

ANEXOS

EXP N° 010-2002-AI/TC

LIMA

MARCELINO TINEO SILVA Y MAS DE 5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 de días del mes de enero de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzáles Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto, adjuntos, de los Magistrados Rey Terry y Aguirre Roca; y los votos discrepantes, adjuntos, respecto del artículo 13°, incisos a) y c), del Decreto Ley N° 25475 de los Magistrados Aguirre Roca y Revoredo Marsano.

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por mas de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registre Nacional de identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes N°s 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

ANTECEDENTES

Los demandantes manifiestan que las disposiciones legales que impugnan no solo trasgreden la Constitución actual y los tratados internacionales, sino que violan en el fondo y la forma la Constitución Política del Perú de 1979, vigente a la fecha en que el llamado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional los promulgo.

Además de argumentas políticos, los demandantes refieren que el 5 de abril de 1992 se produjo la quiebra del Estado de Derecho en el Perú; pero que el Decreto Ley N° 25418, dictado en esa fecha, no podía derogar total o parcialmente ni suspender la vigencia de la Constitución de 1979, por mandato de su artículo 307°. Consideran que son nulos todos los actos practicados como consecuencia del golpe de Estado de 5 de abril de 1992, por cuanto la dictadura instaurada en el país arrasó y demolió el ordenamiento jurídico existente. Indican que, en cualquier Estado del mundo, la Constitución es la ley fundamental de la organización política y jurídica y en ella están reconocidos los derechos fundamentales de las personas.

Refieren que durante el Gobierno de Transición, presidido por el doctor Valentín Paniagua Co-razao, se expidió la Resolución Suprema N° 281-2000-JUS que creo la Comisión de Estudio y Revisión de la legislación emitida desde el 5 de abril de 1992 y que por Resolución Ministerial N° 191-2001-JUS, de 8 de junio de 2001, se autorizo la publicación del Informe Final de la citada Comisión, en el cual se expresa:

«Quizás uno de los temas mas sensibles durante el régimen precedente en la materia que venimos analizando, es el de la vulneración de principios constitucionales y Derechos Fundamentales a través de la emisión de normas legales de naturaleza penal y, en gran medida, en relación con la lucha antisubversiva. Como resultado de ello, se han expedido ciertas normas que colisionan en forma directa con la Constitución de 1993, además (...) de violar derechos fundamentales de las personas, consagrados no solo explícitamente por la propia Constitución, sino en forma implícita por la citada norma, y también por Tratados Internacionales de los cuales el Perú también es signatario.»

«Las normas antiterroristas y las que regulan el tema de terrorismo especial, vulneran reiteradamente derechos fundamentales y principios constitucionales consagrados.»

Los demandantes arguyen que los Tratados Internacionales, de conformidad con el artículo 101° de la Constitución de 1979, vigente cuando se expidieron los Decretos Leyes, forman parte del Derecho Nacional y que, igualmente, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la actual Constitución indica que:

«Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce *se* interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.»

En cuanto a los Decretos Leyes N°s 25475, 25659, 25708 y 25880, los demandantes indican que son inconstitucionales por contravenir en el fondo a la Constitución Política del Perú y no haber sido aprobados, promulgados y publicados en la forma que ella establece; y que contradicen y violan los derechos fundamentales de la persona humana establecidos en la Constitución de 1993 y en los Tratados Internacionales suscritos por el Perú.

Respecto del principio de legalidad sostienen que, en el párrafo «d» del inciso 24) del artículo 2°, la Constitución prescribe: «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.» Los demandantes enfatizan que el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475 define el llamado delito de terrorismo de manera abstracta violando el principio de legalidad. Solicitan que este Tribunal tenga presente, al resolver, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1993.

Con relación al Decreto Ley N° 25659, que tipifica el llamado delito de traición a la patria, en realidad -dicen- no tipifica ninguna figura nueva de delito, no es sino una modalidad agravada del delito de terrorismo establecido en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475; y que su objetivo fue trasladar arbitraria e inconstitucionalmente el procesamiento y juzgamiento de civiles al fuero militar, no permitido por la Constitución de 1979, con lo cual también se ha violado el principio de legalidad.

Las modalidades delictivas descritas en los Decretos Leyes N^{os} 25475 y 25659, según los demandantes, están comprendidas indistintamente tanto dentro del delito de terrorismo como del delito de traición a la patria. Consideran que se ha violado, de esa manera, el principio de legalidad previsto en las Constituciones de 1979 y 1993 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. La demanda, también, se funda en el derecho de ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial, lo que no podía ocurrir por cuanto los miembros de las Fuerzas Armadas estaban encargados de reprimir y combatir directamente a una de las partes del conflicto armado interno, siendo los militares la otra parte. Agregan que es el Poder Ejecutivo el que nombra a los jueces militares, quienes actúan con sujeción a la obediencia a sus superiores, vulnerándose el principio de que nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal.

Consideran los demandantes que los Decretos Leyes que impugnan impiden el ejercicio del derecho de defensa, que es una garantía constitucional, al no permitir que los abogados defensores patrocinen simultáneamente a más de un encausado, así como el derecho a la presunción de inocencia, por cuanto imponen al Juez Penal que dicte el auto apertorio de instrucción con orden de detención. También sostienen los accionantes que se viola los derechos constitucionales a la jurisdicción pre-determinada por la ley, al debido proceso y la tutela jurisdiccional, a no ser incomunicado sino tan sólo por el tiempo necesario, a la pluralidad de instancias, entre otros.

Los demandantes, igualmente, invocan el artículo 8^o, inciso 1), del Pacto de San José de Costa Rica y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, en el caso de Jaime Castillo Petruzzi y otros, en que se «Ordena al Estado Peruano adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción sin excepción alguna».

Finalmente, los demandantes estiman que los Decretos Leyes materia de la acción de inconstitucionalidad violan los derechos constitucionales a las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento, de respeto de la integridad física, psíquica y moral de las personas, de privación de la libertad mediante cadena perpetua, por ser inhumana, cruel y degradante, de proporcionalidad de las penas, de negación de los beneficios penitenciarios y del derecho internacional humanitario.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, la misma que se limita exclusivamente a solicitar que, revocándose el auto admisorio de la demanda, se declare inadmisibile la acción de inconstitucionalidad presentada. Sostiene que el 24 de junio de 1996, fecha en que quedó constituido el Tribunal Constitucional, el plazo de prescripción de las acciones de inconstitucionalidad era de 6 meses, por lo que, tratándose de decretos leyes publicados antes de dicho mes, el plazo para interponer la demanda contra las normas impugnadas prescribió el 24 de diciembre de 1996.

FUNDAMENTOS

I. LA POSICIÓN INSTITUCIONAL Y LA DELIMITACIÓN DEL PETITORIO

1. La acción terrorista en nuestro país se convirtió en la lacra más dañina para la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona y para la consolidación y promoción de los principios y valores que sustentan la vida en democracia.

Los execrables actos de violencia terrorista, que han costado irreparables pérdidas de miles de vidas humanas y la significativa depredación de los bienes públicos y privados, expresan la magnitud y el horror sumo que generan las conductas brutalizadas, en su afán de «construir», para sí, una sociedad donde se asiente el fanatismo irracional, la exclusión, la intolerancia y la supresión de la dignidad humana como condición básica y elemental para la convivencia dentro de la comunidad.

2. Tras las atrocidades de las agrupaciones violentistas apareció también, residualmente, un comportamiento estatal innoble a la causa de los derechos humanos, infecundo para la cimentación de los valores democráticos y ofensivo a las leyes del Creador.

En las actuales circunstancias, es un imperativo histórico reencauzar la lucha contra la violencia sin distinción de signo, origen o fuente de inspiración. Para tal efecto, el respeto a la dignidad de la persona debe ser el parámetro que oriente tal reformulación de la política antisubversiva.

Consustancial a ello es, también la necesidad de conocer la verdad y la búsqueda de la justa sanción a los responsables de hechos ignominiosos. El Estado está obligado ética y jurídicamente a investigar la violación de los derechos humanos cometidos a lo largo de estos luctuosos años. Para que ello ocurra civilizadamente, se requiere, entre otras medidas, adecuar la normatividad de conformidad con los estándares establecidos por la comunidad internacional.

3. No es parte de esta demanda de inconstitucionalidad, ni sería atribución del Tribunal Constitucional, la aplicación del artículo 307° de la Constitución Política del Perú de 1979, para sancionar a quienes participaron o se beneficiaron con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en que fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Decimosexta Disposición Final y Transitoria. Sin embargo, ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado.

En ese contexto, se dictaron los decretos leyes impugnados. Tales actos emanados del gobierno de facto encabezado por el ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, fueron convalidados, posteriormente, por el Congreso Constituyente Democrático, así como el referéndum del 31 de octubre de 1993, y sucesivos procesos electorales, de cuya transparencia, el Tribunal Constitucional, en este proceso, no se pronuncia.

II. LA SEPARACIÓN Y LA USURPACIÓN DE PODERES

4. De acuerdo con la Ley de Bases de la Constitución, de 17 de diciembre de 1822, el Perú se organizó como República con sujeción al principio de separación de poderes. Sin embargo, la agitada y dramática realidad de nuestra patria acredita también que, en casi dos terceras partes de su vida independiente, fue gobernada por regímenes emanados del golpe militar o del fraude electoral.

En los últimos cien años, se han advertido los siguientes hechos, que conspiran contra aquel principio:

- a. El 4 de febrero de 1914, el Congreso de la República «Tributa un voto de aprobación y de gratitud pública al Jefe del Estado Mayor General del Ejército, coronel don Óscar R. Benavides, a los jefes y oficiales y a los soldados todos del Ejército y de la Armada que les han secundado en el restablecimiento del orden institucional, por su conducta y abnegación en los acontecimientos que han puesto término a la reciente dictadura», y nombra una Junta de Gobierno integrada por los señores Óscar R. Benavides, J Matías Manzanilla, Arturo Osores, José Balta, Rafael Grau y Benjamín Boza, que el mismo día es reemplazada por la Presidencia Provisoria del coronel Óscar R. Benavides, según la Resolución Legislativa N° 1858.
 - b. El 4 de julio de 1919, el electo Presidente de la República, Augusto B. Leguía, depone al Presidente José Pardo y Barreda; e instaura un gobierno de facto, denominado Gobierno Provisional, y convoca a elecciones de una Asamblea Nacional.
 - c. Dicha Asamblea, efectivamente, por Ley N° 3083, de 25 de setiembre de 1919, aprueba «todos los actos practicados por el Gobierno Provisional para hacerse cargo del Poder, para convocar al pueblo al plebiscito nacional y para conservar el orden».
 - d. Sin sujeción a a Carta Política de 1920 y para dar término al Oncenio de Leguía, un autodenominado gobierno revolucionario inició su gestión con el Decreto Ley N° 6874, de 2 de setiembre de 1930, y concluyó con el Decreto Ley N° 7475, de 25 de noviembre de 1931.
 - e. Como consecuencia del golpe militar del 27 de octubre de 1948, violando la misma Carta de 1933, se dictaron los Decretos Leyes N°s 10889 a 11488, validados por la Ley N° 11490, de 28 de julio de 1950.
 - f. Luego del golpe militar del 18 de julio de 1962, bajo la nominal vigencia de la propia Constitución de 1933, se expidieron los Decretos Leyes N°s 14167 a 14627.
 - g. Transgrediendo la Constitución Política de 1979, con el golpe de Estado de 5 de abril de 1992, se rompió el sistema democrático mediante el Decreto Ley N° 25418 y concluyó con el Decreto Ley N° 26162.
 - h. Los Decretos Leyes dictados por el autodenominado «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional» fueron validados por la llamada Ley Constitucional de 9 de enero de 1993.
6. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que los Decretos Leyes impugnados tienen origen ilegítimo; pero han sido y siguen siendo aplicados. Su expedición se realiza cada vez que se ha quebrado el orden constitucional, esto es, bajo un régimen de facto. Son normas que se introducen con violación del ordenamiento señalado en la Constitución. Es decir, se trata de actos de gobierno que, por su propia naturaleza, son dictados en oposición a las normas constitucionales que disciplinan el ejercicio de la función legislativa.

