que previno designará a otro Fiscal Provincial» (num. 2).

14. Se discute si el auto que desestima una denuncia fiscal y declara no ha lugar a abrir instrucción impide una nueva persecución penal (caso ii). El TC ha negado, con carácter general, que dicho auto tenga calidad de cosa juzgada, la STC de 14 de febrero de 2003, exp. N° 1077-2002-HC/TC señala que conforme al art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, «la prohibición de ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos, requiere la existencia de una previa sentencia firme, en la que se haya absuelto al inculpado», de modo que «la resolución judicial que declaró «no ha lugar a la apertura de instrucción» no tiene la calidad de una sentencia, esto es, un acto jurisdiccional en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un ilícito penal al recurrente, sino la de un simple auto

100. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto 2000, p. 335.

101. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 457.

102. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., p. 495.

dictado sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo»¹⁰³, no equivale a un «pronunciamiento sobre el fondo del asunto»¹⁰⁴.

En la misma perspectiva, la STC de 11 de mayo de 2005, exp. N° 2297-2005-PA/TC, establece como «necesario que exista un proceso concluido, es decir que tenga carácter de cosa juzgada, lo que existirá solo cuando, como se menciona en nuestra Constitución, haya resolución ejecutoriada, amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo y/o prescripción», y que si «existe un auto de denegación para procesar los delitos (...), no se puede afirmar que en este exista «(...) un peligro a la exposición del riesgo de un nuevo sometimiento de quien ya ha sido recurrido por el mismo hecho (...)» (en: «*Garantías Constitucionales en el Proceso Penal* D. Carrio, Alejandro. 3era edición y ampliada en 1ra reimpresión. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, año 1997. Págs 380-340), pues lo que protege el principio *ne bis in idem*, no incluye las resoluciones que declaran que hay falta de pruebas para condenar a un acusado, sino que protege que una persona que ya ha tenido una sanción, o ha sido absuelto de un delito, no vuelva a ser perseguido por el mismo supuesto. (...) simplemente hay una decisión por la que no se puede presumir la inexistencia de culpabilidad, sino solamente la inexistencia de argumentos suficientes para abrir la investigación en dicho estado del proceso»¹⁰⁵.

Para un sector de la doctrina nacional estos argumentos son concluyentes¹⁰⁶, se considera que el auto de no ha lugar a abrir instrucción no es cosa juzgada por no equipararse a una sentencia firme: se dicta sin mediar proceso penal¹⁰⁷, investigación judicial ni contradictorio alguno. Pero tales argumentos no pueden considerarse definitivos, son susceptibles de matizaciones que conducen a aceptar que en determinados casos merecen el tratamiento de la cosa juzgada, concretamente cuando el auto de no ha lugar se funda en la falta de relevancia penal del hecho imputado.

La cosa juzgada no se limita, como erróneamente expone el TC, a la sentencia firme, el propio art. 139.13 de la Constitución extiende la cosa juzgada a los casos de sobreseimiento definitivo, prescripción, amnistía e indulto, y se tiene además que muchas decisiones judiciales distintas a la sentencia ponen fin al proceso penal de manera perpetua, por ejemplo el auto que declara fundada una excepción de naturaleza de acción. Superada esta cuestión formal, debe tenerse en cuenta que el auto que rechaza la denuncia fiscal puede fundarse en distintas razones como puede deducirse del art. 77 del CPP, por ejemplo: a) insuficiencia de pruebas del hecho imputado, b) el hecho imputado no constituye delito, por falta de tipicidad o por concurrir una causa

103. Fundamento 6.

104. Fundamento 7.

105. Fundamento 4.

106. Vid. especialmente, CASTILLO ALVA, José Luis. «¿Constituye cosa juzgada el auto de no ha lugar a la apertura de instrucción?», *Diálogo con la jurisprudencia* 62/2003, p. 135.

107. Del mismo modo, ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho procesal penal*. 2ª ed. Lima. Ed. Alternativas 1999, p. 315.

de justificación o de inculpabilidad, c) no individualización o insuficiente individualización de los autores y partícipes, d) porque la acción penal ha prescrito, e) porque concurre alguna otra causa de extinción de la acción penal, como la ausencia de una condición objetiva de punibilidad.

El distinto fundamento de cada uno de estos casos aconseja un tratamiento diferente frente a la cosa juzgada. Como destaca San Martín Castro, «Más allá de acotar que un auto denegatorio de instrucción se expide, en muchos supuestos –y siempre según la jurisprudencia mayoritaria-, en función al análisis de la mera tipicidad o prescriptibilidad de la acción penal, por lo que las pruebas del hecho no son relevantes para su expedición, entonces, es posible considerar que dicha resolución tiene fuerza de cosa juzgada (...) Si el fundamento es semejante al que puede basar una sentencia absolutoria o una resolución de otro tipo, pero que, por unos u otros motivos, equivaldría a una absolución y si esa resolución pasa –o puede pasar– por sucesivos tribunales con competencia para dictar sentencia, se darán los requisitos para atribuir a tal resolución fuerza de cosa juzgada. Tal es el caso (...) del auto que decreta el archivo de un proceso, aún en la fase previa, por entender que los hechos carecen de tipicidad, así como del que rechaza una denuncia»¹⁰⁸.

En todos estos casos, cuando se constata judicialmente la irrelevancia penal de los hechos que se imputan, el auto de no ha lugar a abrir instrucción tiene la condición de cosa juzgada, estando absolutamente prohibido reiterar la persecución penal por lo mismo, aún cuando surgieran nuevas pruebas de ese hecho penalmente intrascendente. La seguridad jurídica, como garantía del Estado de Derecho, impide que la jurisdicción pueda revisar una y otra vez si la ley penal proscribiera o no el hecho. En ese contexto son irrelevantes los argumentos del TC de ausencia de una investigación judicial, etapa probatoria o contradictorio, pues la satisfacción de estas condiciones no hará variar el juicio de valor sobre el sentido de la imputación en el Derecho penal. Como reseña Sánchez Velarde, «dicha resolución sí genera la calidad de cosa juzgada pues la autoridad jurisdiccional emite un juicio valorativo sobre el fondo del asunto que se evidencia en la decisión de no instruir por un hecho que no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de confirmación por la instancia superior, lo que equivale al sometimiento a un nuevo juicio valorativo»¹⁰⁹.

Debe aceptarse como corolario que si el rechazo de la denuncia fiscal no obedece a un pronunciamiento de fondo, sino por ejemplo a la insuficiencia de pruebas, la falta de un requisito de procedibilidad o la no individualización de los denunciados, entonces no existe cosa juzgada, la persecución podrá renovarse tras superarse la insuficiencia probatoria o satisfacerse el presupuesto procesal respectivo.

108. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal*, cit., p. 503.

109. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho procesal penal*, cit., p. 356.

El control constitucional de la temporalidad de la prisión preventiva

Roberto Carlos PEREIRA CHUMBE*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSTITUCIÓN Y SISTEMA PENAL. III. EL JUEZ PENAL COMO JUEZ DE LA CONSTITUCIÓN. IV. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL. LOS DISTINTOS GRADOS O NIVELES DE AFECTACIÓN LEGÍTIMA. V. CONSTITUCIÓN, PROCESO PENAL Y PRISIÓN PREVENTIVA. VI. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. SU NATURALEZA PROCESAL Y DESARROLLO LEGAL. VII. PRISIÓN PREVENTIVA, LIBERTAD PERSONAL, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IGUALDAD DE ARMAS. VIII. EL LÍMITE TEMPORAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. LOS PLAZOS DE DURACIÓN DE LA MEDIDA. 1. *El sistema de plazos máximos o absolutos de la prisión preventiva.* 2. *Los plazos máximos ordinarios y su duplicación automática.* 3. *El Plazo extraordinario o prolongado de la prisión preventiva. La limitación de uso a supuestos de defensa obstruccionista.* IX. *Reflexiones finales*



I. INTRODUCCIÓN

En las líneas que siguen abordaremos la problemática que plantea entre nosotros la prisión preventiva, en tanto institución del proceso penal que incide de manera significativa en el ámbito de la libertad personal. Nos centraremos fundamentalmente en el análisis de los límites temporales de esta medida coercitiva, a partir de los criterios jurisprudenciales elaborados al respecto por el Tribunal Constitucional. En esa medida, la perspectiva que nos guiará será fundamentalmente constitucional, por lo que iniciaremos este trabajo exponiendo algunas reflexiones en torno a las relaciones entre la Constitución y el sistema penal. Luego desarrollaremos el modelo de juez que supone asumir un modelo de Estado constitucional.

Seguidamente plantearemos algunas ideas en torno a la configuración constitucional de la libertad personal y los distintos grados de limitación legítimos de este derecho fundamental. De este modo, entraremos a analizar el respaldo constitucional, la

* Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

naturaleza procesal y el desarrollo legal de la prisión preventiva, abordando luego algunas reflexiones sobre las relaciones entre la Constitución, el proceso penal y la prisión preventiva. Señalaremos también las relaciones conflictivas que genera la imposición de la prisión preventiva con los derechos a la libertad personal, la presunción de inocencia y *la igualdad de armas*. Entraremos recién entonces al análisis de los plazos de duración de la prisión preventiva, como expresiones de su límite temporal. Finalmente haremos algunas reflexiones finales en torno a esta medida de coerción personal en el proceso penal.

El presente trabajo constituye una versión ampliada y actualizada de la ponencia que nos tocó presentar en el *Primer Seminario del Centro de Estudios Constitucionales del Perú: La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penal, con especial referencia a los delitos de corrupción de funcionarios*, realizado en Lima entre el 30 de mayo y el 1 de junio de 2005. Nuestro agradecimiento a la Dra. Delia Revoredo Marsano, ex magistrada del Tribunal Constitucional, por concedernos el honor de participar en dicho evento.

II. CONSTITUCIÓN Y SISTEMA PENAL

En el Estado constitucional no existe duda acerca de la vinculación entre la Constitución y el sistema penal. En dicho modelo de organización estatal, la Constitución goza de os peculiaridades esenciales. Goza de supremacía política en tanto expresa el acuerdo de una determinada comunidad en torno a las reglas esenciales que han de regir y limitar el ejercicio del poder del Estado, cuya expresión más intensa es el *ius puniendi*. Pero además, tiene supremacía jurídica o supralegalidad, al situarse en el vértice del ordenamiento normativo como una verdadera norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos, incluido el legislador y ciertamente los jueces y tribunales, tal como lo establece el artículo 45º de la Constitución. De este modo, la supremacía jurídica está destinada a asegurar la supremacía política de la Constitución¹.

Ahora bien, es del caso insistir que la naturaleza o el valor normativo² de la Constitución, alcanza a cada una de sus disposiciones – principios y reglas³ – desechándose la tesis del carácter meramente directriz o programático de algunas de alguna de sus normas. A su vez, la vinculación a la Constitución de todos los poderes públicos e incluso de los privados, así como la subordinación a la misma de todo el ordenamiento jurídico, no se limita a aspectos meramente formales o procedimentales, sino que di-

1. Sobre los conceptos de *supremacía* y *supralegalidad* de la Constitución ver, ARAGÓN REYES, Manuel. «Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional». En: *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época). Núm. 50. Marzo-Abril 1986. pp. 17-23.
2. Con relación a la evolución del valor de la Constitución ver, BLANCO VALDÉS, Roberto. *El valor de la Constitución*. Alianza Universidad, Madrid, 1994. Asimismo, VARELA SUANZES, Joaquín. «Constitución y ley en los orígenes del Estado liberal». En: *Quaderni Fiorentini*. Vol. 24 (1995). Milano. Giuffrè editore.
3. Acerca de la discusión acerca de la distinción entre principios y reglas ver PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid. CEC. 1992.

cha vinculación y subordinación tiene una indudable dimensión sustantiva o material, debido al modelo denominado por ALEXI *material – procedimental*⁴ al que responden las constituciones surgidas fundamentalmente después de la segunda guerra.

En efecto, como enseña FERRAJOLI, las constituciones del Estado constitucional no sólo contienen disposiciones relacionadas con el *quién y el cómo* se adoptan las decisiones, aspecto que el autor identifica con una dimensión *formal* de la democracia; sino también disposiciones que hacen referencia *al qué* es lo que no se puede decidir o *qué debe* decidirse necesariamente, aspecto este último vinculado mas bien con una dimensión *sustancial* de la democracia⁵. De este modo, el sistema penal, en tanto manifestación del poder punitivo del Estado expresado en normas, también estará sometido a este doble nivel de vinculación.