La legislación antiterrorista

7. El Congreso de la República delegó facultades legislativas en el Presidente de la República mediante la Ley N° 23230, publicada el 15 de diciembre de 1980, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188° de la Constitución Política de 1979. En uso de esa atribución constitucional delegada fue expedido el Decreto Legislativo N° 46, de 10 de marzo de 1981,

por el cual se establecieron severas sanciones para quienes, con propósito de intimidación, alterasen la paz interna o el orden público empleando explosivos o bombas hasta llegar al extremo de poner en peligro la vida o la salud de las personas o causarles la muerte. Dicho Decreto Legislativo sustituyó al Decreto Ley N° 20828 y tuvo por objeto «acondicionar las normas represivas y procesales a los principios del Derecho Procesal Liberal, que garanticen una justa aplicación de la Ley punitiva, con mayor razón cuando la República ha retornado irrenunciablemente al cauce de su vida constitucional y democrática».

8. Diez años después, también por delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, a través de la Ley N° 25280, publicada el 30 de octubre de 1990, se promulgó el Código Penal, mediante el Decreto Legislativo N° 635, de 3 de abril de 1991, en cuyos artículos 319° a 324° se tipificó el delito de terrorismo en sus diversas modalidades. Estas normas, por lo tanto, sustituyeron a las que contenía el Decreto Legislativo N° 46.

Cuando el Código Penal cumplía un año de vigencia, se produjo el golpe de Estado de 5 de abril de 1992 que, mediante los cuatro Decretos Leyes materia de esta demanda de inconstitucionalidad, abrogaron la legislación precedente.

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DECRETOS LEYES EXPEDIDOS CON ANTERIORIDAD A LA CONSTITUCIÓN DE 1993

9. Los Decretos Leyes aluden a disposiciones de naturaleza jurídica *sui generis* dictadas por un poder de facto que ha reunido para sí -contra lo establecido en el ordenamiento constitucional- las funciones parlamentarias y ejecutivas. Se trata de disposiciones surgidas de la voluntad de operadores del órgano ejecutivo que carecen de título que los habilite para ejercer la potestad legislativa, las mismas que, con prescindencia de las formalidades procesales establecidas en la Constitución, regulan aspectos reservados a la ley. Son, pues, expresiones normativas de origen y formalidad espurios, que, empero, se encuentran amparadas en la eficacia de una acción de fuerza.

§ 4.1. El problema de la vigencia de los Decretos Leyes

10. El tema del reconocimiento, aplicabilidad y exigibilidad del cumplimiento de los Decretos Leyes es observado, según la doctrina, en función del «tiempo político» que se vive dentro de una comunidad política. En ese sentido, se plantean dos problemas: la vigencia de los Decretos Leyes durante la existencia de un gobierno de facto y la vigencia y validez de los Decretos Leyes al restaurarse el Estado de Derecho. Como es obvio, corresponde detenerse en el análisis del segundo caso.
11. La doctrina establece que durante el período que sigue a la desaparición de un gobierno de facto, la vigencia de los Decretos Leyes se procesa de conformidad con la teoría de la caducidad, la teoría de la revisión o la teoría de la continuidad.
12. La teoría de la caducidad -que plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, dichas normas dejan *ipso facto* de tener vigencia- no ha tenido aceptación en nuestro país; al extremo de haber sido utilizada una sola vez, a través de la ley del 20 de diciembre de 1895, que declaró inexistentes los actos gubernativos y las leyes aprobadas durante el período 1894-1895.

13. En cambio, la teoría de la continuidad utilizada en amplios momentos de nuestra historia y la teoría de la revisión son las que han permitido afrontar el delicado problema de la vigencia de los Decretos Leyes.

Según la teoría de la continuidad, los Decretos Leyes perviven o mantienen su vigencia -surtiendo todos los efectos legales- no obstante producirse la restauración del Estado de Derecho. Estos solo perderán vigencia en caso de que el Congreso posterior a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso.

Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los Decretos Leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y la de los bienes jurídicos (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, sin mengua de reconocer que este amparo haya sido establecido de manera no formal.

14. En efecto, durante el interregno del Estado de Derecho -como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto- surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por Decretos Leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia *sui géneris* de estos, sería abrir un largo, oscuro e inestable «paréntesis jurídico» que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos. Desde ambas perspectivas -la ciudadanía y la organización estatal-, se perpetraría un inmenso perjuicio para la vida coexistencial y la normal marcha del cuerpo político.
15. Así, el desconocimiento a priori y genérico de la totalidad de los Decretos Leyes, luego de restaurarse el Estado de Derecho, generaría incertidumbre, caos, desorden, riesgo y amenaza para las relaciones entre los ciudadanos y entre estos y el Estado.
16. Por su parte, la teoría de la revisión plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, los Decretos Leyes deben ser objeto de un examen de vigencia. Para tal efecto, el Congreso de la República se pronuncia por el mantenimiento o no en el sistema jurídico.

§ 4.2. Los Decretos Leyes y la impugnación por vicios de forma

17. Dos son las cuestiones adjetivas que se suscitan de la impugnación de los Decretos Leyes N^{os} 25475, 25659, 25708 y 25880:
- a. La competencia del Tribunal Constitucional para juzgar la validez constitucional de los Decretos Leyes en cuanto normas no enunciadas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución; y
 - b. Los alcances del control de constitucionalidad en tanto normas anteriores a la Constitución de 1993.
18. Con relación al primer aspecto, el Tribunal Constitucional considera que los Decretos Leyes constituyen un fenómeno *sui géneris*, ya que son producto de la violación de las normas sobre producción jurídica señalada en la Constitución; y mantienen relación con la vida jurídica sólo por las razones expuestas al fundamentar la teoría de la continuidad.

19. En el caso particular de los Decretos Leyes impugnados, la singularidad del problema, más allá de su origen (antes analizado), se centra en la «convalidación» efectuada por la Ley Constitucional de 9 de enero de 1993 y sus alcances.

A juicio del Tribunal Constitucional, tal «convalidación» no debe entenderse en el sentido de que su contenido haya quedado «constitucionalizado» ni que no se pueda intentar reforma legislativa sobre ellas una vez disuelto el CCD, o, a su turno, que hayan quedado inmunes a un control posterior. No sólo porque ese no es el sentido del artículo 2° de la referida Ley Constitucional, sino también porque tales Decretos Leyes deben considerarse como actos con jerarquía de ley y, por lo tanto, susceptibles de ser modificados o derogados por otras de su mismo valor y rango; y, por ende, sujetos al control de la constitucionalidad.

20. Por ello, el Tribunal Constitucional juzga que dicha Ley Constitucional sólo ha tenido el propósito de señalar que se trata de normas que «pertenecen» al ordenamiento jurídico nacional, esto es, que existen, pese a su origen espurio. Sin embargo, la pertenencia de una norma jurídica al ordenamiento no es sinónimo de validez.

21. Por lo demás, esa ha sido la línea jurisprudencial mantenida por este Colegiado desde el inicio de sus actividades. En efecto, el Tribunal no sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los Decretos Leyes, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, sino que, además, ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad. Por ejemplo, con relación a un Decreto Ley (el N° 25967), el Tribunal Constitucional dictó ya la sentencia de 23 de abril de 1997, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 26 del mismo mes (Exp. N° 007-96-I/TC).

El Tribunal Constitucional es, pues, competente para determinar la constitucionalidad de los Decretos Leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (art. 1° de la LOTC).

V. LOS DECRETOS LEYES Y LAS CUESTIONES DE ORDEN MATERIAL

22. Los demandantes han alegado la inconstitucionalidad, desde su origen, de los Decretos Leyes N°s 25475, 25659, 25708 y 25880, por cuanto no fueron aprobados y promulgados en la forma establecida por la Constitución de 1979. El Tribunal Constitucional considera, a la luz de lo expuesto precedentemente, que el problema planteado respecto de tales Decretos Leyes no radica tanto en determinar si estos se introdujeron respetándose los límites formales impuestos por la Constitución de 1979, sino en examinar si son compatibles, por el fondo, con la Constitución de 1993.

23. A este respecto, ya se ha precisado que mediante la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 se declaró que los Decretos Leyes expedidos por el gobierno de facto mantenían plena vigencia en tanto no fueran derogados, modificados o revisados, por lo que no puede efectuarse un control formal de constitucionalidad de acuerdo con la Carta de 1979.

Además, al plantearse la demanda de inconstitucionalidad contra dichos Decretos Leyes, ya no se encontraba en vigencia la Constitución de 1979, sino la de 1993. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional considera que sustituido el canon o parámetro de control, cualquier

control sobre la legislación preconstitucional debe resolverse conforme a las disposiciones sustantivas previstas por la nueva Constitución, esto es por la Carta de 1993.

24. No obstante no es ajeno al Tribunal Constitucional que, tratándose del control de la legislación preconstitucional, el juicio de compatibilidad entre la Ley anterior (o Decreto Ley) y la Constitución actual, no se resuelve únicamente en un control de validez bajo los alcances del principio de jerarquía, sino, incluso, en uno de mera vigencia. En efecto una vez que entra en vigencia una nueva Constitución, ésta es capaz de derogar tácitamente la legislación «preconstitucional» que se le oponga, pues también en este caso es de aplicación el principio «*lex posterior derogat priori*». Sin embargo, lo anterior no impide que, en el seno de una acción de inconstitucionalidad, este Tribunal pueda declarar su inconstitucionalidad en caso de ser incompatible con la nueva Constitución.
25. Es cierto que el supuesto de derogación tácita y la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional no son operaciones análogas y de efectos similares. Mientras que la primera la realiza el Juez y tiene efectos *inter partes*: la segunda es competencia del Tribunal Constitucional y, en virtud de los efectos de sus sentencias, tiene alcance general *-erga omnes-* y vincula a todos los poderes públicos, incluido obviamente al propio Poder Judicial.