Por ende, una norma de contenido penal, cualquiera sea este – sustantivo, procesal o de ejecución – podrá tener una conformidad formal con la Constitución al aprobarse a través del órgano y los procedimientos establecidos; pero este hecho nada nos dirá acerca de su conformidad sustantiva con la Carta, ya que para determinar ello se tendrá que recurrir a una valoración material o de contenido entre dicha norma y los correspondientes vínculos sustantivos que vienen impuestos por la Constitución. De modo tal que no bastará que el sistema penal se configure por las instancias competentes y siguiendo las reglas de trámite para deducir de ello que nos encontramos ante un sistema penal democrático o mejor aún, constitucional.

Establecido ello es del caso reconocer sin embargo, que donde sí se presentan discrepancias es torno a la mayor o menor intensidad de la vinculación o subordinación del sistema penal a la Constitución, así como los ámbitos donde ello se verifica. Así, un sector de la doctrina, fundamentalmente alemana, se inclina por sostener que existen distintos niveles de vinculación dependiendo del ámbito del sistema penal en el que nos centremos, argumentando que es mayor el nivel de vinculación, por ejemplo, en materia procesal que sustantiva⁶. A nuestro juicio, ello se explica en buena parte a la significativa importancia que se brinda en Alemania a los estudios de dogmática penal. Sin embargo, existe otra posición, especialmente en la doctrina italiana y española que más bien considera al sistema penal como el sector del ordenamiento que mayor relación o vinculación tiene con la Constitución⁷, habiendo desarrollado importantes líneas de trabajo y reflexión al respecto.

4. ALEXI, Robert. «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre 2002. pp. 21-22. En el mismo sentido y siguiendo a este autor, BACIGALUPO, Enrique. *Justicia Penal y Derechos Fundamentales*. Madrid. Marcial Pons. 2001. pp. 244-245.

5. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid. Trotta. 1999. pp. 23-24.

6. Ver al respecto el trabajo del profesor TIEDEMANN, Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Lima. Palestra. 2003. pp. 15-65.

7. En ese sentido, CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho Penal: conceptos y principios constitucionales*. Valencia. Tirant lo blanch. 1996. p.79

Somos del criterio según el cual, la mayor o menor relación que tenga la Constitución con el sistema penal, dependerá en buena cuenta del concreto ordenamiento constitucional que se analice y sobre todo del desarrollo y contenido que de la Constitución efectúen los correspondientes tribunales constitucionales en esta materia. En el caso de la Constitución peruana, encontramos suficientes razones para sostener la existencia de una vinculación estrecha entre la Carta fundamental y el sistema jurídico penal⁸. Así, encontramos principios de alcance general pero que tienen una importante incidencia en el ámbito punitivo como es el caso de las exigencias de igualdad y el mandato de no discriminación, proporcionalidad, el debido proceso o la publicidad de las normas. Otros en cambio aluden de manera directa al ordenamiento punitivo como la legalidad penal, la retroactividad benigna o el *indubio pro reo*.

También encontramos límites explícitos como la prohibición de la tortura y la analogía en la interpretación de la ley penal, la imposibilidad de la condena en ausencia o el recurso a la privación de la libertad como sanción por incumplimiento de obligaciones patrimoniales, salvo aquellas de naturaleza alimentaria. A ello debemos agregar la fuerza irradiante que despliegan los derechos fundamentales en todo el ordenamiento y ciertamente en el ámbito punitivo, donde actúan fundamentando el *ius puniendi* cuando se sancionan determinadas agresiones contra derechos fundamentales como la vida, salud, integridad; pero también como límites dada la exigencia del respeto a su contenido esencial. No hay que perder de vista que el ordenamiento penal es esencialmente aflictivo de derechos fundamentales.

En definitiva, se trata de una relación compleja tanto por las materias de vinculación como por la forma en la que ella se verifica, constatación que ha conducido a un importante sector de la doctrina a reconocer la existencia de un *Programa Penal de la Constitución*⁹ y hasta de un *Derecho Penal Constitucional*¹⁰. Conviene aclarar sin embargo que ello no significa que la configuración entera del sistema penal venga completamente definido desde la Constitución, actuando ésta, como críticamente calificara FORSTHOFF, un «huevo originario», «del que todo surge, desde el Código Penal hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros»¹¹, eliminando toda libertad de opción para el legislador penal, quien se limitaría únicamente a desarrollar las disposiciones del *Programa Penal de la Constitución*.

De lo que se trata con tales expresiones es de graficar que si bien la Constitución contiene normas que configuran ámbitos materialmente indisponibles para el legisla-

8. Al respecto, ABAD YUPANQUI, Samuel. «Los Derechos Humanos y la Constitución: La necesaria influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Sistema Penal Peruano». En: Novak y Ruda (Editores). *Declaración Universal de los Derechos Humanos. 50 años*. Pontificia Universidad Católica – Instituto Riva-Agüero. Lima. 1999. pp. 135 y ss.

9. ARROYO ZAPATERO, Luis. «Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución». En: *Revista jurídica de Castilla – La Mancha*, núm 1 (1987). pp. 101 y ss.

10. BERDUGO, Ignacio. et.al. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona. 1996. pp. 34 y ss.

11. Citado por ALEXI. Op. Cit. p. 16.

dor como la prohibición de la tortura o de la condena en ausencia, lo que esencialmente establece es un marco *político criminal*, en el que el legislador y todos los operadores del sistema penal deben adoptar sus decisiones a riesgo de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad¹². De este modo, al igual que en otros ámbitos, pero especialmente en el sistema penal dado que se trata del ejercicio de la violencia por parte del Estado, la Constitución actúa en ámbitos puntuales como una *norma fundamental* en el sentido que impone determinados contenidos e invalida o prohíbe otros. Sin embargo, más allá de ello, actúa como una norma marco¹³, permitiendo que el legislador penal actúe con cierta libertad de configuración.

Ciertamente, al igual que todas las normas constitucionales, aquellas que conforman el *Programa Penal de la Constitución*, se encuentran también garantizadas a través de los mecanismos y órganos de protección de los derechos fundamentales y defensa de la Constitución, que configuran la denominada *jurisdicción constitucional*. De este modo, dichos parámetros se encuentran sujetos al control jurisdiccional de constitucionalidad ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional - TC, que en nuestro ordenamiento es el Supremo intérprete de la Constitución de acuerdo al artículo 1º de la Ley Nº 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en tanto sus decisiones en materia de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales, vinculan a todos los poderes públicos y privados.

Siendo ello así, si bien la valoración del sistema penal puede realizarse desde diversas perspectivas, aquella que se sitúa en los parámetros formales y sustantivos que derivan de la Constitución, constituye sin duda el punto de partida obligado de cualquier acercamiento que pretenda dar cuenta cabal del fundamento, la naturaleza y esencialmente de los límites de este ámbito del ejercicio del poder estatal. De ahí que a nuestro juicio, quizá convenga replantear a estas alturas la ya clásica expresión de FRANZ VON LISZT, según la cual el derecho penal es la *barrera infranqueable* de la política criminal. Así, más bien resulte más exacto afirmar que en el Estado constitucional es la Constitución la *barrera infranqueable de la política criminal*.

III. EL JUEZ PENAL COMO JUEZ DE LA CONSTITUCIÓN

La recuperación del valor normativo y suprallegal de la Constitución, ha producido cambios sustantivos en la manera de comprender y ciertamente de interpretar y aplicar el Derecho en nuestro entorno de cultura jurídica, tributaria del modelo europeo continental. Así por ejemplo, la consideración de la Constitución como una norma suprema que vincula a todos los poderes públicos, incluido el Congreso, ha provocado la pérdida de centralidad de la Ley en el ordenamiento y por ende ha desplazado a un segundo plano al legislador, que ahora debe actuar teniendo en cuenta un conjunto de parámetros formales y sustantivos que le vienen impuestos por la Carta fundamental.

12. Arroyo. Op. Cit. p. 101.

13. Sobre las nociones de orden fundamental y orden marco ver ALEXI. Op. Cit. pp. 17-23.

De este modo, el legislador y la ley en tanto producto de la función legislativa a cargo principalmente del Congreso, se encuentran sujetos al control de compatibilidad formal y sustantiva que en el Estado constitucional se encomienda a los jueces y tribunales. Así, como señala FERRAJOLI la sujeción del juez a la Constitución le impone la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad¹⁴. En efecto, además de la regla de vinculación general establecida en el artículo 45º de la Constitución, en el caso de los jueces y tribunales, el primer párrafo del artículo 138º de la Carta establece que la potestad de administrar justicia se encuentra sometida únicamente a la Constitución y las leyes. Por su parte, el segundo párrafo de dicha norma establece el control difuso de constitucionalidad de las leyes a cargo de los jueces, no sólo como una facultad de los mismos, sino fundamentalmente como una obligación en tanto garantes de la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales.

A su turno, el tercer párrafo del Artículo VI el Título Preliminar de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, consagra en nuestro ordenamiento el *principio de interpretación conforme*, al establecer que los jueces interpretan y aplican las 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 tanto intérprete supremo de la Constitución. Por su parte, el inciso 1) del artículo 202º de la Constitución, encarga al Tribunal Constitucional el control directo, abstracto o concentrado de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, por lo que queda demostrado con ello que la producción legislativa del Estado y por ende el legislador en sentido material, se encuentra sometido al control jurisdiccional y especializado a cargo del TC.

Ahora bien, es del caso advertir que el Estado constitucional es también democrático y social, lo cual genera como consecuencia necesaria que, como apunta PRIETO SANCHÍS, en la Constitución se reconozcan valores, principios y derechos tendencialmente contradictorios propios de una sociedad pluralista, pero todos ellos vinculantes en tanto poseen valor normativo, que por lo mismo requieren ser armonizados en su aplicación por el juez antes que por el legislador¹⁵. Es por esta razón que las normas constitucionales no pueden ser aplicadas al modo de *todo o nada*, a través de un simple ejercicio de subsunción de los hechos en la norma. Como regla general, la interpretación y aplicación de las normas constitucionales, requiere de una compleja operación de ponderación de todos los valores o bienes constitucionales en juego, lo cual ciertamente exige de los operadores jurídicos un modo distinto de razonamiento y argumentación y sobre todo una labor protagónica del juez¹⁶.

14. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 26.

15. PRIETO SANCHÍS, Luis. «Prisión provisional y medios de comunicación». En: *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Marino Barbero Santos (coordinador). Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha. 1997. p. 231.

16. Ibid. p. 232.

Es por ello que el *juez boca de la ley* característico del Estado de derecho decimonónico, que se debía limitar a concretar la voluntad histórica o abstracta del legislador¹⁷, a través de una mera operación de silogismo lógico, resulta incompatible con el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el Estado constitucional. En este último, el juez, antes de aplicar la ley, debe necesariamente verificar su compatibilidad con la Constitución, la misma que si bien contiene, como ya vimos, algunos preceptos que la configuran como norma fundamental en el sentido de indisponible, esencialmente se compone de disposiciones que la configuran como norma marco, a través de enunciados de textura abierta o amplia, en cuyos márgenes el juez se encuentra obligado a adoptar sus decisiones e invalidar todo aquello que no se encuadre en ellos.

De este modo, el juez deja de ser el remedo de un autómatas que actúa como transmisor de la voluntad del legislador, para convertirse en un juez garante de la Constitución, que en cada operación de aplicación del Derecho debe concretar su contenido, creando nuevas reglas. Tener en cuenta ello resulta especialmente importante en el ámbito del sistema penal, dado que el juez, en cada caso, debe controlar en primer lugar la validez formal y sustantiva de la ley penal con el *Programa Penal de la Constitución*, sea que se trate de una norma sustantiva, procesal o de ejecución. No hay que olvidar que, dado su significativo potencial aflictivo de los derechos fundamentales se encuentra permanentemente necesitado de legitimidad constitucional.

Se trata en definitiva, de controlar la constitucionalidad de la expresión más violenta del poder estatal, que incide en mayor medida en los derechos fundamentales de las personas, razón por la cual, si bien como regla general todo juez debe ser ante todo *juez constitucional o de la Constitución*, ello es exigible en mayor medida tratándose de los jueces penales. En esa medida resulta oportuno recordar con FERRAJOLI, que en el Estado constitucional, el principal fundamento de la legitimidad del juez y de la exigencia de su independencia de los demás poderes del Estado, radica esencialmente en su función de garantía de los derechos fundamentales¹⁸.

IV. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD PERSONAL. LOS DISTINTOS GRADOS O NIVELES DE AFECTACIÓN LEGÍTIMA

Como ya se adelantó, la prisión preventiva incide directamente en la libertad personal, por lo que resulta oportuno algunas reflexiones al respecto. El contenido de este derecho está configurado por la capacidad de autodeterminación libre y voluntaria del ejercicio de las facultades ambulatorias o de locomoción de las personas. Como todo derecho fundamental, está sujeto a limitaciones para armonizar su ejercicio con el de

17. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. 3ra. Ed. Madrid. Trotta. 1999. p. 132.

18. FERRAJOLI. Op.Cit. pp. 26-27.

otros derechos fundamentales como la seguridad personal o la integridad física; u otros bienes constitucionales como la realización de la justicia o la seguridad ciudadana.

Así lo reconocen los tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 9.1) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 7.2). La Constitución de 1993 también reconoce la libertad personal estableciendo la posibilidad de limitarla a través de la ley (Art. 2.24.b). A esta garantía formal de previsión legal de la limitación, deben agregarse las garantías sustantivas o materiales que suponen las exigencias de los principios de *razonabilidad y proporcionalidad*, si bien reconocidos en el artículo 200º de la Constitución con relación al *control judicial parcial* de los regímenes de excepción¹⁹, han sido ampliados por el Tribunal Constitucional - TC a todo acto o medida restrictiva de derechos fundamentales²⁰.

En nuestro medio, por una serie de razones que no es del caso exponer ni analizar en este trabajo, el límite de la libertad personal que mayor interés ha despertado en la doctrina y jurisprudencia ha sido la detención. En efecto, salvo destacadas excepciones²¹, no se ha brindado mayor atención al estudio de las medidas aflictivas de la libertad personal distintas y menos intensas o de menor grado que la detención. Quizá ello explique en gran medida la tendencia mayoritaria que existe a calificar cualquier afectación a la libertad personal como una *detención* y a valorar a partir de allí su compatibilidad constitucional.

Sin embargo, la Constitución expresamente admite la posibilidad de establecer afectaciones de distinto nivel o grado a la libertad personal, al reconocer de un lado que por ley se puedan establecer *restricciones* a este derecho fundamental (art. 2.24.b); mientras que de otro, regula expresamente la figura de la *detención* (art. 2.24.f). De este modo, para la Constitución, no es lo mismo una *restricción* a la libertad personal, que la afectación de este derecho a través de la *detención*.

Ello ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el asunto *Israel Ramos Colque* (Exp. N° 2050-2002-AA/TC, párr. 7)²², cuando estableció que las figuras del arresto simple y de rigor no constituyen supuestos de *detención* sino de *restricción* de la libertad personal, encuadrados por ende en el artículo 2.24.b de la Constitución y no en el artículo 2.24.f de la Carta. Para el TC la *detención* tiene como finalidad la privación de la libertad personal, es decir, constituye la medida más grave o intensa de afectación de este derecho fundamental, admitiendo entonces la

19. Sobre *control judicial parcial* ver, ESPINOSA - SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Jurisdicción constitucional, debido proceso e impartición de justicia*. Lima. ARA. 2003. pp. 184-191.

20. Sentencia *Marcelino Tineo Silva*, párr. 195.

21. Esencialmente los trabajos de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. «Libertad personal, seguridad pública y sistema penal en la Constitución de 1993». En: *Anuario de Derecho Penal*. Lima 1994. pp. 12-57'; EGUIGUREN PRAEL, Francisco. *Estudios Constitucionales*. Lima. ARA. 2002. pp. 28-90.

22. Sentencia publicada el 30 de mayo de 2003 en la Separata Especial Garantías Constitucionales del diario «El Peruano».

existencia de medidas menos graves que no impliquen la privación de la libertad y que por ende no constituyan una detención.

Asimismo, de acuerdo a un concepto técnico o estricto, la *detención* está vinculada a la privación de la libertad realizada por la Policía, sea por decisión autónoma o mandato judicial, preordenada a la imputación de un delito en un proceso penal²³. A su turno, siguiendo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Eguiguren Praeli señala que las *restricciones* a la libertad personal se caracterizan por producir una limitación leve o poco intensa, orientada a realizar averiguaciones no vinculadas a un proceso penal, sino al cumplimiento de funciones policiales preventivas²⁴.

Conviene agregar sin embargo, que también es posible que por mandato judicial se ordene una medida restrictiva de la libertad personal, por ejemplo, para la realización de determinadas diligencias judiciales en el marco de un proceso penal, que requieren necesariamente la presencia de los imputados o testigos. Por ende, conviene tener en cuenta los elementos que caracterizan a la prisión preventiva a efectos de ubicarla sea en el ámbito de las restricciones a la libertad personal o la privación de este derecho fundamental.

V. CONSTITUCIÓN, PROCESO PENAL Y PRISIÓN PREVENTIVA

El proceso penal constituye el ámbito normativo en el que quizá resulta más notoria la necesaria vinculación entre la Constitución y el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Ello no sólo por consideraciones formales vinculadas a la naturaleza de norma jerárquicamente superior que tiene la constitución en nuestro ordenamiento de acuerdo al artículo 51º de la Constitución, sino fundamentalmente porque en el proceso penal se ponen en juego de manera permanente, la vigencia de un conjunto de bienes jurídicos que constituyen el parámetro de validez sustantiva o material del ejercicio del poder y ciertamente del poder punitivo.

En efecto, el proceso penal tiene asignado en el Estado constitucional, la difícil tarea de realización del valor justicia mediante la aplicación del derecho penal material, respetando al mismo tiempo el contenido de un conjunto de derechos fundamentales y principios que también cuentan con respaldo constitucional. Como enseña ROXIN, a diferencia de los estados totalitarios donde la relación de conflicto entre Estado- ciudadano se resuelve decididamente a favor del primero, en el Estado de Derecho (constitucional) la respuesta no se deriva de una concepción antitética de dicha relación, sino de entender que el Estado se encuentra obligado tanto a garantizar el orden a través de la persecución penal, como a proteger la libertad de las personas²⁵.

23. GARCÍA MORILLO, Joaquín. *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción de la libertad)*. Valencia. Tirant Lo Blanch – Universidad de Valencia. 1995. pp. 77-78.

24. EGUIGUREN PRAELI. Op. Cit. p. 29.

25. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto. 2000. p. 258.

Ahora bien, la importancia de respetar la esfera de la libertad en el proceso penal, no se agota en una consideración meramente individual o subjetiva. Así, siguiendo a FERRAJOLI, conviene advertir que las garantías del proceso penal, no sólo lo son de la libertad (del imputado), sino además de la verdad (del proceso)²⁶, en tanto configuran un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal, destinado a la reconstrucción judicial de la verdad material, con el máximo nivel de racionalidad y fiabilidad, evitando de este modo la arbitrariedad en el ejercicio del *ius puniendi*²⁷. Así también lo entendió el Tribunal Constitucional – TC, cuando estableció que «...las normas procesales, entre las que se encuentra la que señala el plazo límite de la detención sin sentencia, no sólo implican una garantía para el imputado, sino que constituyen también un parámetro objetivo que informa al órgano jurisdiccional sobre la forma y modo en que debe llevarse a cabo la sustanciación del proceso»²⁸.

Por ello estimamos pertinente recordar la advertencia que hace ANDRÉS IBÁÑEZ, sobre los peligros que entraña considerar al proceso penal como un mecanismo meramente adjetivo o instrumental, neutral a los bienes en juego y a la controversia de la cual se hace cargo²⁹. Sin duda, la forma en la que se encuentra configurado normativamente un proceso, la aplicación que se haga de dichas normas y la utilización de los medios coercitivos de los que se disponen, condicionan tanto la vigencia de los derechos fundamentales involucrados, como el resultado del propio proceso. En esa medida resulta engañosa o en el mejor de los casos meramente expositiva, aquella diferencia entre derecho penal *sustantivo* y *adjetivo* (procesal), ya que, siguiendo al referido autor, en materia de persecución penal todo es «sustantivo» en sentido estricto.

Una de las instituciones procesales que con mayor rotundidad expresa lo señalado es precisamente la *prisión preventiva*. Se trata de una medida que se adopta en el desarrollo de un proceso penal, que incide de manera directa en los derechos fundamentales a la libertad personal y la presunción de inocencia, pero que también tiene efectos en la vigencia de la *igualdad de armas*.

Por esta razón, la configuración normativa así como la imposición concreta de la prisión preventiva se encuentra permanentemente necesitada de legitimidad constitucional, a partir de los parámetros de *razonabilidad* y *proporcionalidad*, que constituyen los criterios de validez de cualquier acto o norma que incida en la vigencia de los derechos fundamentales. Por lo demás, la libertad personal, la presunción de inocencia y la igualdad de armas, forman parte del *Programa Penal de la Constitución*, es decir, como ya señalamos siguiendo a ARROYO ZAPATERO, de aquellos parámetros normativos en cuyo marco el legislador debe adoptar sus decisiones y en el que el juez debe interpretar las leyes, a riesgo de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

26. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. *Teoría del garantismo penal*. Madrid. Trotta. 1995. p. 46.

27. Op. Cit. p. 34.

28. STC, asunto *Vera Navarrete* (Exp. N° 2798-04-HC/TC, f, 31.)

29. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. «Garantismo y proceso penal». En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 3ra época. Núm. 2, 1999. pp. 47-50.

En nuestro medio, los problemas de legitimidad constitucional de la prisión preventiva se encuentran vinculados fundamentalmente con su interpretación y aplicación por los jueces. Ahora bien, ello no constituye novedad alguna, sino que forma parte de la propia crisis de nuestro modelo de enjuiciamiento penal que no sólo data de 1940, sino que además ha sufrido una serie de modificaciones desde entonces, al punto que convertirlo en un instrumento deficiente de cara a sus dos finalidades básicas: la persecución penal eficaz en el marco del respeto a los derechos fundamentales³⁰.

Ello se ha visto agravado por las crecientes demandas y necesidades de persecución penal, hacia un tipo de criminalidad que hace mucho ha desbordado significativamente las previsiones del legislador procesal penal nacional y que tampoco son enfrentadas con respuestas político procesales coherentes. Nos referimos fundamentalmente a la criminalidad organizada en general y en concreto a aquella cometida desde el Estado. Es en este contexto en el que ha surgido el debate en torno a la prisión preventiva en los medios de comunicación y la opinión pública en general, motivado en gran parte por excarcelaciones de procesados por graves delitos contra los derechos humanos y de corrupción gubernamental, como consecuencia el vencimiento de los límites temporales de la prisión preventiva.

Ello ha motivado no sólo que se plantee la necesidad de realizar modificaciones normativas en el ordenamiento procesal penal, sino que el Tribunal Constitucional intervenga en su calidad de Supremo intérprete de la Constitución, a efectos de establecer los parámetros constitucionales de interpretación vinculantes para todos los operadores del sistema, sobre la constitucionalidad y los presupuestos de la imposición de la prisión provisional y sobre todo respecto de sus límites temporales.

VI. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. SU NATURALEZA PROCESAL Y DESARROLLO LEGAL

En nuestro ordenamiento constitucional, la prisión preventiva no cuenta con una regulación expresa, por lo que habría que derivarla como posibilidad constitucional, del artículo 2.24.f que regula los supuestos de detención, así como del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 139.3 de la Constitución, en tanto medida que posibilita la eficacia del proceso penal y el eventual cumplimiento de una sentencia condenatoria. El TC sin embargo ha preferido otra vía para encontrar reconocimiento constitucional a la prisión preventiva, al referirse a un nuevo derecho, a saber, el de *no sufrir prisión provisional más allá de un plazo razonable*.

De acuerdo al criterio del Supremo intérprete, este derecho constituye una manifestación implícita de la libertad personal (Const. art. 2.24), que cuenta con reconoci-

30. Para una síntesis bastante elocuente de la evolución de nuestro modelo procesal penal y de su actual estado ver, SAN MARTÍN CASTRO, César. «La reforma procesal penal peruana: evolución y perspectivas». En: *Anuario de Derecho Penal* 2004 (Monográfico sobre La Reforma del Proceso Penal Peruano). Lima. PUCP – Universidad de Friburgo. pp. 27-68.

miento expreso en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - PIDCP y en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH, normas que deben servir de parámetro interpretativo de los derechos reconocidos en la Constitución, tal como lo establece la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta. De esta forma, el TC destaca que el mencionado derecho forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, por lo que no puede ser desconocido en sede interna³¹. Así, el TC deriva del principio general de libertad, el derecho a no sufrir prisión preventiva más allá de un plazo razonable, dando acogida constitucional entonces a través de esta fórmula a la prisión preventiva.