Por lo tanto, habiéndose promovido una acción de inconstitucionalidad contra leyes preconstitucionales, el Tribunal Constitucional es competente para pronunciarse sobre su compatibilidad, por el fondo, con la Constitución de 1993.

VI. EL CARÁCTER Y ALCANCE DE LA SENTENCIA

§ 6.1. Conceptos Previos

26. Teniendo en cuenta la trascendencia de la presente acción de inconstitucionalidad en la vida social y jurídica del país, es necesario que el Tribunal Constitucional proceda a efectuar una explicación del tipo de sentencia que hoy dicta, con varios registros en la jurisprudencia comparada y fecundo desarrollo en la doctrina de la jurisdicción constitucional.
27. El Tribunal Constitucional, por mandato de la Constitución del Estado, tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, ya sea por vicios de forma o fondo; además, el artículo 35° de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece que sus fallos son vinculantes para todos los poderes públicos, y de manera específica para los jueces, pues estos, de conformidad con la primera disposición general de la ley acotada, «(...) interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resultan de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».
28. Aún cuando en «cada país y casi cada autor, tienden a elaborar tipologías diferentes» de sentencias (E. Aja y M. González, «Conclusiones generales», en *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998, pág. 275), tradicionalmente, según se acoja o rechace el petitorio de la demanda, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden clasificarse en sentencias «estimatorias» o «desestimatorias»; sin embargo, el dinámico contexto social de nuestro país ha obligado a este Colegiado, como a su turno lo hicieron otros tribunales análogos al nuestro (como los de Italia, España y Alemania), a dictar resoluciones que

en cierta medida se apartan de esta distinción clásica, innovando de ese modo la tipología de sus sentencias.

29. Es el caso de las sentencias denominadas interpretativas. Mediante tales sentencias, los tribunales constitucionales evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Son abundantes los testimonios de las ventajas de esta clase de sentencias en el derecho y la jurisprudencia constitucional comparados, ya que, además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con fuerza o rango de ley.
Las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, a su vez, estimatorias y desestimatorias. Mediante ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución.
30. Por el contrario, mediante las sentencias denominadas aditivas, se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo («en la parte en la que no prevé que (...)») que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino sólo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido.
31. A diferencia de estas, las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la «reconstruye», a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados. Tales decisiones -las aditivas y las sustitutivas-, en realidad, no innovan el ordenamiento jurídico, si es que con ello se quiere expresar el acto por el cual el Poder Legislativo innova el ordenamiento jurídico «escribiendo» y poniendo en vigencia nuevas disposiciones legales, pues evidentemente, el Tribunal Constitucional no tiene capacidad para hacerlo.
32. Finalmente, también existen las sentencias exhortativas, que son aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado).
33. En cualquiera de los casos, detrás de dichas sentencias se halla la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal. Al igual que cualquier sentencia constitucional, ellas también vinculan a los poderes públicos, y si bien no determinan un plazo concreto o determinado dentro del cual deba subsanarse la omisión, sin embargo, transcurrido un plazo

de tiempo razonable, a propósito de la protección de derechos constitucionales, pueden alcanzar por completo sus efectos estimatorios, hasta ahora solo condicionados.

Así expuesto el carácter de esta sentencia, bien puede decirse que la presente es una sentencia «estipulativa», puesto que expone los conceptos, alcances y efectos de la sentencia, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos.

§ 6.2. La legitimidad de las sentencias interpretativas

34. La existencia de toda esta clase de sentencias del Tribunal Constitucional es posible sólo si se tiene en cuenta que, entre «disposición» y «norma», existen diferencias (Riccardo Guastini, «Disposizione vs. norma», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989, pág. 3 y ss.). En ese sentido, se debe subrayar que en todo precepto legal se puede distinguir:

- a. El texto o enunciado, es decir, el conjunto de palabras que integran un determinado precepto legal (disposición); y,
- b. El contenido normativo, o sea el significado o sentido de ella (norma).

35. Siendo objeto del examen de constitucionalidad el texto y su sentido normativo, el análisis deberá necesariamente realizarse en el marco de una realidad concreta, tanto jurídica como social, es decir, con la perspectiva analítica del derecho en acción, vivo, y la aplicación específica de la norma.

El Tribunal, por lo demás, enfatiza que el fundamento y la legitimidad de uso de este tipo de sentencias radica en el principio de conservación de la ley y en la exigencia de una interpretación conforme a la Constitución, a fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional; además, se deberá tener en cuenta el criterio jurídico y político de evitar en lo posible la eliminación de disposiciones legales, para no propender a la creación de vacíos normativos que puedan afectar negativamente a la sociedad, con la consiguiente violación de la seguridad jurídica. Por tales razones, el Tribunal Constitucional sostiene que dictar en el presente caso una sentencia interpretativa, además, aditiva, sustitutiva, exhortativa y estipulativa, no solamente es una potestad lícita, sino fundamentalmente constituye un deber, pues es su obligación la búsqueda, vigencia y consolidación del Estado Constitucional de Derecho, siempre fundada en los principios y normas constitucionales y los valores que configuran la filosofía jurídico-política del sistema democrático.

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° del Decreto Ley N° 25475. Ello fluye del texto mismo del artículo 1° del Decreto Ley N° 25659, cuando indica que «*Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475*» (...). Similar criterio se deriva de un examen comparativo de las modalidades previstas en los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N° 25659 con las especiales características que se exigen en los artículos 3° y 4° del Decreto Ley N° 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° y el inciso a) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25659, los que se asimilan a los artículos 2° y 3°, inciso

- a), primer párrafo, del Decreto Ley N° 25475, respectivamente. El inciso b) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25659 se asimila al artículo 3°, inciso a), segundo párrafo, del Decreto Ley N° 25475. El inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25659 se asimila al inciso a) del artículo 4° del Decreto Ley N° 25475. Y, finalmente, el inciso b) del artículo 1° del Decreto Ley N° 25659 se asimila al inciso e) del artículo 4° del Decreto Ley N° 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°s 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 imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados 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.
42. Con relación al artículo 6° del Decreto Ley N° 25659, relativo a las acciones de hábeas corpus, por conexión, también es inconstitucional la frase «o traición a la patria», por lo que dicho precepto subsistirá de la siguiente manera: «La acción de hábeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12° de la Ley N° 23506, en favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo, debiendo observarse las siguientes normas de procedimiento: (...)». Este último precepto, en los términos antes mencionados,

no impide la interposición del hábeas corpus cuando una persona se encuentre procesada por el delito de traición a la patria previsto en el artículo 325° del Código Penal, en cuyo caso se aplicarán las reglas previstas en las Leyes N^{os} 23506 y 25398.

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 constitucional, 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».*

§ 8.1. Alcances y límites del principio de legalidad penal (artículo 2°, inciso 24), literal «d», de la Constitución)

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°.
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 2° 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 inadmisibles, 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° 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° 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° 635, de 3 de abril de 1991, que usa figuras penales abiertas en los artículos 145° y 179° «cualquier otro medio», 154° «u otro medio», 157° «u otros aspectos», 161° «u otro documento de naturaleza análoga», 170°, 171°, 172°, 173°, 174° y 176° «u otro análogo», 185° «o cualquier otra conducta», 190° « otro título semejante», 192° «cualquier otro motivo», 196° «otra forma fraudulenta», 198° « cualquier medio fraudulento», el 210° «cualquier otro acto» , 233°, 237°, 253° y 345° «de cualquier manera», 238° «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 TERREROS, 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 setiembre 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: «*estragos 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 parten*), resultaría contraria al principio de legalidad.

§ 8.3 Examen de la acción típica

60. Del texto del artículo 2° del Decreto Ley N° 25475 citado, se observa que el legislador ha previsto tres modalidades de conductas básicas: provocar, crear o mantener un estado de zozobra, *alarma o temor* en la población o un sector de ella; y 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 y el empleo de medios idóneos para causar esos estragos, es decir, debe tenerse presente que esas 2 modalidades *per se* no constituyen delito de terrorismo, sino que se requiere, además, de la actuación a través de los medios típicos previstos en la ley («*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*»). Estos medios típicos deben ser interpretados restrictivamente, según se establece más adelante.
61. **La primera modalidad de la acción: atemorizar a la población.** La acción de provocación, creación o mantenimiento de un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, ha sido prevista por el legislador como una exigencia objetiva (elemento del tipo objetivo), a diferencia de la legislación antiterrorista previa, que lo consideraba como un elemento subjetivo (es el caso del Decreto Legislativo N° 46 que en su artículo 1° hace

referencia al «**propósito** de provocar o mantener un estado de zozobra, alarma o terror en la población o un sector de ella»).

62. Una interpretación que considere que la acción bajo comentario tiene la condición de elemento objetivo resulta atentatoria del principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado. Por ende, no basta la sola afectación o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos que el Derecho Penal protege. El principio según el cual «no hay pena sin dolo o culpa» exige que el actor haya actuado con voluntad de afectarlos. Ese criterio está recogido en el artículo 12° del Código Penal de 1991.
63. Sin embargo, tal omisión de ese elemento subjetivo no es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de todo el enunciado del artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, por no preverla o contemplarla. Únicamente cabría declarar la inconstitucionalidad de la «norma implícita», esto es, del sentido interpretativo que se deriva de la omisión aludida, considerando que, entre «disposición» y «norma», existen diferencias. Así, mientras que por «disposición» debe entenderse 'al enunciado de un precepto legal'; por «norma», en cambio, debe entenderse 'el sentido o los sentidos interpretativos que de dicho enunciado se puedan derivar' (Crisafulli, Vezio, «Disposicione e norma», en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIII, 1964, pág. 195 y ss.).

Es decir, es inconstitucional el sentido interpretativo que excluye del tipo cualquier referencia a la responsabilidad o culpabilidad del sujeto. Por lo tanto, los jueces no pueden condenar, al amparo de dicho artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, a una persona por el solo hecho de que se haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos señalados en la misma disposición legal sin tomar en cuenta el análisis de su culpabilidad.

64. El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del artículo 2° del Decreto Ley N° 25475 queda supeditada a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal, ello se haya realizado con intención del agente. A mayor abundamiento, la prohibición de que la pena sólo pueda basarse en un tipo de responsabilidad objetiva se encuentra prevista en el artículo Vil del Título Preliminar del Código Penal, según el cual «La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva».
65. Por ello, el Tribunal considera que es inconstitucional la norma implícita que se deriva de la frase «El que provoca, crea o mantiene», en la medida en que no prevé la responsabilidad subjetiva, esto es, la intención del agente como la susceptible de reprocharse penalmente; por lo que tal frase, extendiendo los alcances del artículo Vil del Título Preliminar del Código Penal sobre el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, subsistirá con el mismo texto, con el sentido interpretativo antes anotado: «*El que (intencionalmente) provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella (...)*».
66. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que la formulación subsistente del tipo penal contemplado en el artículo 2° del Decreto Ley N° 25475, no afecta tampoco al principio de reserva legal ni, su aplicación para casos pasados, constituye una infracción del principio de irretroactividad de la ley o, acaso, al propio principio de legalidad penal.