Siguiendo a SAN MARTÍN CASTRO, desde la perspectiva procesal, podemos calificar a la prisión preventiva como un acto o medida procesal de coerción personal directa ordenada por el órgano jurisdiccional, que afecta la libertad de un imputado antes de que se haya dictado un fallo condenatorio en su contra y que se encuentra justificada en la necesidad de evitar acciones perjudiciales para el desarrollo del proceso por parte de aquél³². En sentido estricto, se trata de una medida provisional y no simplemente cautelar, como señala el referido procesalista, dado que además de estar destinada a asegurar el cumplimiento de la sentencia – por ejemplo en el caso de su imposición por verificarse el peligro de fuga – tiene funciones asegurativas de la actividad probatoria – por ejemplo cuando se impone ante el peligro de perturbación de la actividad probatoria – y en algunos ordenamientos cumple también funciones tuitivas, cuando se habilita su imposición ante el peligro de reiteración delictiva³³.

Siendo ello así, comparte todas las características de las medidas provisionales en general, aunque tiene importantes particularidades que le vienen impuestas tanto por las necesidades y los fines que persigue el proceso penal, cuanto por la relevancia constitucional de los derechos que afecta. Así, en primer lugar, goza de la garantía de *jurisdiccionalidad*, según la cual, sólo el órgano jurisdiccional se encuentra habilitado para imponerla, lo cual es la lógica consecuencia de su posición instrumental respecto del proceso, así como de su naturaleza aflictiva de derechos fundamentales³⁴. En segundo lugar, la prisión preventiva se caracteriza por su *instrumentalidad* respecto del proceso, esto es, no cuenta con un valor o justificación propios, sino en tanto instrumento destinado a la efectividad del proceso y la ejecución de la eventual sentencia que se dicte³⁵. De manera tal que cualquier utilización autónoma de la prisión preventiva o su orientación a fines distintos a los del proceso en el que se dictó, la convertiría en ilegítima.

31. STC, asunto *Berrocal Prudencio* (Exp. N° 2915-2004-HC/TC, f. 1; 5-6); del mismo modo, STC, asunto *Sánchez Calderón* (Exp. N° 3771-2004-HC/TC, f. 8-15).

32. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. T.II. 2da. ed. Lima. Grijley. 2003. p. 1073; 1113.

33. Ibid. 1120.

34. Ibid. 1082.

35. ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid. Marcial Pons. 2003. p. 196.

En tercer lugar, la prisión preventiva se rige por el criterio de la *variabilidad*, ya que su imposición tiene como sustento la verificación de determinados hechos, que pueden variar durante el desarrollo del proceso determinando la ilegitimidad de la medida. Sea porque devino en desproporcionada – al debilitarse el peligro de fuga por ejemplo – en cuyo caso se deberá imponer una medida menos aflictiva, o simplemente porque los supuestos que la motivaron se desvanecieron en su totalidad. Como ya adelantamos, especial consideración merece el principio de *proporcionalidad* en orden a la imposición de la prisión preventiva, dada su incidencia negativa en los derechos fundamentales. De este modo, su configuración normativa, su imposición y mantenimiento, deben satisfacer los sub principios del principio de proporcionalidad, a saber: *adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*³⁶.

En efecto, sólo se podrá recurrir válidamente a la prisión preventiva cuando la misma resulte *adecuada o idónea* para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, que en este caso se encuentra vinculado con las necesidades del desarrollo del proceso y la ejecución de la sentencia. Asimismo, debe ser *necesaria* en el sentido que no exista en el proceso, otro mecanismo menos gravoso o aflictivo de la libertad personal, la presunción de inocencia y la igualdad de armas. En efecto, como señala el TC, «...su dictado presupone que el juez penal haya evaluado y – a la luz de las particulares circunstancias de cada caso – descartado, la posibilidad de dictar una medida menos restrictiva de la libertad personal»³⁷. Y por último, la medida no debe afectar de manera considerable o más allá de la estrictamente indispensable el o los derechos fundamentales involucrados, exigencia de especial relevancia tratándose de los límites temporales de la prisión preventiva.

Todo ello determina la naturaleza excepcional de la prisión preventiva, de ahí que siguiendo a HORMAZÁBAL, quizá sea más propio de la prisión provisional su característica de «*extrema ratio*»³⁸ antes que de «*última ratio*», como la califica el TC³⁹. Por lo demás, el TC ha ratificado el carácter excepcional de la prisión preventiva destacando que «*Al igual que por imperio del derecho a la presunción de inocencia, el encarcelamiento preventivo no se ordenará sino cuando sea estrictamente necesario para asegurar que el proceso se pueda desarrollar sin obstáculos hasta su finalización, cuando la sentencia con que culmine no deje de merituar ninguna prueba (ni sufra la adulteración de alguna) por obra del procesado, y cuando se cumpla efectivamente la pena que ella imponga (sic)*»⁴⁰.

36. Sobre el principio de proporcionalidad y sus sub principios en el ámbito del proceso penal ver, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid. Colex. 1990.

37. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 10.

38. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Sistema penal democrático y prisión preventiva*. En: BARBERO SANTOS (coordinador). Op. Cit. p. 173.

39. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 8.

40. STC, asunto *Sánchez Calderón*, fj. 6.

En nuestro ordenamiento, la prisión preventiva se encuentra regulada en el artículo 135° del Código Procesal Penal⁴², aprobado a través del Decreto Legislativo N° 638, modificado por la Ley N° 27226, de 17 de diciembre de 1999 y por el artículo 2° de la Ley N° 27753 de 9 de junio de 2002. De acuerdo al referido artículo, los presupuestos de la prisión preventiva son (i) la existencia de suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor y partícipe (no basta para ello la mera condición de miembro del directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado en los supuestos del «actuar por otro»; (ii) que la prognosis de sanción a imponerse sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad; (iii) la existencia de suficientes elementos que permitan concluir que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria.

Algunas consideraciones se deducen de la configuración normativa de la prisión preventiva que acabamos de reseñar. En primer lugar, todos estos presupuestos constituyen expresión de las exigencias de *razonabilidad y proporcionalidad*. En segundo lugar y como consecuencia de lo primero, estos supuestos deben verificarse de manera concurrente, toda vez que si faltara alguno de ellos, la medida devendría en ilegítima. En tercer lugar, la verificación de estos presupuestos debe valorarse rigurosamente en cada caso. En cuarto lugar, se confirma que la prisión provisional no se agota en una finalidad meramente cautelar como insiste el TC⁴³, sino que tiene asignadas además, funciones asegurativas al encontrarse habilitada para la preservación de la actividad probatoria.

VII. PRISIÓN PREVENTIVA, LIBERTAD PERSONAL, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IGUALDAD DE ARMAS

La prisión preventiva constituye una de las figuras más polémicas en el modelo de Estado constitucional. De ahí que Carrara se refiriera a la «inmoralidad de la prisión preventiva»⁴⁴, calificándola como una *injusticia necesaria*⁴⁵. A su turno, autores como FERRAJOLI y seguidores como ANDRÉS IBÁÑEZ, señalan que la prisión preventiva adolece de un problema congénito en el Estado constitucional, desde las exigencias que se

41. Los artículos vigentes de esta norma, entre los que se encuentra ciertamente el artículo 135° mencionado, estarán en vigencia hasta que se cumpla el plazo de *vacatio legis* al que se encuentra sometido el Código Procesal Penal aprobado a través del Decreto Legislativo N° 957 de 29 de julio de 2004. A través de la Ley N° 28671, publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de enero de 2006, se prorrogó la *vacatio legis* de la mayor parte del Código Procesal Penal hasta el 1 de julio de 2006, fecha en la que entrará en vigencia en su totalidad en el distrito judicial designado por la Comisión Especial de Implementación, creada a través del Decreto Legislativo N° 958.

42. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 8.

43. Citado por MUÑOZ CONDE, Francisco. «Cuestiones teóricas y problemas prácticos de la prisión provisional». En: BARBERO SANTOS, Marino (coordinador). Op.Cit. p. 219.

44. Citado por ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. «El juez y la prisión provisional». En: Ibid. p. 18.

derivan de la presunción de inocencia, por lo que niegan que esta institución pueda tener algún nivel de racionalidad constitucional⁴⁵.

ROXIN por su parte destaca que si bien la prisión preventiva es la injerencia más grave en la esfera de la libertad individual de cara a asegurar el proceso, es indispensable en algunos casos para lograr una persecución penal eficiente. De este modo, si bien admite la figura, deja en claro su carácter excepcional, derivado de su naturaleza aflictiva de la libertad personal⁴⁶.

En estricto, nos encontramos frente a una medida de privación de la libertad de una persona procesada, es decir, de alguien que soporta la imputación de haber cometido un delito, pero que goza de su derecho a la presunción de inocencia. En esa medida, es de rigor reconocer que desde el momento mismo de su imposición, incide en la libertad personal (Const. art. 2.24.f) de quien la sufre, así como en su derecho a la presunción de inocencia (Const. art. 2.24.e) en su dimensión de regla de tratamiento del imputado⁴⁷. En general, es posible agrupar sus distintas finalidades legítimas, tanto en la necesidad de garantizar el desarrollo del proceso como en la ejecución de la pena⁴⁸, de ahí que también se conecte su justificación con la tutela judicial efectiva (Const. art. 139.3).

En esa misma línea, al hacer referencia a la necesaria limitación temporal de la prisión preventiva, el TC destaca que ello constituye la expresión del adecuado equilibrio entre el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables; y el derecho a la libertad personal y a que se presuma la inocencia de toda persona, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad. Asimismo, el Supremo intérprete de la Constitución, llama la atención sobre el peligro de desvirtuar la presunción de inocencia en el proceso penal, por la inobservancia de los límites temporales de la prisión preventiva, la que por este hecho se convertiría en una sanción previa a una condena penal⁴⁹.

Sin duda, esta vulneración de la presunción de inocencia por la conversión de la prisión preventiva en una suerte de adelanto de pena o *pago a cuenta* de una eventual y por ende incierta sentencia condenatoria, debe ser tenida en cuenta con especial cuidado. Sobre todo en realidades como la nuestra, donde la ejecución de la prisión preventiva se realiza en las mismas condiciones que la pena privativa de la libertad, asimilándose en los hechos.

A su turno y como ya adelantamos, a nuestro juicio, la prisión preventiva también incide en la vigencia del *principio de igualdad de armas*, que en estricto es la manifes-

45. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. «El juez y la prisión provisional». En: Ibid. pp. 20-21.

46. ROXIN, Claus. Op.cit. p. 257.

47. Sobre las dimensiones de la presunción de inocencia en el proceso penal ver, SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. T.I. 2da. Ed. Lima. Grijley. pp. 114-115.

48. ROXIN, Claus. Loc. Cit.

49. STC, asunto *Berrocal Prudencio* (Exp. N° 2915-2004-HC/TC, fj. 11-12.)

tación del mandato constitucional de igualdad (Const. art. 2.2) en el ámbito del proceso penal. De acuerdo al mismo, tanto la acusación como el acusado deben estar en pie de igualdad en el proceso, contando con las mismas posibilidades de ataque y defensa⁵⁰. Sin duda, el que se dicte prisión preventiva contra un procesado, debilita en cierto modo sus posibilidades de ataque y defensa de la acusación, lo cual repercute en la determinación procesal de los hechos así como en el juicio de responsabilidad.

No es lo mismo soportar la imputación de un delito en libertad que sufriendo una privación de la misma. Por ello, el TC nos recuerda lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe N° 2/97. Casos N°s 11205 y otros, párr. 7) en el sentido que la situación de alguien que padece prisión preventiva es muy imprecisa por lo que *«Los detenidos en tales circunstancias sufren usualmente grandes tensiones personales como resultado de la pérdida de ingresos, y de la separación forzada de su familia y comunidad. Debe enfatizarse igualmente el impacto psicológico y emocional al que son sometidos mientras dura esta circunstancia»*⁵¹.

Por todas estas razones, la prisión preventiva, tanto en su configuración normativa como en su interpretación y aplicación por los órganos jurisdiccionales, debe satisfacer las exigencias de los principios de *razonabilidad* y *proporcionalidad*, por lo que debe estar necesariamente conectada con estrictos fines de urgente necesidad procesal y limitada en sus efectos sobre los derechos a la libertad, presunción de inocencia e igualdad de armas.