67. En efecto, la norma que exige la responsabilidad subjetiva como condición para imponerse una pena, se encuentra comprendida en el ordenamiento penal, de manera que cuando este Tribunal Constitucional adiciona, 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 partem*), ya previsto en el ordenamiento, esto es, en el artículo Vil del Título Preliminar del Código Penal (Cf. Crisafulli, Vezio, «La Corte Costituzionale ha vent'anni», en Nicola Ccchiocupo, *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Cedam, Padova 1984, pág. 85). Aún así, este Tribunal Constitucional debe señalar que, en la noción de ley, a la cual se refiere el principio de legalidad penal, para reservar la determinación de las hipótesis del delito, incluso, debe considerarse las sentencias del Tribunal Constitucional» que, por su propia naturaleza, tienen valor de ley. (Pizzorusso, Alessandro, «Las sentencias 'manipulativas' del Tribunal Constitucional italiano», en AA.W. *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1981, pág. 292).
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 servicio». 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°, 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° 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 Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo*. En: Revista Actualidad Penal, N° 38, 2002). Este es precisamente el caso de las cláusulas *sub examine*, 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 partem*).

§ 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 2° del Decreto Ley N° 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 «actos» 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.

IX. LA APOLOGÍA DEL TERRORISMO Y LAS LIBERTADES DE INFORMACIÓN, EXPRESIÓN, OPINIÓN Y DIFUSIÓN DEL PENSAMIENTO

79. Los demandantes plantean la inconstitucionalidad del delito de apología del terrorismo, previsto tanto en el artículo 7° del Decreto Ley N° 25475 como en el artículo 1° del Decreto Ley N° 25880, argumentando que tales previsiones vulneran el derecho constitucional a la libertad de expresión y difusión del pensamiento.
80. El Decreto Ley N° 25475, en su artículo 7°, precisa que *«Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que, públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana.»*
81. Igualmente, el Decreto Ley N° 25880, en su artículo 1°, sanciona la apología de terrorismo realizada por docente, en los siguientes términos: *‘El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva. Asimismo será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del artículo 36° del Código Penar.’*

82. Por su parte, la Constitución Política consagra el derecho a «*las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley*» (artículo 2.º, inciso 4).

Conciérne a este Tribunal examinar la compatibilidad entre las figuras de apología referidas y el derecho constitucional a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento.

83. En este sentido, debe considerarse que las referidas libertades no son absolutas, sino que, por autorización del propio texto constitucional, pueden ser limitadas por ley («*bajo las responsabilidades de ley*»). La limitación de estos derechos constitucionales solo se justifica si existen otros valores de igual rango que deben ser protegidos.

La apología supone una «*alabanza o argumentos defensores del hecho que se elogia*» (LAMARCA PÉREZ, Carmen: *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 289). «La apología es la exaltación sugestiva, el elogio caluroso, es alabar con entusiasmo» (PEÑA CABRERA, *Traición a la Patria y Arrepentimiento Terrorista*, Grijley, Lima, 1994, p. 97). En consecuencia, los tipos penales en referencia sancionan la manifestación pública en términos de elogio o exaltación de determinadas acciones terroristas tipificadas en el Decreto Ley N° 25475.

84. Cabe precisar que la apología no consiste en un acto de instigación, pues no busca determinar a otro para que se decida a cometer el delito. La instigación se realiza con relación a un sujeto determinado y para la perpetración de un hecho concreto. En cambio, en el caso de la apología no existe un sujeto concreto receptor del apologista.

De lo expuesto se colige que cuando la conducta consiste en incitar a la comisión de un nuevo delito terrorista, ya sea a través del elogio o de cualquier otra forma directa o indirecta, es de aplicación el tipo penal de incitación previsto en el artículo 6° del Decreto Ley N° 25475.

85. Si bien la apología no tiene por finalidad provocar nuevas acciones; sin embargo, su dañinidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo. (LAMARCA PÉREZ, op. cit. 292). Las actividades delictivas cometidas por grupos armados o elementos terroristas crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional (STC 199/1987). La apología del terrorismo no es una conducta irrelevante desde el punto de vista de los bienes jurídicos atacados por esos delitos.

86. Que, en abstracto, el legislador haya previsto como un ilícito penal la apología del terrorismo, no es, *per se*, inconstitucional, toda vez que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, como el libre desenvolvimiento de la personalidad de los estudiantes, a la par que bienes y valores constitucionalmente protegidos, como la preservación del orden democrático constitucional, sin el cual no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales.

El Tribunal Constitucional, además, destaca el hecho de que la apología del delito está tipificada en el artículo 316° del Código Penal de 1991, que dispone:

«El que, públicamente, hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.»

Si la apología se hace de delito contra la seguridad y tranquilidad públicas, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los Poderes del Estado y el orden constitucional, la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años.»

87. No obstante, como ya antes este Tribunal Constitucional ha sostenido, siguiendo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las libertades de información y expresión son constitucionales al régimen democrático-constitucional, pues contribuyen con la formación de una opinión pública libre. En consecuencia, al mismo tiempo de garantizarlas, el Estado está legitimado a reprimir a aquellas conductas que, con su ejercicio, busquen destruir el propio sistema democrático, ámbito natural donde es posible el goce y el ejercicio de todos los derechos fundamentales del ser humano.

Sin embargo, aún en esos casos, la represión penal de esas manifestaciones u expresiones, deben realizarse con el escrupuloso respeto de los límites a los que el *ius puniendi* estatal está sometido, de tal manera que sus efectos intimidatorios no terminen por negar u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de estas libertades preferidas.

88. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 7 del Decreto Ley N°. 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley N° 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, en este supuesto, no es preciso delimitar interpretativamente el supuesto prohibido en ambas disposiciones legales, toda vez que ella es expresión de una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal, que obviamente queda subsistente.

Finalmente, no es ajeno al Tribunal Constitucional que, detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno. Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de esta libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal.

En consecuencia, la aplicación de este artículo 316 del Código Penal ha de realizarse tomando en consideración los criterios de merecimiento de pena en función de la gravedad del hecho. De ahí que no cualquier expresión de opinión favorable sobre un acto terrorista, o su autor, constituya delito; sino que deben respetarse ciertos límites. Estos son:

- a. Que la exaltación se refiera a un acto terrorista ya realizado;
- b. Que cuando la apología se refiera a la persona que haya cometido el delito, esta debe tener la condición de condenada por sentencia firme;

- c. Que el medio utilizado por el apologista sea capaz de lograr la publicidad exigida por el tipo penal, es decir, que debe tratarse de una vía idónea para propalar el elogio a un número indeterminado de personas; y,
- d. Que la exaltación afecte las reglas democráticas de pluralidad, tolerancia y búsqueda de consenso.

X. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

§ 10.1. El derecho de acceso a la justicia

- 89. Como ha señalado el Tribunal, detrás de la constitucionalización de procesos como el hábeas corpus, el amparo o el hábeas data, nuestra Carta Magna ha reconocido el derecho (subjetivo-constitucional) a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales (Caso Tineo Cabrera. Exp. N° 1230-2002-HC/TC). Un planteamiento en contrario conllevaría la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional o derecho de acceso a la justicia reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución.
- 90. Si bien los demandantes, en el punto 3.13 de su demanda, hacen referencia a la vulneración del derecho constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, pues el artículo 6° del Decreto Ley N° 25659 proscribía el acceso a las acciones de garantía en los casos de terrorismo y traición a la patria, lo cierto es que, como los propios demandantes reconocen, dicha disposición fue derogada del ordenamiento con la promulgación de la Ley N° 26248, de 25 de noviembre de 1993. En efecto, el artículo 2° de dicha Ley modifica el artículo 6° del Decreto Ley N° 25659, y estipula que la acción de hábeas corpus también es procedente para aquellos individuos implicados o procesados por los delitos de terrorismo y traición a la patria. Por ello, respecto de este punto específico de la pretensión, existe sustracción de la materia.
- 91. Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera pertinente evaluar el inciso 4) del artículo 6° del Decreto Ley N° 25659, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 26248, y analizar su constitucionalidad a la luz del derecho de acceso a la justicia y, específicamente, del derecho a un *recurso sencillo, rápido y efectivo* ante los tribunales frente a actos que violan los derechos fundamentales, reconocido en el artículo 25°, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El precepto aludido del Decreto Ley N° 25659 señala:

«La acción de hábeas corpus es procedente en los supuestos previstos en el artículo 12° de la Ley N° 23506, a favor de los detenidos, implicados o procesados por los delitos de terrorismo o traición a la Patria, debiendo observarse las siguientes normas de procedimientos:» (...)

- 4) No son admisibles las acciones de hábeas corpus sustentadas en los mismos hechos o causales, materia de un procedimiento en trámite o ya resuelto.»
- 92. Un sentido interpretativo de la norma en cuestión podría desembocar en la idea de que, no obstante la modificación realizada, aún existe una desproporcionada restricción del derecho de acceso a la justicia, pues es difícil concebir sustento en la interposición de una acción de hábeas corpus que no encuentre razón de ser en los hechos que son materia de procedimiento. Con lo cual, aun si existiera afectación del derecho a la libertad individual, si esta afectación se deduce de una irrazonada y desproporcionada valoración de los hechos que dan

lugar al procedimiento, no habría lugar a la interposición del hábeas corpus. Evidentemente, así interpretada la disposición, al dejar en estado de indefensión al justiciable, sería inconstitucional.

93. Sin embargo, si se interpreta en el sentido de que el precepto *sub examine* evita que el detenido, implicado o procesado, a través del hábeas corpus, busque que el juez constitucional, basándose en el análisis de los hechos por los que es procesado, emita juicio en torno a su inocencia o culpabilidad en la causa que se le sigue, la disposición no es inconstitucional. En efecto, mientras que el primer sentido interpretativo significaría una inaceptable intromisión en una labor que es exclusiva de la jurisdicción penal ordinaria; en cambio, interpretada del segundo modo, el artículo 6°, inciso 4) del Decreto Ley N° 25659 es compatible con el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo del artículo 25°, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como este Tribunal Constitucional ha expresado en el Caso Tineo Cabrera antes citado.

§ 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° 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 141° 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 173° 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 173° 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°, numeral 1, de la Convención Americana 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° 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 bs 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 ultima 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 hermenéutico que no sea incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denunciada por la Corte, entre tanto, el legislador adecúa el artículo 173° 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° 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° del Decreto Ley N° 25659 y el artículo 2° del Decreto Ley N° 25880 y, por conexión, también los artículos 2° y 3° del Decreto Ley N° 25708.

b) Tribunales «sin rostro»

110. Los demandantes también solicitan la declaración de inconstitucionalidad del artículo 15° Decreto Ley N° 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° 26671 ha derogado, tácitamente, tanto el artículo 15° 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° 26671 previo 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° del Decreto Ley N° 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.