VIII. EL LÍMITE TEMPORAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. LOS PLAZOS DE DURACIÓN DE LA MEDIDA

1. El sistema de plazos máximos o absolutos de la prisión preventiva

Como recuerda el TC⁵², el legislador nacional ha optado por establecer un sistema de plazos máximos, *fatales* o absolutos de la prisión preventiva en el artículo 137° del Código Procesal Penal (Decreto legislativo N° 638). En efecto, al vencimiento de los mismos, la persona que padece la prisión preventiva debe obtener su libertad o excarcelación, independientemente de la subsistencia de los presupuestos materiales que la justificaron en su momento (artículo 135° CPP), así como de la naturaleza del delito que se imputa al acusado o de la complejidad del caso⁵³.

En este sistema, el mero transcurso o paso del tiempo cancela o hace caducar la posibilidad del Estado de seguir recurriendo a la prisión preventiva, *«...se trata de*

50. CORDÓN MORENO, Faustino. *Las garantías constitucionales del proceso penal*. Navarra. Aranzadi. 1999, p. 131-135.

51. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 19.

52. STC, asunto *Sánchez Calderón* (Exp. N° 3771-2004-HC/TC, fjs. 12-17); STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 34.

53. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 32.

plazos máximos que no pueden ser sobrepasados bajo ninguna circunstancia (límite absoluto al plazo de duración de la prisión preventiva)»⁵⁴. De este modo, a través de la fijación de plazos máximos absolutos, el legislador lo que hace es incorporar en el sistema, un criterio de temporalidad o de duración de la prisión preventiva, más allá del cual la misma se torna ilegal e irrazonable en todos los casos.

Abona en este sentido el hecho que el TC haya establecido que – aunque con una deficiente redacción – los plazos máximos regulados en el artículo 137º del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 638) integran el contenido esencial del derecho a la libertad personal, ya que la subsistencia de la prisión preventiva más allá de dichos límites lesiona en mencionado derecho⁵⁵. De este modo, el vencimiento de los plazos máximos de la prisión preventiva constituye un segundo supuesto de excarcelación, en este caso, por exceso en el plazo de detención.

Por todo ello, llama la atención que el propio TC, a la vez de sostener ello con toda rotundidad, señale que «...no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva meritar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito»⁵⁶. Somos del criterio que la propia naturaleza del sistema de plazos máximos antes indicada contradice esta afirmación del TC.

Como ya señalamos, los plazos máximos de la prisión preventiva se encuentran regulados en el artículo 137º del Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 638, modificado por la Ley N° 27553 de 13 de noviembre de 2001. Si bien esta norma encuentra respaldo en el artículo 7.5 de la CADH y el artículo 9.3 del PIDCP, nos parece discutible que el TC haya radicado su encuadre constitucional en el artículo 2.24.b de la Carta⁵⁷, que hace referencia a los supuestos de restricción de la libertad personal y no a los de detención a los que más bien se refiere el artículo 2.24.f de la Constitución.

Tal como el propio TC se ha encargado de señalar con toda claridad, existe diferencias entre los supuestos de restricción de la libertad personal (Const. art. 2.24.b) y la figura de la detención (Const. art. 2.24.f), siendo esta última el supuesto más grave de intervención en la libertad personal⁵⁸. La prisión preventiva constituye, en estricto, un supuesto de detención, en la medida que se trata de un supuesto grave de afectación de la libertad personal, dada la privación de la misma que supone el encarcelamiento por un tiempo prolongado.

54. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 41.a

55. STC, asunto *Sánchez Calderón*, fj. 17.

56. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj 14; STC, asunto *Vera Navarrete*, fj. 28.

57. STC, asunto *Sánchez Calderón*, fj. 13.

58. STC, asunto *Ramos Colque* (Exp. N° 2050-2002-AA/TC, fj. 7). Publicada el 30 de mayo de 2003 en la separata especial Garantías Constitucionales del diario oficial «El Peruano».

En esa medida, consideramos que su encuadre constitucional es el artículo 2.24.f de la Carta y no el artículo 2.24.b. Si bien la primera de las normas hace referencia a los plazos máximos de detención policial, incluso cuando ello ocurre como consecuencia de un mandato judicial, nada impide que amparándose en dicha norma e invocando la exigencia de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales, el legislador pueda establecer plazos máximos para la prisión preventiva. En otros términos, la regulación constitucional expresa de los plazos máximos de detención policial – que no es lo mismo que la prisión preventiva – no cancela la posibilidad de que el legislador pueda establecer un sistema de plazos máximos de la prisión preventiva.

2. Los plazos máximos ordinarios y su *duplicación automática*

El primer párrafo del artículo 137° del CPP (decreto Legislativo N° 638), establece tres tipos de plazos máximos de la prisión preventiva. Los dos primeros en función de la gravedad del delito (gravedad menor y mediana) y el tipo de proceso que corresponde a su juzgamiento. Así, la norma establece que en el caso de los delitos que se juzgan a través del proceso ordinario (que en estricto es el vigente proceso sumario) el plazo máximo de la prisión preventiva es de 9 meses; mientras que tratándose de delitos que juzgan a través del proceso especial (que es el proceso ordinario vigente) el plazo es de 18 meses. El tercero de los plazos atiende a la gravedad y complejidad de los delitos. Así, de acuerdo a la norma, tratándose del juzgamiento de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja (más de diez imputados o agraviados o contra el Estado) el plazo de detención se duplicará.

De este modo, en estricto, esta norma admite que los plazos máximos antes señalados se puedan extender hasta 18 y 36 meses, respectivamente. Sin embargo, conviene tener en cuenta con el TC, que «*Se trata de una presunción legal de complejidad, prima facie que, desde luego, podría quedar desvirtuada a la luz del caso concreto*»⁵⁹. Es de destacar que a partir de su fallo en el asunto *Ben Okoli y otro* (Exp. 330-2002-HC/TC)⁶⁰, el Tribunal Constitucional ha venido señalando de manera reiterada⁶¹ que la duplicación de los plazos a los que se refiere el primer párrafo del artículo 137° del CPP, opera de manera automática; es decir, sin que se requiera que sea solicitada, ni que se formalice a través de una resolución judicial motivada.

Por lo demás, no es ocioso insistir en que se trata de plazos máximos, de lo cual se derivan fundamentalmente dos consecuencias para el órgano jurisdiccional. Primero, que no solamente puede, sino que debe imponer prisión preventiva por debajo de dichos plazos, cuando ello se corresponda con las necesidades cautelares y asegurativas.

59. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 35.b

60. STC publicada en el diario oficial «El Peruano» el 22 de septiembre de 2002.

61. A manera ilustrativa, casos *Guisepppe Papia* (Exp. N° 2133-2002-HC/TC); *Rosa Hurtado Rojas* (Exp. 2114-2002-HC/TC); *Vicente Silva Checa* (Exp. 0419-2003-HC/TC); *Eyzaguirre Maguiña* (Exp. N° 1300-2002-HC/TC) y *Felicita Gonzalo Cueva y otros* (Exp. N° 2742-2002-HC/TC).

Es decir, no necesariamente en todos los casos la prisión preventiva debe durar hasta el límite de tales plazos. En segundo lugar, tiene el deber de revisar de manera permanente, la subsistencia de los presupuestos que motivaron la medida.

La propia norma señala que al vencimiento de dichos plazos (ordinario y duplicado), sin que se haya dictado sentencia en primera instancia, el órgano jurisdiccional deberá decretar la inmediata libertad del inculcado, debiendo adoptar las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales. Dicha libertad podrá ser revocada si el inculcado no cumple con asistir sin motivo legítimo a la primera citación que se le formule, cada vez que el órgano jurisdiccional considere necesaria su concurrencia. En el caso que antes del vencimiento de dichos plazos, se haya dictado sentencia de primer grado, la prisión preventiva se prolongará hasta por un tiempo igual a la mitad de la pena impuesta, ciertamente cuando ésta hubiese sido recurrida.

Aunque con una redacción defectuosa y confusa que requiere de una interpretación correctora que es la que aquí se plantea siguiendo a SAN MARTÍN CASTRO⁶², la norma establece que en los casos en los que se hubiese declarado la nulidad de procesos complejos o en supuestos en los que se hayan declarado la nulidad de procesos indebidamente seguidos ante la justicia castrense, no se tendrán en cuenta para el cómputo de los plazos de detención del primer párrafo del artículo 137º, el tiempo de prisión transcurrido en virtud de los procesos anulados.

Es de destacar que siguiendo este criterio, el artículo 4º del Decreto Legislativo N° 922, establece que en los casos de los procesos por traición a la patria declarados nulos como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el asunto *Marcelino Tineo Silva* (Exp. N° 010-2002-AI/TC), los plazos del artículo 137º del CPP se cuentan a partir del auto de apertura de instrucción del nuevo proceso. Criterio este que ha sido convalidado por el Tribunal Constitucional⁶³.

Tampoco se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos ordinarios y duplicados, el tiempo que la causa hubiere sufrido *dilaciones maliciosas* imputadas al inculcado o su defensa. A efectos de determinar el contenido de este concepto, es del caso recurrir a los supuestos regulados en el artículo 112º del Código Procesal Civil⁶⁴ o a los supuestos de *defensa obstruccionista* desarrollados por el TC en su fallo recaído en el asunto *Berrocal Prudencio*, (fjs. 26-31).

3. El plazo extraordinario o *prolongado* de la prisión preventiva. La limitación de uso a supuestos de *defensa obstruccionista*

El segundo párrafo del artículo 137º del CPP, señala que cuando se verifiquen circunstancias que importen una especial dificultad o que determinen la necesidad de prolongar la investigación, subsistiendo el peligro de fuga del imputado, la detención

62. Al respecto ver SAN MARTÍN CASTRO, César. Op. cit. pp. 1150-1151.

63. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 42 in fine.

64. En el mismo sentido SAN MARTÍN CASTRO. Op. Cit. pp. 1150.

podrá prolongarse por un plazo igual. Tal como sostiene el TC, una interpretación literal de este segundo párrafo llevaría a la conclusión de que en los casos de delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados o en los que exista igual número de agraviados, el plazo de la prisión preventiva podría extenderse más allá de 36 meses hasta un máximo de 72 meses⁶⁵.

Sin embargo, el propio TC se ha encargado de limitar esta posibilidad y sólo admitir la invocación válida de la *prolongación* del plazo de prisión preventiva, en aquellos supuestos en los que la «especial dificultad» o «especial prolongación de la investigación» a las que se refiere el segundo párrafo del artículo 137º como presupuestos de la prolongación del plazo, sean consecuencia de «...retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta 'complejidad del asunto'»⁶⁶.

Según el TC, arriba a esta conclusión desde una interpretación *pro homine* y *favor libertatis* - a lo que agregaríamos la interpretación sistemática - exponiendo las siguientes razones: (i) no es posible la extensión de la prisión preventiva más allá de 36 meses, toda vez que dicho plazo ya incorpora una presunción legal de complejidad; (ii) no es posible sacrificar la libertad de una persona respecto de la cual no existe una declaración judicial de culpabilidad, por la inoperancia del sistema judicial al no haber podido dictar sentencia en el plazo de 36 meses y; (iii) el criterio de tener en cuenta la conducta del inculpado como justificación razonable para prolongar la prisión preventiva, se desprende de una interpretación sistemática, toda vez que ya se encuentra previsto en el sexto párrafo del artículo 137º del CPP⁶⁷.

De este modo, «...el Tribunal Constitucional advierte que toda resolución judicial que pretenda prolongar el plazo de detención provisional por un período superior a 36 meses, debe encontrarse necesariamente motivada en causas suficientes y objetivamente atribuibles al procesado, pues en caso contrario se vulneraría el derecho fundamental de toda persona a no ser sometida a detención provisional más allá de un plazo razonable»⁶⁸. El TC decidió que los criterios antes expuestos constituyen precedentes de observancia obligatoria, integrando en su fallo los fundamentos jurídicos 41, 42 y 43, de la mencionada sentencia. En esa medida vinculan a todos los poderes públicos.

Si bien el TC no desarrolla en este punto del fallo aquellos supuestos de *defensa obstruccionista* que tendrían que ser demostrados por el órgano jurisdiccional que decida prolongar la prisión preventiva más allá de 36 meses, si lo hace entre los fjs. 26 al 31 del propio fallo, cuando se refiere a la valoración de la actividad procesal del detenido, como criterio para determinar la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva.

65. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 40.

66. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 41.c; asimismo, STC, asunto *Vera Navarrete*, fj. 33

67. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 41.c

68. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj.41.c *in fine*

En es sentido serían actos de *defensa obstruccionista* para el TC: (i) el abuso del derecho a utilizar los resortes procesales (¿?) disponibles con la intención de retrasar el proceso; (ii) la interposición de recursos manifiestamente desestimables; (iii) el engaño destinado a desviar el curso de las investigaciones; (iv) las recusaciones maliciosas destinadas a solicitar que durante su resolución otro juzgador se encargue del proceso. Por lo demás, como ya se dijo, es posible también recurrir a los supuestos previstos en el artículo 112º del Código Procesal Civil, que regula los supuestos de temeridad o mala fe procesales.

De acuerdo al TC, no es posible considerar como *defensa obstruccionista* la repetida presentación de recursos destinados a solicitar la revisión de la suficiencia o subsistencia de los presupuestos que motivaron la imposición de la prisión preventiva. Asimismo, el TC destaca que corresponde al juez demostrar la *conducta obstruccionista* del imputado, por lo que no basta la mera invocación de los supuestos reseñados, sino que deben ser adecuadamente motivados⁶⁹.

4. Plazo razonable y plazo legal

Para el TC, no es lo mismo el concepto de *plazo razonable* que el *plazo legal máximo*, aunque como vimos, el cumplimiento de este último suponga siempre la vulneración del primero. En efecto, según el criterio del Supremo intérprete de la Constitución, de acuerdo a determinadas circunstancias que se verifican en determinados procesos, el tiempo que lleva sufriendo prisión preventiva un imputado, puede no resultar razonable, antes de que se cumpla el plazo máximo permitido por la ley.

Así «Aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato»⁷⁰.

De este modo, el TC conecta el concepto del plazo razonable con un criterio de *estricta necesidad* de la medida respecto de los fines cautelares y asegurativos que cumple en el proceso. En ese sentido, la prisión preventiva no podría subsistir por no ser razonable, si se advierte que el proceso no la necesita toda vez que es posible llevarlo a cabo hasta la emisión de la sentencia sin que el dato de temporalidad ponga en riesgo la actividad probatoria o la ejecución del fallo.

Para determinar cuándo nos encontramos frente a la vulneración del plazo razonable, el TC, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos- ETD, ha establecido fundamentalmente tres grupos de criterios a ser evaluados: (i) la diligencia debida

69. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 30-31.

70. STC, asunto *Sánchez Calderón*, fj. 18.

de los órganos jurisdiccionales y la prioridad que deben mostrar en los procesos con personas detenidas, evitando demoras o tardanzas injustificadas en las actuaciones o diligencias, así como las injustificadas acumulaciones o desacumulaciones; **(ii)** complejidad de la causa, la misma que debe ser determinada valorando con un alto grado de objetividad, que la investigación de una determinada causa resulta especialmente compleja y; **(iii)** la actividad procesal del detenido, que tiene en cuenta los criterios antes desarrollados en torno al concepto de *defensa obstruccionista*⁷¹.

Por ende para el TC, si en un proceso penal donde una persona se encuentra sufriendo prisión preventiva, se advierte que los órganos judiciales no actúan con la diligencia debida, la causa no es una de naturaleza compleja y el procesado no ha recurrido a ninguno de los supuestos de defensa obstruccionista, entonces, se debe deducir que en dicho proceso es posible emitir una pronta sentencia, por lo que la prisión preventiva deviene en innecesaria. Ahora bien, más allá de lo discutible que puedan resultar los criterios establecidos por el TC, la probanza de los mismos plantea especiales dificultades.

Sin perjuicio de ello, la comprobación de una medida de prisión preventiva que se viene cumpliendo transgrediendo los criterios desarrollados sobre el plazo razonable de su duración, constituya un tercer supuesto de excarcelación, en este caso por vulneración del plazo razonable.

IX. REFLEXIONES FINALES

Sin duda, los criterios del Tribunal Constitucional en torno a la prisión preventiva presentados en este trabajo, contribuyen a que los operadores del sistema penal interpreten y apliquen esta institución procesal dentro de los parámetros constitucionales. Sobre todo, aportan importantes criterios para motivar al desarrollo diligente de los procesos penales y la utilización racional de la prisión preventiva, especialmente en cuanto a sus límites temporales. Todo ello ciertamente desde la perspectiva de la necesaria ponderación entre las necesidades de la justicia penal y los derechos fundamentales.

Sin embargo, conviene insistir que el adecuado funcionamiento de la justicia en general y de la justicia penal en especial, si bien requieren de un adecuado y racional marco normativo y de criterios interpretativos conforme a la Constitución, lo más importante está en la voluntad política de impulsar un verdadero cambio en la administración de justicia que incida fundamentalmente en mejorar la calidad de los operadores del sistema. En síntesis no debemos olvidar que la calidad de la justicia depende fundamentalmente de la calidad de los juzgadores.

71. STC, asunto *Berrocal Prudencio*, fj. 18-31.

Fines, cumplimiento y ejecución de la pena privativa de libertad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹

Iván MEINI*

SUMARIO: I. LOS FINES DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO: REEDUCACIÓN, REHABILITACIÓN Y REINCORPORACIÓN DEL SUJETO A LA SOCIEDAD (ART. 139, INC. 22) II. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD (I): EL CASO DEL BENEFICIO PENITENCIARIO DE SEMI-LIBERTAD A. *NATURALEZA JURÍDICA DE LA SEMILIBERTAD, LOS CRITERIOS PARA SU CONCESIÓN Y SU NO CONCESIÓN COMO DECISIÓN NO ARBITRARIA.* B. *APLICACIÓN TEMPORAL DE LEYES DE EJECUCIÓN PENAL, A LA LUZ DE LOS PROBLEMAS SURGIDOS CON LA LEY 27770 (LEY QUE ESTABLECE QUE PARA LOS CASOS DE DELITOS DE CORRUPCIÓN, LA SOLICITUD DE LA SEMI-LIBERTAD REQUIERE EL CUMPLIMIENTO DE 2/3 DE LA PENA Y NO UNA MITAD.* III. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD (II): EL CASO DEL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL. IV. LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: EL CASO DE LA CADENA PERPETUA



I. LOS FINES DEL RÉGIMEN PENITENCIARIO: REEDUCACIÓN, REHABILITACIÓN Y REINCORPORACIÓN DEL SUJETO A LA SOCIEDAD (ART. 139, INC. 22)

1. El art. 139.22 de la Constitución [= Const.] se refiera a la reeducación, rehabilitación y reincorporación en la sociedad del penado como los fines que persigue el régimen penitenciario. De una simple lectura de este precepto constitucional puede entenderse que la cárcel reeduca, rehabilita y prepara al condenado para su reinserción en la vida social. De demostrar lo utópico y absurdo de esta idea se han encargado innumerables estudios de orden criminólogo, que de la mano de reconocer que el aislamiento en una cárcel en condiciones de hacinamiento e insalubridad, en donde tiene vigencia códigos de justicia paralelos, no pueda preparar para la reinserción so-

* Profesor de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica del Perú

1. Algunas de las ideas que forman parte de este trabajo fueron expuestas en la conferencia pronunciada el 31 de mayo de 2005, en el Primer Seminario del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

cial. Además, la propia concepción del Estado social y democrático de derecho impide que la sanción estatal pueda legitimarse con arreglo a consideraciones de índole educativa, propias de un estado que impone formas de pensar antes que formas de comportamiento.

En efecto, el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad son pilares básicos en el Estado de derecho. No es válido entonces pretender que la reeducación, rehabilitación y la reincorporación signifiquen que el sujeto tenga que internalizar y compartir en su fuero interno los principios jurídicos que rigen la vida en sociedad. Si fuera así, tales fines de educación, rehabilitación y reincorporación en sociedad se verían trancos, sobre todo en aquellos casos, como terrorismo, en que se habla de «delincuencia por convicción». Pues el delincuente por convicción tiene bien en claro porqué delinque, y resulta meridianamente claro que internándolo en un centro penitenciario no va a cambiar de forma de pensar. Por eso, si los conceptos de rehabilitación, reeducación e reincorporación son interpretados en el marco de un Estado de derecho, sólo resulta válido pretender que con la pena se pretende que el condenado entienda que la sociedad democrática no tolera determinados comportamientos, con independencia de que comparta las razones de dicha intolerancia. Reeducar y rehabilitar significan, pues, que el sujeto conozca que su comportamiento es reprobado por la sociedad, y que para conseguir los objetivos que perseguía con su delito tiene que hacer uso de los instrumentos democráticos. O como lo expresa el Tribunal Constitucional [= TC]: «El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir»².

Sólo desde esta concepción es posible compatibilizar la pena estatal con la Constitución. De otro modo se tendría que incurrir en la contradicción que significa justificar la pena estatal sobre la base de que el condenado incorpore a su escala de valores aquellos principios que rigen a la vida en sociedad, con el consiguiente atentado contra la libertad de pensamiento que ello presupone; además de ser algo de imposible demostración. Pero, si con la imposición de una pena se persigue únicamente que el sujeto respete las reglas de convivencia social, luego es posible pensar que la pena, por más trágica y cruel que pueda ser, sí puede alcanzar los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación.

2. Lo dicho no releva de apreciar que la forma cómo opera la pena privativa de libertad. Pues no es lo mismo que la pena estatal sea compatible en un plano formal con la Constitución cuando se dice que no se trata de inculcar valores al condenado sino de que aprenda a respetar los valores democráticos, que responder a la interrogante de cómo aprende el condenado, recluido en un centro penitenciario, a hacer un uso

2. STC de fecha 03 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708, 25880 y sus normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista) (argumento 188)

responsable de su libertad. Esto cobra especial relevancia a la luz de los beneficios penitenciarios y la consiguiente posibilidad de excarcelación antes del cumplimiento íntegro de la condena. Al respecto, el TC ha manifestado que «los conceptos de reeducación y rehabilitación suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador pueda autorizar que los penados, antes de la culminación de las penas que les fueron impuestas, puedan recobrar su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos»³.

Es decir, a la luz de la concepción del TC, habría que determinar cuándo el condenado ha aprendido ya a hacer un uso responsable de su libertad, pues dicho momento representa la oportunidad de excarcelación. A partir de dicho momento, siguiendo la línea argumentativa del TC, la vigencia de una pena no sólo no tendría sentido, sino que quedaría deslegitimada. Esta idea, consistente en vincular la duración de la pena privativa de libertad a la obtención de los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado en la sociedad, choca frontalmente con la realidad, puesto que cuando la condena se cumple íntegramente no cabe prolongarla, aun cuando se tenga la certeza de que el penado no ha aprendido a hacer un uso responsable de su libertad y delinquirá de nuevo. En estos casos el Estado simplemente no tiene legitimidad para intervenir, al menos no bajo en la concepción del Derecho penal liberal que reprime *ex post* y no ante las expectativas de comportamiento criminal.

3. Se reconoce a nivel doctrinario que la pena no puede perseguir únicamente fines terapéuticos o pedagógicos, sino también fines de protección social. Para decirlo con otras palabras: el Derecho Penal no puede ser concebido exclusivamente como el conjunto de garantías del delincuente frente a la actividad sancionadora del Estado – o como postulara LISZT, que el Derecho penal es la carta magna del delincuente-, sino que así como el Derecho penal limita y formaliza la pena estatal frente al delincuente, cumple también fines de protección de la sociedad frente a éste: La pena persigue no sólo fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación, sino también fines de protección de la sociedad. El propio TC hace suyo este punto de vista cuando sostiene que «la justificación de las penas privativas de la libertad es, en definitiva, la de proteger a la sociedad contra el delito. Tal protección sólo puede tener sentido si se aprovecha el periodo de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo»⁴.

Resulta interesante que en la sentencia citada en el párrafo anterior, el TC haya hecho hincapié en que la justificación de la pena privativa de libertad es «en definitiva, la de proteger a la sociedad contra el delito». Esto podría ser interpretado como un cambio de orientación en lo que a los fines de la pena privativa de libertad se refiere o,

3. Exp. N. 0842-2003-HC/TC, de fecha 04 de febrero de 2005, fundamento 7.

4. Exp. 010-2002-AI/TC.... Exp. 1084-2003-HC/TC, de fecha 2 de julio de 2004, fundamento 7; Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de diciembre de 2003, Fundamento 11; Exp. N. 0842-2003-HC/TC, de fecha 04 de febrero de 2005, fundamento 6.

simplemente, como que a través de la reeducación y rehabilitación del penado se termina protegiendo a la sociedad. Estimo que se trata más de un cambio de paradigma, o de enfoque, pues ni la reeducación y rehabilitación, ni la protección de la sociedad son conceptos absolutos que *per se* y de manera aislada puedan legitimar la intervención punitiva estatal.