§ 10.3. El Derecho de defensa

114. Por otro lado, se alega que los Decretos Leyes en referencia violan el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú. Tal impugnación se ha planteado desde una doble perspectiva: En primer término, se sostiene, con carácter general, que todos los Decretos Leyes impugnados «trasgreden abiertamente el derecho de defensa, lo niegan, por lo que los procesos realizados al amparo de estas normas acarrearán la nulidad absoluta e insalvable de los mismos». En segundo lugar, esta vez, de manera específica, se precisa: a) que el inciso f) del artículo 12° del Decreto Ley N° 25475 es inconstitucional al establecer que «el defensor sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación»; y, b) el inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25744 prohíbe que los abogados defensores patrocinen a más de un encausado a nivel nacional, con excepción de los abogados de oficio, prohibición que, en su momento, también disponía el artículo 18° del Decreto Ley N° 25475, hoy derogado por la Ley N° 26248.

a) Generalidad de la impugnación y deber de tener un mínimo de argumentación jurídico-constitucional en la pretensión

115. Con relación al primer extremo planteado que, como se señaló en el párrafo anterior, tiene por propósito que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de todos los Decretos Leyes -y no sólo de algunas disposiciones-, es preciso indicar que, recayendo el juicio de validez material sobre concretas disposiciones de una fuente con rango de ley, no solo es preciso que se identifiquen esas disposiciones de la fuente impugnada, sino, además, que se detallen los argumentos jurídico-constitucionales por los que, a su juicio, se debería expulsar del ordenamiento jurídico. Como ha expresado el Tribunal Constitucional de España, «cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los demandantes no sólo la de abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de colaborar con la justicia del Tribunal en un pormenorizado análisis de las graves cuestiones que se suscitan. Es justo, por ello, hablar, de una carga del recurrente y en los casos que aquella no se observe, de una falta de diligencia procesalmente exigible, que es la diligencia de ofrecer la fundamentación que razonablemente es de esperar» (Fund. Jur. 3, STC 11/1981).

116. No obstante lo anterior, y los términos generales de la impugnación realizada por los demandantes, también hay en ella la identificación de algunas disposiciones de ciertos Decretos Leyes sobre los cuales se ha formulado concretos argumentos, y en torno a los cuales es preciso que este Colegiado tenga que detenerse. Antes, sin embargo, debe recordarse que, en un proceso como el presente, este Tribunal no se pronuncia sobre la validez de los procesos realizados en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, donde eventualmente se hayan aplicado las normas hoy impugnadas, aun cuando estas, con posterioridad, son declaradas no conformes a la Constitución; sino, concretamente, sobre la validez de la norma impugnada. Y ello es así, pues, por su propia naturaleza, si algo caracteriza al modelo de jurisdicción constitucional concentrada, ese algo es precisamente que se trata de un control abstracto entre dos normas de distinto rango, con independencia de las situaciones fácticas donde estas se vayan a aplicar.

b) Inciso f) del artículo 12 del Decreto Ley N° 25475 y derecho de defensa

117. El inciso f) del artículo 12° del Decreto Ley N° 25475 señala que: «En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes:

«(...) f) Los encausados tienen derecho a designar su abogado defensor, el mismo que sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación en presencia del representante del Ministerio Público. Si no lo hicieren, la autoridad policial les asignará uno de oficio, que será proporcionado por el Ministerio de Justicia».

118. A juicio de los demandantes, dicho dispositivo es inconstitucional porque establece que «el defensor sólo podrá intervenir a partir del momento en que el detenido rinda su manifestación», impidiéndosele que pueda contar con asistencia letrada antes de que ella se recabe.

119. El Tribunal Constitucional ha señalado que uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución. «Por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión» (Caso Tineo Cabrera, Exp. N° 1230-2002-AA/TC).

120. Sin embargo, como expresa el mismo inciso 14) del artículo 139° de la Constitución, no solo se trata de un derecho subjetivo, sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental.

Uno de sus contenidos es el derecho a comunicarse personalmente con un defensor, elegido libremente, y a ser asesorado por este. Como expresa dicho dispositivo constitucional, se garantiza el «(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...)» y el «derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorado por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad».

121. Si bien una interpretación literal de la primera parte del inciso 14) del artículo 139° de la Constitución parecería circunscribir el reconocimiento del derecho de defensa al ámbito del proceso, una interpretación sistemática de la última parte del mismo precepto constitucional permite concluir que ese derecho a no ser privado de la defensa debe entenderse, por lo que hace al ámbito penal, como comprensivo de la etapa de investigación policial, desde su inicio;

de manera que el derecho a ser asesorado por un defensor, libremente elegido, no admite que, por ley o norma con valor de ley, este ámbito pueda reducirse y, en ese sentido, disponerse que el derecho a ser asistido por un profesional del derecho no alcance el momento previo a la toma de la manifestación.

122. El contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa garantiza que toda persona sometida a detención, policial o judicial, deba ser informada irrestrictamente de las razones que lo promueven, y que, desde su inicio, hasta su culminación, pueda ser asistida por un defensor libremente elegido.

123. No obstante todo lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que esta disposición impugnada no puede ser declarada inconstitucional, toda vez que fue derogada tácitamente por el artículo 2° de la Ley N° 26447, a tenor del cual:

Los presuntos implicados por delitos de terrorismo señalados en el artículo precedente tienen derecho a designar un abogado defensor de su elección y a ser asesorados por éste desde el inicio de la intervención policial.

La participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado no podrá limitarse, aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido.

Es obligatoria la presencia del abogado defensor y del representante del Ministerio Público en la manifestación policial del presunto implicado. Si éste no nombra abogado defensor, la autoridad policial, en coordinación con el Ministerio Público, le asignará uno de oficio que será proporcionado por el Ministerio de Justicia».

c) Inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25744 y limitación del derecho de defender

124. Los demandantes sostienen que el inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25744 es inconstitucional, ya que prohíbe que los abogados defensores patrocinen a más de un encausado a nivel nacional, con excepción de los abogados de oficio. Refieren, asimismo, que similar prohibición, en su momento, la establecía también el artículo 18° del Decreto Ley N° 25475, que hoy se encuentra derogado por la Ley N° 26248.

125. Como es obvio, nada ha de decir este Tribunal Constitucional respecto al artículo 18° del Decreto Ley N° 25475, pues, como se ha sostenido, en la actualidad se encuentra derogado. Sí ha de detenerse, sin embargo, en el análisis del inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25744, que modifica el Decreto Ley N° 25475, según el cual:

«Durante la investigación policial, la Instrucción y el Juicio, así como en el cumplimiento de la condena de los delitos de traición a la Patria a que se refiere el Decreto Ley N° 25659, se observará, en lo que fuere pertinente, lo establecido en los artículos 12°, 13°, 17°, 18°, 19° y 20° y Séptima Disposición Final y Transitoria del Decreto ley N° 25475, con las siguientes modificaciones:

(...) c) Los abogados defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional, en ninguna de las etapas sea Investigación Policial, Instrucción o el Juicio. Están exceptuados de esta disposición los abogados defensores de Oficio».

126. A primera vista, pareciera que la limitación que establece el inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25744 no incide, en realidad, sobre el derecho de defensa, sino, por el contrario, sobre la libertad del ejercicio de la profesión, en este caso, de los profesionales del derecho. La verdad, sin embargo, es que tratándose de una restricción sobre tal libertad, también lo es sobre el derecho de defensa, que si, como antes se ha dicho, también garantiza que el encausado pueda elegir libremente a su defensor, restringe las posibilidades de esa libre elección, en la medida que una vez que el letrado se constituya como defensor de una persona determinada, ya no podrá encargársele y/o aceptar la defensa de otra.
127. Se trata, desde luego, de una limitación del derecho, en un doble sentido: por un lado, al derecho de elegir libremente un abogado, y, por otro, a la libertad en el ejercicio de la profesión de abogado. En cuanto disposición limitativa del ejercicio de derechos constitucionales, *per se*, no es inconstitucional, pues como ha tenido oportunidad de advertir este Tribunal, en el Estado Constitucional de Derecho, por regla general, no hay derechos cuyo ejercicio pueda realizarse de manera absoluta, pues éstos pueden ser limitados, ya sea en atención a la necesidad de promover o respetar otros derechos constitucionales, ya sea porque su reconocimiento se realiza dentro de un ordenamiento en el cual existen también reconocidos una serie de principios y valores constitucionales.
128. Y es que para que una limitación del derecho no sea incompatible con los derechos constitucionales a los que restringe, ésta debe respetar su contenido esencial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no considera que la limitación sobre el ejercicio del derecho de elegir libremente un defensor afecta su núcleo duro, esto es, la posibilidad de que el encausado en un procedimiento investigador, o en un proceso judicial, esté en la capacidad de elegir y, por lo tanto, que no se le imponga un letrado. Y es que si la disposición cuestionada limita las opciones de la elección (el defensor de uno ya no podrá ser elegido por otro), ello, en principio y con carácter general, no genera indefensión, toda vez que tal elección podrá realizarse entre otros letrados.
129. Ese ha sido el mismo criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener, en relación al precepto impugnado, que «La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculpado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, *per se*, una violación del artículo 8.2.d. de la Convención» (Caso Castillo Petrucci, párrafo. 147).
130. No es ajeno a este Tribunal que esa negación de la incompatibilidad, *per se*, del inciso c) del artículo 2° del Decreto Ley N° 25744 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no puede sino entenderse en los alcances generales con los cuales está formulado dicho precepto legal, pero que, en su aplicación concreta, especialmente en un ámbito territorial donde no haya la posibilidad de elección entre diversos profesionales del derecho, por su ausencia, tal aplicación -ya que no la disposición- sí pueda lesionar el derecho en cuestión.
131. Otro tanto cabría, ahora, señalar respecto a la limitación de la libertad de ejercicio de la profesión que, como contenido implícito de la libertad de trabajo, se encuentra reconocida en el inciso 15) del artículo 2° de la Constitución. Tal libertad de trabajo no puede considerarse vulnerada en su contenido esencial porque, en el ámbito concreto de un tipo especial de delitos, se limite que el profesional en derecho pueda hacerse cargo de la defensa de más de un encausado. Y es que tal limitación, concretamente referida a un único delito, no significa que tal profesional del derecho pueda tenerla para asumir otras figuras delictivas.

No deja de preocupar a este Tribunal, por otro lado, que, so pretexto de la gravedad de ciertos delitos, las medidas bajo análisis puedan extenderse a otras figuras reguladas por el Código Penal. Por ello, considera este Supremo Intérprete de la Constitución, que medidas de esa naturaleza no pueden configurarse como una regla general, sino de manera excepcional y siempre que los fines que con tales medidas se persigan alcanzar sean estrictamente proporcionales con la restricción impuesta.

§ 10.4. La presunción de inocencia

132. Por otro lado, se acusa que el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N° 25475, modificado a su vez por la Ley N° 26248, viola el principio de presunción de inocencia reconocido en el literal «e» del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, ya que establece que:

«Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal quien dictará el auto apertorio de instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad con excepción de la libertad incondicional».

a) El derecho a la protección jurisdiccional de los derechos, autonomía judicial e interpretación sistemática de la ley procesal penal

133. Señalan los demandantes que dicho precepto legal afectaría el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y el derecho reconocido en los artículos 7°, numeral 6 y 8°, numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que dichos dispositivos garantizan el derecho de la persona a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que éstos decidan, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordenen su libertad si fueron ilegales.

134. Con referencia a esta impugnación del artículo 2°, inciso c), del Decreto Ley N° 25744, considera este Tribunal Constitucional que, en principio, ote él no es posible inferir, en ningún modo, que se impida, obstaculice o disuada, que el afectado con la prisión preventiva pueda recurrir la decisión que afecta su libertad locomotora. Este Supremo Intérprete de la Constitución es consciente que, hasta hace poco, en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional prevalecía la idea de que, con excepción del ejercicio de los recursos dentro del mismo proceso penal, el mandato de detención no podía ser cuestionado en otro tipo de procesos y, particularmente, en el ámbito del hábeas corpus. Sin embargo, como ya ha tenido oportunidad de señalar este Tribunal (entre otros, en el Caso Tineo Cabrera, Exp. N° 1230- 2002-HC/TC), el artículo 8° numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la protección jurisdiccional de todos los individuos y, en consecuencia, nadie puede ser impedido de acceder a un tribunal de justicia para dilucidar si un acto, cualquiera sea el órgano estatal del que provenga, afecta o no sus derechos reconocidos en la Constitución o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero una cosa es que se haya considerado en ciertos sectores de la comunidad jurídica nacional que determinados actos, como el mandato de detención, no puedan ser objeto de control mediante el hábeas corpus, y otra, muy distinta, que la disposición impugnada lo prohíba *per se*. La primera es un problema de interpretación. La segunda, en cambio, de validez.

135. Distinta es la situación, en cambio, de la alegación sobre la afectación del principio de inocencia que contendría el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N° 25475. No tanto por

los términos en los que se plantea esa impugnación, esto es, en el sentido de que aquella disposición, al obligar al juez a abrir auto de instrucción con mandato de detención, expresa una «declaratoria de responsabilidad penal».

A juicio del Tribunal, que el juez dicte el auto de apertura de instrucción no significa que emita una declaración anticipada de responsabilidad penal del procesado. Con dicho acto procesal sólo se abre el proceso penal, en cuyo seno se determinará finalmente si el encausado es o no responsable del delito por el que se le juzga, previo desarrollo del proceso conforme a las reglas del derecho al debido proceso penal. Ese dispositivo, pues, no admite ser interpretado en el sentido que los demandantes lo han hecho, pues no sólo no se infiere ello de su enunciado, sino tampoco de una interpretación de él conforme a la naturaleza de la institución procesal.

136. Sí, en cambio, podrían abrigarse ciertas dudas de inconstitucionalidad si el precepto impugnado se interpretase en sentido literal, tal y como lo han denunciado los demandantes; esto es, en el sentido de que una vez formalizada la denuncia por el representante del Ministerio Público, el juez penal irremediablemente deberá de abrir instrucción, sin posibilidad de calificar si, en cada caso concreto, existen suficientes y objetivos elementos de que, contra quien se abre instrucción, ha cometido un ilícito penal. Pero, en tal supuesto, no es el principio de presunción de inocencia el que se vería afectado, sino el de autonomía de los jueces, en la medida que un mandato de esta naturaleza no les permitiría realizar un análisis del caso, sino abrir, mecánicamente, la referida instrucción.

137. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que una eventual inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N° 25475 puede perfectamente ser evitada si, lejos de una interpretación literal, tal dispositivo se interpreta sistemáticamente con el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. Y, en ese sentido, se entiende que el inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N° 25475 autoriza al Juez penal abrir la instrucción si es que, formalizada la denuncia penal por el representante del Ministerio Público, concurren los requisitos establecidos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, esto es, «si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no haya prescrito», para lo cual «el auto contendrá en forma precisa, la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado...».

En verdad, en este caso, más que la realización de una interpretación, conforme a la Constitución, del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N° 25475 y, por consiguiente, la declaración de inconstitucionalidad de uno de sus sentidos interpretativos, se trata de comprenderlo de acuerdo con los criterios tradicionales de interpretación jurídica y, particularmente, bajo los alcances del denominado criterio de interpretación sistemática. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que no es inconstitucional el inciso a) del artículo 13° del referido Decreto Ley N° 25475.

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 13° del Decreto Ley N° 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 135° 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 135° 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 13° del Decreto Ley N° 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 Derechos 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° 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, dio «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 13° del Decreto Ley N° 25475, necesariamente debe entenderse bajo los alcances del artículo 135° 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° 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 135° 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° 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° 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° 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 equieren ser incorporados a la legislación nacional, por expresa exigencia del artículo 7° 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 13° del Decreto Ley N° 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.

§ 10.5. Medios probatorios

147. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del inciso c) del artículo 13° del Decreto Ley N° 25475, sobre la afirmación de que, *“con la prohibición al encausado de ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial se impide contradecir lo afirmado por la policía, dándole al atestado el valor de prueba plena”*. Por conexidad el cuestionamiento aquí formulado alcanzaría a su vez a la norma contenida en el inciso b) del artículo 2° del Decreto Ley 25744. Sin embargo, habiéndose declarado la inconstitucionalidad de esta última norma -aunque por razón distinta (véase apartado III de esta misma sentencia)-, el juicio de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional solamente comprende a la primera disposición mencionada.

El texto legal de la citada norma, es el siguiente:

«Artículo 13°.- Normas para la Instrucción y el Juicio Para la instrucción y el juicio de los delitos de terrorismo a que se refiere el presente Decreto Ley, se observarán las siguientes reglas: (...) c). En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial».

148. En primer término, este Tribunal Constitucional debe recordar que el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución Política del Perú. El derecho a «interrogar a los testigos presentes en el Tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos», como se enuncia en el literal «b», numeral 2), del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución.

149. Como todo derecho constitucional, el de la prueba también se encuentra sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas 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 son que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios que informan la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites inmanentes a su ejercicio, esto es, derivados de la propia naturaleza del derecho.

150. Sin embargo, lo anterior no quiere decir que no puedan establecerse otra clase de límites, derivados esta vez de la necesidad de armonizarse su ejercicio con otros derechos o bienes constitucionales, siempre que con ellos no se afecte su contenido esencial o, en su caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En cualquier caso, la posibilidad de justificar válidamente estos otros límites debe basarse en la necesidad de proteger otros derechos y bienes de la misma clase que aquel que se limita. Como expresa San Martín Castro *‘en cuanto se trata de un derecho fundamental, destinado a la protección de todos aquellos que acuden al órgano jurisdiccional en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la ley ordinaria no puede impedir*

la actuación de medios de prueba sustanciales para la defensa, ni priorizar otros intereses o bienes jurídicos, que no tengan expresa relevancia constitucional o igual nivel» (San Martín Castro, César: «Derecho Procesal Penal», Volumen I, Grijley, 1999. Pag. 61).

151. Es en este contexto en el que el Tribunal Constitucional considera que debe analizarse los alcances del límite al derecho a la prueba previsto en el artículo 13°, inciso c), del Decreto Ley N° 25475. Dicho precepto, como antes se ha recordado, señala que: «En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial»

Se trata, como se observa, de un límite al derecho de interrogar a los testigos que, en concreto, por razón de sus funciones, hayan participado en la elaboración del atestado policial. Es decir, no se trata de una prohibición generalizada para interrogar a los testigos de cargo, cualquiera sea su clase, sino sólo circunscrita a quienes participaron en la elaboración del atestado policial, esto es, a los miembros de la Policía Nacional del Perú.

152. En consecuencia, cabe analizar si tal limitación, por ser irrazonable, no respeta el contenido esencial del derecho reconocido en el literal «f», numeral 2), del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A juicio del Tribunal Constitucional, dos son cuando menos los sentidos en los que cabe entender tal restricción:

- a. Por un lado, impedir, sin más, que los acusados por el delito de terrorismo puedan interrogar a su captoros.
- b. Restringir tal interrogatorio, pues con ello se persigue proteger la vida e integridad de los miembros de la Policía Nacional del Perú y las de sus familiares.

153. Evidentemente, si la razón para justificar tal limitación se amparase sólo en la primera de las razones, la restricción impuesta al derecho en cuestión sería inconstitucional, por adolecer de razones objetivas y razonables que la justifiquen. No es la misma situación, sin embargo, si se trata de comprender tal limitación con la perspectiva de los fines constitucionales que con ella se persiguen alcanzar y que son expuestos en el apartado «b», antes enunciado.

Aunque en la acción de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional no considera hechos, pues su razonamiento es abstracto entre la norma con rango de ley impugnada y la Constitución, no ignora la abundante prueba documental existente sobre asesinatos cometidos por los delincuentes terroristas contra miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas que participaron en la lucha contra la subversión.

154. En consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que, si bien la realización de un proceso con las debidas garantías es un derecho que se debe respetar en toda circunstancia, también lo es que, la limitación de determinados contenidos, como el de interrogar a los que elaboran el atestado policial, se encuentra perfectamente justificada si es que, con tal limitación, el legislador persigue proteger derechos fundamentales tan valiosos como la vida y la integridad personal.

155. No es ajeno a este Tribunal Constitucional lo que, a propósito de este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de expresar, en particular, en el Caso Castillo Petrucci: «la legislación aplicada al caso imposibilita el derecho a interrogar a los testigos que fundamentaron la acusación contra las supuestas víctimas. Por una parte, se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la Policía como de las Fuerzas Armadas, que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra, la falta de intervención del

- abogado defensor hasta el momento en que declara el inculpado hace que aquél no pueda controvertir las pruebas recabadas y asentadas en el atestado policial. La Corte entiende que la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos» (párrafos 153-155).
156. No obstante ello, los fundamentos expuestos por este Tribunal con relación a la validez de la limitación contenida en el artículo 13° del Decreto Ley N° 25475 no deben entenderse como opuestos a lo declarado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, por las siguientes razones:
- a. El pronunciamiento de la Corte en el sentido indicado se realizó en un caso concreto y no de manera abstracta, donde a la limitación del derecho reconocido en el literal «f, del numeral 2), artículo 8° de la Convención se sumó la violación del derecho a contar con un defensor desde el momento en que el procesado rindió su manifestación; este último tema sobre el cual el Tribunal antes ha tenido oportunidad de pronunciarse. Es decir, según la Corte, la violación del artículo 8°, numeral 2), literal «f», de la Convención se produjo como consecuencia de la vulneración conjunta al derecho a ser asistido por un abogado defensor antes de su manifestación.
 - b. En nuestro ordenamiento interno, y concretamente, en el proceso penal, no existe el sistema de la prueba tasada o prueba plena, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, existe la libertad de apreciación por el juez de todas las pruebas, la que deberá efectuarse bajo el criterio de conciencia.
157. En ese sentido el atestado policial no tiene, ni ha tenido en el pasado, el carácter de prueba plena. Excepcionalmente, el artículo 62° del mismo cuerpo adjetivo le ha conferido la calidad de elemento probatorio, siempre que en la investigación policial hubiera intervenido el representante del Ministerio Público, en cuyo caso su apreciación se sujeta a la norma anteriormente indicada.
158. En esa medida, el Tribunal Constitucional entiende que la justificación de las limitaciones al derecho en referencia, también impone al juez penal una carga adicional, que se deriva implícitamente de la limitación; es decir, que cualquier sentencia condenatoria que se pudiera expedir no sólo puede sustentarse en la versión del atestado policial, sino que debe ser corroborada con otros tipos o medios de pruebas.
159. Por todo ello, el Tribunal Constitucional considera que la limitación al derecho probatorio establecida por la norma cuestionada, dentro del marco del proceso que regula este tipo de delitos, es razonable, ya que: *i)* atiende a la necesidad de proteger o resguardar los derechos constitucionales de las personas que hayan intervenido en la investigación policial, como su derecho a la vida o integridad física, etc, *ii)* salvo tal limitación, se mantiene incólume la posibilidad de ofrecer y actuar toda la amplia gama de medios probatorios pertinentes; *iii)* conforme ya se mencionó anteriormente, el atestado policial, cuando en la investigación ha intervenido un representante del Ministerio Público, es un elemento probatorio más, lo que no quiere decir que sea el único o que tenga la calidad de prueba plena, pues en su caso éste deberá ser meritudo por el Juez, conjuntamente con los demás medios probatorios, conforme a su criterio de conciencia (artículos 62° y 283° del Código de Procedimientos Penales); y *iv)* si de lo que se trata es cuestionar el contenido del atestado policial a través del interrogatorio a sus autores, la limitación no comprende el derecho de tacha que eventualmente pueden hacerse valer contra él.