4. Las ideas hasta aquí desarrolladas conllevan a reconocer que el aprendizaje de un uso responsable de la libertad que realiza el condenado, opera mediante la llamada prevención especial negativa; que es tanto como recurrir a la intimidación para lograr que el delincuente no reincida. Esta opción es, en mi concepto, la única absolutamente coherente con el respeto a la libertad de pensamiento del sujeto. Ya que cualquier intento de utilizar la pena como mecanismo de imposición de ideas, valores o principios -por muy loables que sean- termina acotando el ámbito de libertad de pensamiento y libre desarrollo de su personalidad.

Intuyo que el propio TC asume esta concepción cuando se refiere al art. 139.22 Const. en los siguientes términos: «no por su condición de principio, carece de eficacia, ya que comporta 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 cómo se ejecutan las penas o en el momento de establecer el *cuántum* de ellas»⁵. Es decir, los fines de reeducación y rehabilitación que persigue el régimen penitenciario, sin bien guardan una estrecha relación con los fines de la pena, constituyen, sobre todo, pautas de actuación dirigidas a la administración pública. A partir de este postulado se derivan, por lo pronto, dos ideas. La primera se refiere a que los fines de reeducación y rehabilitación se asemejan más a una declaración de principios que orienta la actuación de la administración pública encargada del régimen penitenciario, y no a metas a alcanzar en la ejecución de la pena. Lo que se demuestra con la idea apuntada anteriormente: aun cuando se crea que el condenado reincidirá después de cumplir su condena, no se le pueda mantener en la cárcel. La segunda idea tiene que ver con la relación entre los fines del régimen penitenciario y la concesión del beneficio penitenciario de semi-libertad.

II. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD (I): EL CASO DEL BENEFICIO PENITENCIARIO DE SEMI-LIBERTAD

A. Naturaleza jurídica de la semilibertad, los criterios para su concesión y su no concesión como decisión no arbitraria.

1. En cuanto a la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios, el TC a sostenido «que los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como derechos subjetivos

5. STC de fecha 03 de enero de 2003, Exp. N° 010-2002-AI/TC, que resuelve la Acción de Inconstitucionalidad contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708, 25880 y sus normas complementarias y conexas (legislación antiterrorista) (argumento 151 ss.)

de los internos, ciertamente condicionados, porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que está sujetos a presupuestos establecidos en la norma, los que aun si fueran cumplidos por el sentenciado no constituye un factor decisivo para su concesión, pues su otorgamiento estará librado a la evaluación judicial de si el condenado se encuentra apto para su reincorporación a la sociedad»⁶. Sin embargo, el TC ha especificado su postura para reconocer que «si bien el Código de Ejecución Penal prevé el cumplimiento de ciertos presupuestos formales para su concesión [de un beneficio penitenciario], un beneficio como indica su naturaleza jurídica y a diferencia de los derechos procesales, puede ser otorgado o no»⁷. La semilibertad no es pues un derecho de los internos, sino una prerrogativa que tienen los jueces para excarcelar a un condenado.

2. En cuanto a quién y porqué lo otorga, el TC ha establecido que el informe del Consejo Técnico Penitenciario del Establecimiento Penitenciario en que se encuentre recluso el interno no tiene competencia para determinar la excarcelación del condenado vía semilibertad (aunque esto, en realidad, se trata de una interpretación literal de la ley). Así, el TC a sostenido que «lo verdaderamente trascendental al momento de resolverse una solicitud de acogimiento a un determinado beneficio penitenciario, como la liberación condicional, es la evaluación del juez, y no la opinión que sobre este tema tengan las autoridades competentes del Instituto Nacional Penitenciario, la cual sólo tiene un valor indiciario. Y es que si se admitiera que lo verdaderamente predominante para la concesión es el informe favorable expedido por el INPE en torno a si se cumplieron los fines de la pena, y se redujera la labor del juez a evaluar sólo si se cumplió el plazo que la ley exige como mínimo para su otorgamiento, entonces, se desvincularía al juez de la verificación de una tarea que constitucionalmente le compete»⁸.

Es pues el Juez quien deba tener certeza «de que el tiempo en prisión efectiva y el tratamiento penal efectuado, permiten concluir que el interno está apto para reincorporarse a la sociedad, pues fue reeducado y rehabilitado durante el tiempo que sufrió la condena»⁹. Es decir, tanto para la liberación condicional, que regula el art. 55 del Código de Ejecución Penal [= CEP], como para la semilibertad, que regula el art. 50 CEP¹⁰, rige el principio que el Juez tiene que analizar hasta qué punto se han cumplido los fines de reeducación, rehabilitación del condenado que reconoce el art. 139.22

6. Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de siembre de 2003, fundamento 11

7. Exp. 1181.2002-HC/TC, de fecha 20 de junio de 2002, fundamento 3.

8. Exp. 1593-2003-HC/TC, de fecha 30 de enero de 2004, fundamento 17.

9. Exp. 1593-2003-HC/TC, de fecha 30 de enero de 2004, fundamento 11; Exp. 1607-2003-HC/TC, de fecha 12 de agosto de 2003, fundamento 1.

10. Exp. 1181.2002-HC/TC, de fecha 20 de junio de 2002, fundamento 3; Exp. 1607-2003-HC/TC, de fecha 12 de agosto de 2003, fundamento 2; Exp. 1593-2003-HC/TC, de fecha 30 de enero de 2004, fundamento 11.

Const. al régimen carcelario. Y los criterios que utiliza el Juez para realizar dicho análisis son: a) la naturaleza del delito cometido; b) la personalidad del agente; y, c) su conducta dentro del establecimiento penitenciario. Es más, según doctrina del TC, no obstante se hayan cumplido los requisitos formales, se ha de denegar el beneficio penitenciario cuando «no existe la seguridad de que el peticionante no vuelva a cometer otro delito»¹¹. No se trata entonces de que no se pueda probar que el sujeto volverá a delinquir, sino que no se puede probar que el sujeto no lo hará. Esto es absolutamente compatible con la naturaleza jurídica del beneficio penitenciario, y sólo puede generar rechazo por parte de quien confunde un beneficio con un derecho adquirido.

3. En cuanto a la no concesión del beneficio penitenciario, el TC ha manifestado que «si bien el Código de Ejecución Penal prevé el cumplimiento de ciertos presupuestos formales para su concesión, un beneficio como indica su naturaleza jurídica y a diferencia de los derechos procesales, puede ser otorgado o no, sin que esto suponga un acto arbitrario, antes bien, la resolución por la que se resuelve esta petición puede ser impugnada para ser revisada por el órgano superior jerárquico»¹². Esto significa que en la medida en que el Juez fundamente su resolución de conformidad con lo establecido en el art. 139.5 Const., puede perfectamente rechazar la solicitud de excarcelación por beneficios penitenciarios si es que a su criterio, y así lo fundamenta en la resolución, no se han cumplido los fines de la pena según los criterios de la gravedad del hecho cometido, la personalidad del agente y su conducta en el establecimiento penitenciario. Y ello con independencia de que se hayan cumplido los requisitos formales para solicitarlo. De ahí que su no concesión no representa una vulneración a la libertad individual. Se diferencia así, por un lado, los requisitos objetivos para solicitar el beneficio penitenciario (informe del Consejo Técnico Penitenciario del Establecimiento Penitenciario, haber purgado una parte de la condena, etc.), de los requisitos que el Juez y sólo el Juez tiene que valorar para conceder el beneficio. Una decisión no arbitraria constituye aquella que se sustenta en una serie de argumentos que informan el razonamiento jurídico, de manera tal que pueda ser confrontada y en su caso revocada.

B. Aplicación temporal de leyes de ejecución penal, a la luz de los problemas surgidos con la Ley 27770 (ley que establece que para los casos de delitos de corrupción, la solicitud de la semi-libertad requiere el cumplimiento de 2/3 de la pena y no una mitad).

1. El TC parte de reconocer que «no son de aplicación retroactiva las disposiciones que tienen carácter sancionador, como, por ejemplo, las que tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para su imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos»¹³. A renglón seguido establece que las disposiciones que regulan la ejecu-

11. Exp. 1607-2003-HC/TC, de fecha 12 de agosto de 2003, fundamento 3.

12. Exp. 1181.2002-HC/TC, de fecha 20 de junio de 2002, fundamento 3.

13. Exp. 1593-2003-HC/TC, de fecha 30 de enero de 2004, fundamento 8.

ción de la pena, en concreto la Ley 27770, no son leyes penales materiales, y los conflictos que genera «ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse»¹⁴. De conformidad con esto, el TC concluye que «si en plena vigencia de la Ley 27770 el interno purga condena por cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 2° de la mencionada ley, presenta la solicitud de beneficio penitenciario, la resolución de su petición quedará sujeta a los alcances de esta ley y no de otra, sin perjuicio de que cualquier modificación de las condiciones para acogerse a cualquiera de los beneficios penitenciarios contemplados por esta ley especial de ejecución penal, no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno»¹⁵. De conformidad con los arts. 50 y 55 CEP, la fecha en la que se presenta la solicitud para acogerse a los beneficios y se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario, es la que determina cuál es la legislación penitenciaria aplicable en su concesión o rechazo¹⁶.

2. La postura del TC a este respecto forma parte de doctrina asentada, en cuya virtud «en el derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. En el derecho procesal, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento en que éste se realiza (...) en el derecho procesal, como antes se ha señalado, rige también la aplicación inmediata de normas en tanto el proceso se desarrolla de acuerdo a las normas vigentes durante el mismo (...) debido a la naturaleza del proceso como sucesión de actos, se debe aplicar la norma vigente al momento en que éstos se producen»¹⁷. Profundizando en el tema, el mismo TC proclama que «la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto, y no como alega el recurrente, la que estuvo cuando se cometieron los delitos»¹⁸.

Esta distinción tiene su razón de ser en que las materias que regulan unos y otros preceptos legales son distintas. Los preceptos procesales se encuentran en función al proceso, y rigen hechos, actos y situaciones jurídicas realizadas tras su entrada en vigor,

14. Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de siembre de 2003, fundamento 9; Exp. 1593-2003-HC/TC, de fecha 30 de enero de 2004, fundamento 9.

15. Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de siembre de 2003, fundamento 10.

16. Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de siembre de 2003, fundamento 12.

17. Exp. 1300-2002-HC/TC, de fecha 27 de agosto de 2003.

18. Exp. 0290-2002-HC/TC, fecha 06 de enero de 2003.

salvo las excepciones que la propia ley establezca. Mientras que los preceptos penales sustantivos o materiales se aplican al fondo del tema que es sometido a controversia en un proceso penal¹⁹; es decir, al delito. Todo esto no es sino la manifestación del principio de irretroactividad de la ley, cuya única excepción es aquella en donde la nueva ley penal sustantiva es más beneficiosa para el reo.

3. Adicionalmente a ello, las disposiciones relativas a la ejecución de la pena no están sujetas a la garantía constitucional de la retroactividad benigna. La razón es que el art. 139.11 Const. garantiza «La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales», y quien solicita acogerse a un beneficio penitenciario tiene la calidad de «condenado» y no de «procesado»²⁰

La razón de ser de la retroactividad benigna responde principalmente a un cambio de valoración jurídica, en sentido discriminador o atenuatorio, que expresa la nueva ley. De ahí que parezca más justo aplicarla también a los hechos anteriores, y tratar a éstos de la misma manera que a los hechos cometidos con posterioridad. Existe, además, un argumento adicional, relacionado con la prevención: no es necesario seguir penando determinadas conductas de la manera como se venía haciendo cuando el grado de desaprobación o rechazo socio-jurídico que ahora ameritan es inferior²¹, o cuando no merecen desaprobación o rechazo socio-jurídico alguno. Este cambio de valoración puede recaer también sobre los requisitos o presupuestos de los beneficios penitenciarios. De hecho es lo que ha sucedido para que se diera la Ley 27770. Pero ello no obsta a que siga siendo materialmente imposible aplicar retroactivamente una ley que regula beneficios penitenciarios. La razón que sustenta esta idea es ya la propia naturaleza de la aplicación retroactiva de una ley. Para expresarlo con otras palabras: Aplicación retroactiva de una ley es tanto como resolver un caso utilizando una normativa que no existía cuando los hechos se produjeron. La retroactividad significa que la ley vigente se aplica a situaciones jurídicas que se produjeron antes de que la ley entrara en vigencia. Aplicación ultractiva es, por el contrario, el uso de la ley derogada que, como tal, ya no tendría vigencia. En cualquier caso, lo único que la Constitución permite es la eventual aplicación retroactiva de la ley penal cuando favorece al reo, de suerte que la aplicación ultractiva de la ley penal no se encuentra regulada por la Constitución.