160. El Tribunal Constitucional considera necesario señalar, en los casos que corresponda, que las pruebas actuadas en los procesos ante la jurisdicción militar no resultan viciadas o inutilizables por el hecho de que se haya violado el derecho al juez competente. En efecto, la eventual lesión de tal derecho constitucional no afecta de manera automática la validez de los medios de prueba que hubiesen sido recopilados o actuados antes de que se declare la existencia de ese vicio.
161. Existen determinados elementos referidos al tema probatorio, y, específicamente, a la obtención, valoración y actuación de las pruebas en el proceso que deberían ser analizados en cada caso concreto, por lo que, en principio, no correspondería analizar tal temática en una sentencia como la presente, cuyo propósito es realizar un control en abstracto de la constitucionalidad de las normas impugnadas. Empero, de modo excepcional, y dada la especial trascendencia que la presente sentencia reviste, este Tribunal considera pertinente realizar un breve análisis acerca de la validez de las pruebas a la luz de los casos concretos que pudieran presentarse en el corto plazo.
162. Al respecto es conveniente realizar la diferenciación entre lo que son la fuentes de prueba y los medios de prueba. Según César San Martín («Efectos Procesales de la Sentencia N° 1011-2002-HC/TC», inédito), mientras que las primeras son realidades extra procesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, sólo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba. La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales.
163. Por último, es pertinente recordar la opinión, respecto a la valoración de la prueba por el Juez penal, que hiciera el ilustre Presidente del Tribunal Constitucional español, trágicamente desaparecido, don Francisco Tomás y Valiente: «*Es muy frecuente el reconocimiento explícito de la necesidad de respetar la valoración de la prueba hecha por el juzgador porque es de su exclusiva incumbencia. Al llevarla a cabo el Juez penal, según su conciencia, o íntima convicción, la comprometida función de fijar los hechos probados, a los que se anuda, en su caso, la calificación penal y los efectos inherentes a ella.*» («Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 129).

§ 10.6. El derecho a un proceso que dure un plazo razonable: Art. 1° del Decreto Ley N° 25708

164. Por otro lado, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 1° del Decreto Ley N° 25708, según el cual: «En los delitos de traición a la patria previstos en el Decreto Ley N° 25659, se aplicará el procedimiento sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el Teatro de Operaciones. El juez instructor expedirá sentencia en el término máximo de diez (10) días naturales, pudiendo emplear supletoriamente en la sustanciación de los procesos las normas contenidas en el artículo 13° del Decreto Ley N° 25475».
165. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que, habiéndose declarado la inconstitucionalidad del delito de traición a la patria regulado por el Decreto Ley N° 25659, y tratándose el artículo 1° del Decreto Ley N° 25708 de una norma cuya finalidad fue establecer un procedimiento conforme al cual se debió juzgar aquel delito, por extensión éste también

- es inconstitucional, en la medida que, además, prevé un plazo extremadamente breve para la realización del procedimiento investigatorio, vulnerando así el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser oído con las debidas garantías «dentro de un plazo razonable», reconocido en el artículo 8º, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
166. En efecto, aunque la duración excesiva de los procesos sea el supuesto más común de violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, tal derecho también garantiza al justiciable frente a procesos excesivamente breves, cuya configuración esté prevista con la finalidad de impedir una adecuada composición de la litis o de la acusación penal. Y es que, como expresa Nicolo Trocker, en afirmación válida, *mutatis mutandis*, «Razonable es un término que expresa una exigencia de equilibrio en el cual estén moderados armoniosamente, por un lado, la instancia de una justicia administrada sin retardos y, por otro, la instancia de una justicia no apresurada y sumaria» (Trocker Nicolo: «Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali». En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, N° 2, 2001 citado, p. 407).
167. El Tribunal Constitucional considera que un proceso concebido con una duración extremadamente sumaria o apresurada, cuyo propósito no sea el de alcanzar que la litis se satisfaga en términos justos, sino ofrecer un ritual formal de sustanciación «de cualquier acusación penal», vulnera el derecho a un proceso «con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable». El factor razonabilidad aquí no está destinado a garantizar la duración excesiva del proceso, sino a cuestionar la desproporcionada perentoriedad con que éste ha sido configurado por el legislador. Tales alcances del derecho, por lo demás, se derivan directamente del artículo 25º, numeral 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual «Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención (...)».
168. En el «Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos», de fecha 22 de octubre de 2002, la Comisión Interamericana señaló que «Los componentes fundamentales del derecho al debido proceso y a un juicio justo incluyen también el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable. Si bien el concepto de plazo razonable no es fácil de definir, se han articulado ciertos requisitos previos en éste y en otros sistemas de derechos humanos que se consideran necesarios para dar debido efecto a este derecho. Se ha sostenido en particular que el plazo razonable abarca todo el proceso en cuestión, desde el primer acto del proceso hasta que se dicta una sentencia definitiva y firme, incluyendo toda apelación que se hubiere interpuesto».

§ 10.7. El derecho de no ser incomunicado

169. Asimismo, se cuestiona la constitucionalidad del inciso d) del artículo 12º del Decreto Ley N° 25475 por violar el literal «g» del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución. Dicho precepto impugnado establece que:
- «En la investigación de los delitos de terrorismo, la Policía Nacional del Perú observará estrictamente lo preceptuado en las normas legales sobre la materia y, específicamente, las siguientes: (...) d) Cuando las circunstancias lo requieran y la complejidad de las investigaciones así lo exija, para el mejor esclarecimiento de los hechos que son materia de investigación, podrá disponer la incomunicación absoluta de los detenidos hasta por el máximo de ley, con conocimiento del Ministerio Público y de la autoridad jurisdiccional respectiva».

170. Se sostiene que dicho precepto viola el derecho «de toda persona de no ser incomunicada», ya que dispone «la incomunicación absoluta de los detenidos», produciéndose «la negación absoluta del derecho de defensa». Consideran los demandantes que «sólo el juez tiene facultad para disponer la incomunicación de un detenido, pero sólo en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito y respetando el derecho que tiene el detenido para comunicarse con su abogado defensor».
171. Dos son los temas que, a juicio del Tribunal Constitucional, son imprescindibles analizar: a) Los alcances del derecho a no ser incomunicado; y b) la autoridad responsable para disponerla.
172. En lo que atañe al primer aspecto, nuevamente el Tribunal Constitucional ha de recordar que el derecho a no ser incomunicado no es un derecho absoluto, sino susceptible de ser limitado, pues como el mismo literal «g», inciso 24), del artículo 2° de la Constitución se encarga de precisar, tal incomunicación puede realizarse en los casos indispensables para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. En tal supuesto, «la autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida».
- En consecuencia, no hay un derecho absoluto a no ser incomunicado. Éste puede efectuarse, excepcionalmente, en los casos indispensables, y siempre que con ello se persiga el esclarecimiento de un delito, considerado como muy grave. Además, el Tribunal Constitucional considera que cuando la Constitución alude a la existencia de un «caso indispensable», con ello exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique. Pero, a su vez, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse para otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca. Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «la incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos» (Caso Suárez Rosero Ecuador, párrafo 51).
173. En segundo lugar, aunque el literal «g», inciso 24), del artículo 2° de la Constitución no indique expresamente la autoridad responsable para decretar la incomunicación, el Tribunal Constitucional entiende que ella debe ser efectuada necesariamente por el Juez penal, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental.
174. Por ello, a juicio de este Supremo Intérprete de la Constitución, el inciso d) del artículo 12° del Decreto Ley N° 25475 es inconstitucional.
175. Finalmente, el Tribunal Constitucional considera que con la incomunicación de un detenido por el delito de terrorismo no se afecta el derecho de defensa, ya que conforme se expresa en el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley N° 26447, éste garantiza la participación del abogado defensor en las investigaciones policiales y la entrevista con su patrocinado, la que no podrá limitarse, «aun cuando se hubiera dispuesto la incomunicación del detenido».

§10.8. El derecho de ser puesto, sin demora, a disposición del juez y el plazo de detención policial

176. Aunque por conexión, ya se haya declarado la inconstitucionalidad de todo el artículo 2° del Decreto Ley N° 25744, el inciso a) de dicho artículo es inconstitucional también de manera directa, ya que autoriza a que la Policía Nacional del Perú pueda disponer que el plazo de detención se extienda por un «término mayor de quince días», con la posibilidad de ser prorrogado por un

periodo igual a solicitud de la misma Policía, cuando el literal f), inciso 24), del artículo 2° de la Constitución establece un plazo máximo de detención de quince días, tratándose de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

§ 10.9. El derecho a la pluralidad de instancias

177. Se ha cuestionado, asimismo, la violación del inciso 6) del artículo 139° de la Constitución, esto es, el principio de pluralidad de instancias. Alegan los demandantes que dicho principio exige la existencia de «un tribunal superior que funcione ajustado a las garantías del debido proceso, lo que no se cumple por cuanto todas las instancias judiciales están sujetas a la legislación antiterrorista vigente (por lo) que son violatorias del derecho».

No obstante, los demandantes no precisan qué deposición o disposiciones legales violan tal derecho. Como es obvio, y este Tribunal antes lo ha recordado, una afirmación tan general, como la realizada, que no individualiza la disposición legal que la pueda afectar, impide que este Colegiado pueda realizar pronunciamiento alguno. Si la impugnación se apoya, como parece ser, en que tal violación se produciría como consecuencia de la vigencia de todos los Decretos Leyes y cada una de las materias que allí se regulan, este Tribunal Constitucional se ha pronunciado y seguirá pronunciándose sobre cada uno de los dispositivos impugnados de dichos Decretos Leyes.