Como parece obvio, y como ya se ha apuntado, los preceptos jurídicos que regulan los beneficios penitenciarios (art. 48 CEP, Ley 27770) se aplican a situaciones jurídicas que nada tienen que ver la comisión del delito, sino con el cumplimiento de una pena privativa de libertad. Cuando se solicita y, eventualmente, se concede un beneficio penitenciario, es porque quien lo solicita ha sido condenado a pena privativa de liber-

19. Con referencias bibliográficas y jurisprudencias, cfr. SAN MARTÍN CASTRO, *Manual de Derecho Procesal*, I, 2 ed., Lima, 2003, p. 27 ss.

20. Exp. 2196-2002-HC/TC, de fecha 10 de siembre de 2003, fundamento 6.

21. LUZÓN PEÑA, *Curso*, p. 183.

tad efectiva en mérito a una sentencia firme y ejecutoriada. Cualquier otra interpretación a este respecto debe ser rechazada por aberrante. Así pues, cuando se dice que se tiene que aplicar los beneficios penitenciarios que estuvieron vigentes al momento en que se cometió el delito, se incurre en un error múltiple. No sólo es equivocado, como ya se dijo, el que aquí se pretenda justificar una aplicación ultractiva de la ley penal (aunque no se diga con estas palabras), cuando dicha ultractividad no es permitida por no tratarse de una ley temporal (art. 8 P). Pues aplicar el beneficio penitenciario de semilibertad según el CEP y no como lo regula la Ley 27770, es resolver una situación jurídica actual (cumplimiento de la pena) con una ley anterior. Se yerra también en torno al objeto que regulan los beneficios penitenciarios, pues, para decirlo una vez más, aquí no se discute si alguien cometió un delito, ni cómo lo cometió, ni el grado de participación que tuvo, ni la pena que merece. Y, en tercer lugar, se desconoce que la situación jurídica sobre la que versa un beneficio penitenciario, es el cumplimiento de una pena privativa de libertad.

III. EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD (II): EL CASO DEL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL.

1. La postura del TC en torno a este tema viene dada por el pronunciamiento hecho sobre una condena por delito contra la libertad de trabajo, en la que se impuso un año de privación de libertad, más la obligación de cancelar la suma de S/. 16.010,05 por concepto de beneficios sociales, así como el monto de S/. 500,00 por concepto de reparación civil. La pena fue suspendida bajo las reglas de conducta de no ausentarse del lugar de residencia, comparecer trimestralmente al Juzgado y reparar los daños ocasionados con el delito. El Juzgado requirió el condenado para que cumpla con cancelar el monto por beneficios sociales bajo apercibimiento de revocarse la condicionalidad de la pena²². Se discute si se trataría de una violación a la libertad individual atentatoria del art. 2.24.«e» Const., que establece que «no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios».

2. La excepción que contempla la Carta Magna a la imposibilidad de sufrir prisión por deudas en caso de incumplimiento de deberes alimentarios, se justifica porque «están de por medio los derechos a la vida, salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado»²³. A este respecto el TC empieza su razonamiento señalando que la garantía constitucional de la no prisión por deudas «no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en un sentencia condenatoria. En tal supuesto, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del

22. Exp. 1428-2002-HC/TC, de fecha 08 de julio de 2002.

23. Exp. 1428-2002-HC/TC, de fecha 08 de julio de 2002, fundamento 2.

poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y la regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados»²⁴. Así, en la medida en que ejecución de la pena fue suspendida a condición de, entre otros, reparar el daño causado con el delito, el TC «considera que el pago de los beneficios sociales constituye, a la vez que un derecho del trabajador, una obligación del empleador, que no tiene naturaleza de sanción penal cuando ésta es ordenada por un juez en materia de trabajo o con competencias en materia laboral. En tal caso, la obligación de pago que pesa sobre el empleador asume el carácter de una obligación de naturaleza civil y, por lo tanto, su incumplimiento no puede concluir con la privación de la libertad locomotora del sentenciado. Sin embargo, cuando los términos de la controversia se trasladan del proceso laboral al ámbito penal y, en esa sede, se condena a pagar los beneficios laborales y, no obstante ello, no se cumple, entonces, ya no puede sostenerse, por un lado, que dicho pago de los beneficios sociales sea de naturaleza civil, pues tiene la condición de una sanción penal y, por otro, que su incumplimiento impida que el juez penal pueda ordenar que se haga efectiva la pena de privación de libertad del sentenciado, establecida condicionalmente, ...»²⁵.

Lo dicho con respecto a este caso puede ser perfectamente aplicable a la Ley 27770, en cuanto que establece que una de las condiciones para la solicitud de la semilibertad es el pago del íntegro de la reparación civil o el otorgamiento de una garantía que fuera suficiente.

3. El razonamiento del TC puede ser resumido diciendo que ahí donde la deuda de naturaleza civil es decretada por el juez penal, muta su esencia, pasando de ser un beneficio social de naturaleza civil a sanción penal. Si se quiere evitar caer en el formalismo que significa que aquello decretado por el Juez penal es penal y lo resuelto por el juez civil es civil, se tiene que establecer, en primer lugar, que cuando se condiciona la excarcelación del condenado al pago de la reparación civil, no es que se imponga una prisión por deudas, en el sentido de la prohibición del art. 2.24.«c» Const., sino que la comisión del delito y la responsabilidad penal del agente se encuentran ya acreditada. La prisión, entonces, no se genera por una situación de insolvencia del condenado. Y la situación no cambia cuando se suspende la ejecución de la pena bajo la condición de que se reparen los daños del delito. Y, en segundo lugar, que el pago de la reparación civil pueda ser reemplazado por el otorgamiento de una garantía que sea suficiente e idónea para cubrir los daños. En el caso los beneficios sociales, o de otra deuda cuyas características la diferencian de una simple deuda (hay derechos laborales especiales no disponibles) hay que tener en cuenta dichas especificidades.

24. Exp. 1428-2002-HC/TC, de fecha 08 de julio de 2002, fundamento 2.

25. Exp. 1428-2002-HC/TC, de fecha 08 de julio de 2002, fundamento 4.

IV. LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: EL CASO DE LA CADENA PERPETUA

1. Siguiendo una marcada tendencia en el derecho comparado (Alemania, Italia, Suiza, Francia, Argentina) y lo establecido por el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en la STC se afirma que la cadena perpetua no sería inconstitucional si existiera la posibilidad de que el condenado accediera a mecanismos de excarcelación, vía beneficios penitenciarios u otros que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal (argumento 194 STC). Esta parece ser una idea novedosa, que permitiría neutralizar los efectos de la cadena perpetua que son incompatibles con los fines de reeducación, rehabilitación y reincorporación que se buscan con la ejecución de las penas, toda vez que se ofrece al condenado la esperanza de que, en efecto, y en algunos casos, pueda reincorporarse a la sociedad. No obstante, entiendo que esta idea es incongruente con el mismo tenor de la STC.

2. En efecto, en primer lugar, porque si se previera la *posibilidad* de conceder beneficios penitenciarios incluso a los condenados a cadena perpetua, o si existiera la obligación de que después de transcurrido un determinado número de años los jueces revisen las sentencias para verificar si el condenado cumple con aquello para lo cual se le encarceló, es porque existe, *a contrario*, también la posibilidad de que no se concedan los mentados beneficios penitenciarios. Esto quiere decir que la cadena perpetua, en aquellos casos en los que no se concedan los beneficios penitenciarios, será siempre perpetua y, aunque sean pocos casos, se seguirían verificando aquellos efectos incompatibles con la reeducación, rehabilitación y reincorporación, que son precisamente, los motivos que llevan a los magistrados del Tribunal Constitucional a exigir la posibilidad de que se concedan beneficios penitenciarios.

La única manera en la que la cadena perpetua deje de ser inconstitucional, según el propio discurso de la STC, sería que la cadena perpetua no sea perpetua, es decir; o bien se establece la obligación de que se concedan siempre y en todos los casos beneficios penitenciarios, o bien se le obliga al Juez no sólo a revisar la sentencia, sino también a excarcelar al condenado, o bien se declara inconstitucional a la cadena perpetua de una vez por todas y de manera clara y directa.

Si se considera que la cadena perpetua es *per ser* incompatible con la Constitución, hay que decirlo sin tapujos. Lo que no se debería hacer es proclamar los principios del Estado de derecho, interpretar la Constitución, invocar los fines del régimen penitenciario de reeducación, rehabilitación y reincorporación, y permitir que, aunque sea en pocos casos, sea posible internar a un sujeto toda su vida en la cárcel. Lo que no se puede hacer es declarar inconstitucional la cadena perpetua y para salvar esa inconstitucionalidad articular una medida (*posibilidad* de concesión de beneficios penitenciarios y consecuente excarcelación, ya sea a través de una ley o de la revisión de la sentencia) que en el fondo no hace sino solventar parcialmente el problema. Y esto por más que los tratados internacional y el derecho comparado digan lo que digan. Aquí procede pues invocar aquella idea de BECCARIA, según la cual la certeza de la pena y la eficacia de los juicios ha de ser el factor que disuada a la criminalidad, y no la severidad de las penas.

3. En segundo lugar, la posibilidad de excarcelación es incongruente con la propia STC puesto que para aquellos casos en los que, por las razones que fueran, no se otorguen los beneficios penitenciarios, habría que aceptar que el fin que se persigue con la pena nada tendría que ver con la reeducación, rehabilitación y reincorporación, sino que sería retribución, pura y dura, o se buscaría librar a la sociedad de un elemento peligroso al cual se le considera irrecuperable. Esto, por un lado, sería atentatorio del principio de igualdad entre las personas y, por otro, se condeciría con la idea de v. LISZT, que expuso en su Programa de derecho penal de finales del S. XIX, y que se creía ya superada, según la cual al delincuente irrecuperable habría que inocuizarlo permanentemente. Y no se trata de negar que cuando se impone una pena se persigue retribuir al agente, pues según la propia STC (argumento 188) tal elemento es ínsito a toda pena, sino de que por mandato constitucional no se debe renunciar al derecho que tiene el condenado de, algún día, reinsertarse a la sociedad.

Todo esto, además, con independencia de que la concesión de beneficios penitenciarios pueda estar sujeta a decisiones arbitrarias, producto muchas veces de la voluntad política o a la presión política. La concesión del indulto o del derecho de gracia, que en derecho comparado se baraja como alternativa para neutralizar la perpetuidad de la cadena perpetua, es, por definición, producto de una decisión eminentemente política y, por lo mismo, puede mantenerse ajena a las funciones que con las penas se persiguen.

4. En tercer lugar, con la propuesta del TC se violaría el principio de igualdad, dado que en aquellos casos en los que el delito no amerita la pena de cadena perpetua no habría necesidad de comprobar si el delincuente, al finalizar su condena, ha alcanzado un nivel de respeto de los principios de la convivencia social, sino que tal resultado se presume. Pero para los delitos que se encuentran conminados con la pena de cadena perpetua sucedería lo contrario, pues cuando se dice que el juez tiene que revisar la sentencia y determinar si el condenado cumple con aquello para lo cual se le encarceló (argumento 194 STC), explícitamente se exige la comprobación de si el sujeto, efectivamente, se ha rehabilitado. Y tal comprobación, por su propia naturaleza, será siempre insegura y ficticia, toda vez que si bien se puede aceptar que con la comisión de un delito se demuestra que el sujeto no respeta las reglas de la convivencia democrática (en otras palabras, un comportamiento que exterioriza desprecio por los bienes jurídicos protegidos), es mucho más difícil aceptar que por simple efecto del tiempo que el condenado pasa en la cárcel, éste logre adaptarse a tales reglas de convivencia (en otras palabras, no hay un comportamiento por parte del sujeto que así lo demuestre, simplemente se disminuyen las posibilidades de que éste pueda volver a atentar contra los bienes jurídicos durante el período que dura su internamiento merced, precisamente, a su aislamiento de la sociedad).

*Se terminó de imprimir, en los talleres
de **GRANDEZ** Gráficos S.A.C.
el día 18 de mayo de 2006,
por encargo de Palestra Editores
www.grandezgraficos.com
Telef.:(511)531-4658*