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 139° 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 140° 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° 14/94, del 9 de diciembre de 1994.
182. Ajuicio 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 139° 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 1° 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, insito 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 Derecho 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 número 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° 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° 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° 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 temporales 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.

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 Liego, 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° 25475; esto es, la impugnación de inconstitucionalidad gira sobre 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 139° 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° 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 45° y 46° 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 2°, 3°, literales «b» y «c», 4° y 5°, del Decreto Ley N° 25475, pues en los regulados por los artículos subsiguientes sí se han previsto límites máximos y mínimos de las penas. Y, en segundo 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° 005-2001- AI/TC) declaró inconstitucional el Decreto Legislativo N° 895, cuya Quinta Disposición Final modificó el artículo 29° 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 2°, 3° literales «b» y «c», 4° y 5° del Decreto N° Ley 25475.

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° 25475 y el artículo 3°.»a» del Decreto Ley N° 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° 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 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».
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 139° 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 obstante 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 139°, inciso 22, de la Constitución, sino de su conformidad o no con el artículo 2°, inciso 2°, 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 de 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.

XIV. EL DERECHO A LA NACIONALIDAD

213. El derecho de nacionalidad es el derecho que posee toda persona por el hecho de haber nacido dentro del territorio de la República del Perú, denominándose peruanos de nacimiento. También son peruanos de nacimiento los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Son también peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú.

Este derecho está reconocido por el artículo 2°, inciso 21), de la Constitución Política, según el cual toda persona tiene derecho a la nacionalidad y nadie puede ser despojado de ella. El párrafo segundo del artículo 53° de la propia Constitución señala que la nacionalidad peruana no se pierde, salvo por renuncia expresa ante autoridad peruana.

214. En los instrumentos internacionales suscritos por el Perú también se declara el derecho a la nacionalidad. Así, el artículo XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, menciona que: «Toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponda». La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 15°, indica: «Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. A nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad». La Convención Americana sobre Derechos Humanos, a su vez, se refiere a este tema en el numeral 3), artículo 20°: «A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad».

215. Uno de los casos previstos en el artículo 7° del Decreto Ley N° 25475 es el delito de apología cometido fuera del territorio peruano, caso que va en la misma línea preventivista general, en la que accesoriamente a la pena privativa de libertad se sanciona con la pérdida de la nacionalidad.

216. En nuestro medio, la pérdida de la nacionalidad funciona respecto de los ciudadanos peruanos por nacimiento y extranjeros naturalizados. El artículo 7° del Decreto Ley N° 25475 parece que ha creado un nuevo tipo de pena, aumentado el catálogo de penas diseñado en el Código Penal. Así los artículos 30° y 31° enumeran los casos de penas. La pérdida de la nacionalidad en tanto pena no se encuentra prevista en dichos artículos.

En conclusión, la pena de pérdida de la nacionalidad es violatoria de lo previsto en la Constitución Política y los tratados internacionales, debiendo declararse su inconstitucionalidad.

XV. EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

217. La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución.
218. Como el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos. No obstante ello, en ningún caso puede ser permitido desconocer la *personalidad* del individuo y, por ende, su dignidad. Ni aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consubstanciales. La dignidad, así, constituye un *minimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.
219. El respeto al contenido esencial del derecho a la integridad personal, tanto en lo que respecta al ámbito físico como en lo que atañe al ámbito espiritual y psíquico de la persona, transita entre aquellos atributos que constituyen la esencia mínima imperturbable en la esfera subjetiva del individuo. Inclusive en aquellos casos en que pueda resultar justificable el uso de medidas de fuerza, éstas deben tener lugar en circunstancias verdaderamente excepcionales, y nunca en grado tal que conlleven el propósito de humillar al individuo o resquebrajar su resistencia física o moral, dado que esta afectación puede desembocar incluso en la negación de su condición de persona, supuesto inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho. Así lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos al establecer que «todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado contra la dignidad humana». (Caso Loayza Tamayo, Párrafo 57).
220. Es cierto, que así como el *ius puniendi* del Estado puede manifestarse en distintas intensidades, pues el grado de severidad sancionadora puede variar en proporción directa a la gravedad del delito cometido, también es posible que las condiciones en que el individuo debe cumplir la pena puedan ser distintas en atención a las particulares circunstancias que rodean el caso de cada sentenciado, es decir, en atención al margen de peligrosidad que pueda ser deducido de sus características personales, su comportamiento, antecedentes penales, especial gravedad del ilícito cometido, etc. No obstante, en ningún caso puede justificarse la degradación del ser humano, de lo contrario el Estado, lejos de actuar como promotor de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (artículo 139°, inciso 22) de la Constitución), se convertiría en un colaborador del acrecentamiento de la desviación social del condenado, negándole incluso su condición de persona humana.
221. La calificación de una pena como inhumana o degradante y, por lo tanto, como atentatoria del derecho a la integridad personal, depende, en buena cuenta, del modo de ejecución de misma. No puede desatenderse que, aunque proporcional, la simple imposición de la condena ya implica un grado importante de sufrimiento en el delincuente, por ello sería inconcebible que ésta venga aparejada, a su vez, de tratos crueles e inhumanos que provoquen la humillación y envejecimiento en la persona.

Dicho trato inhumano bien puede traducirse en una duración injustificada de aislamiento e incomunicación del delincuente. Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional.

222. El artículo 20° del Decreto Ley N° 25475 dispone que los condenados por terrorismo cumplirán la pena «con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención». Asimismo, establece que «en ningún caso (...) los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación». Esta misma línea fue seguida por el inciso b) del artículo 3° del Decreto Ley N° 25744, declarado anteriormente inconstitucional.
223. El Tribunal Constitucional considera, en atención a lo ya expuesto, que someter a un sentenciado a una pena que suponga el aislamiento absoluto durante el período de un año constituye una medida irrazonable y desproporcionada, constitutiva de un trato cruel e inhumano. Lo propio acontece con la exigencia de mantener al recluso en celdas unipersonales durante todo su período de confinamiento en un centro penitenciario. Por ello, los preceptos referidos, en cuanto consignan dichas medidas, son violatorios del artículo 2°, inciso 1) de la Constitución y del artículo 5°, incisos 1), 2) y 6), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al afectar el derecho a la libertad personal.
224. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que son inconstitucionales las frases «con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego», así como «En ningún caso, y bajo responsabilidad del director del Establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación», por lo que el artículo 20° del Decreto Ley N° 25475 subsiste, redactado de la siguiente forma:
- «Artículo 20° (Decreto Ley N° 25475): Las penas privativas de libertad establecidas en el presente Decreto Ley se cumplirán, obligatoriamente, en un centro de reclusión de máxima seguridad, con trabajo obligatorio por el tiempo que dure su reclusión.*
- Los sentenciados por delito de terrorismo tendrán derecho a un régimen de visita semanal estrictamente circunscrito a sus familiares más cercanos. El Sector Justicia reglamentará el régimen de visita mediante Resolución Ministerial».*

XVI. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LA LEGISLACIÓN ANTI-TERRORISTA

225. Por otro lado, se han cuestionado los Decretos Leyes materia del petitorio de la demanda, señalando que «*violan flagrantemente las prohibiciones establecidas en el artículo 3° Común a los Convenios de Ginebra, los mismos que contienen el respeto a los derechos fundamentales que también están consagrados en la Constitución Política del Perú*». En ese sentido, se denuncia específicamente vulneración de las garantías constitucionales del debido proceso, al haberse creado jueces y tribunales de excepción en el fuero civil y fuero militar, desviando la jurisdicción de los civiles al fuero militar, así como el sistema de penas y penitenciario establecidos; en este último aspecto se menciona que no se ha respetado la prohibición de los tratos crueles, humillantes y degradantes, atentatorios de la dignidad personal.

El artículo 3° de los Convenios de Ginebra, señala:

«En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en Conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1. Las personas que no participen directamente de las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

226. A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a bs personas arriba indicadas:

a. *Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones y los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*

b. *La toma de rehenes;*

c. *Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*

d. *Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio, ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

227. En principio, desde el punto de vista estrictamente normativo, debe considerarse que la hipótesis táctica de aplicación de la citada norma es la existencia de un conflicto armado no internacional que haya surgido en el territorio de un país contratante, en cuyo caso, a las partes en conflicto le están prohibidos los actos que ella describe; en ese sentido, en forma previa a cualquier pronunciamiento que se refiera a esta norma, ello requiere de una previa determinación de si los hechos provocados por el accionar de las organizaciones subversivas tienen o no la calidad de conflicto armado, lo que ciertamente al Tribunal Constitucional no le compete; a lo que debe agregarse que las prohibiciones reguladas en la citada norma internacional están referidas a actos concretos, lo cual tampoco puede ser objeto de pronunciamiento por este Tribunal dentro de la acción de inconstitucionalidad, la ella está sujeta al juicio de constitucionalidad entre dos normas: la constitucional y la norma legal.

228. No obstante, y sin que ello signifique reconocimiento de calidad de conflicto armado, pues se trata simplemente de la represión de un delito reprochable por el ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional advierte que la legislación antiterrorista nacional cuestionada no vulnera las disposiciones de la normativa internacional en referencia, pues no autoriza, a sus agencias del control punitivo, ninguna de las prohibiciones taxativamente establecidas en la citada norma, máxime que en el fundamento precedente (XI de la presente sentencia) se consideró inconstitucional el artículo 20° del Decreto Ley N° 25475, por cuanto el modo de ejecución de la pena venía aparejada de aislamiento e incomunicación del delincuente, lo que suponía trato cruel e inhumano.

XVII. Realización de nuevos procesos

229. Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir en esta misma sentencia al juzgar la validez constitucional de las leyes, este Tribunal Constitucional está en la obligación de prever las consecuencias de sus decisiones y, por lo tanto, modular los efectos que sus decisiones generarán en el ordenamiento. En ese sentido, el artículo 40 de la Ley Orgánica

del Tribunal Constitucional precisa que las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permiten revivir procesos fenecidos en los que se haya hecho aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 (retroactividad benigna en materia penal) y último párrafo del artículo 74 de la Constitución.

230. Considera el Tribunal Constitucional 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 *vacado sententiae*, y de esa manera permitir que el legislador democrático regulen 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, pues como expone este Tribunal en los fundamentos N°s 36, 37 y 38, los mismos supuestos prohibidos por el decreto ley 25659 se encuentran regulados por el decreto ley 25475.

En consecuencia, una vez que el legislador regule el cauce procesal señalado en el párrafo anterior, la posibilidad de plantear la realización de un nuevo proceso penal, ha de estar condicionada en su realización a la previa petición del interesado.

Por ello, el Tribunal Constitucional exhorta al Poder Legislativo a dictar en un plazo razonable la forma y el modo con el que se tramitarán, eventualmente, las reclamaciones particulares a las que antes se ha hecho referencia.

XVIII. LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

231. Finalmente, el Tribunal Constitucional debe declarar que las cuestiones planteadas en la excepción de prescripción de la acción fueron resueltas en el auto de admisibilidad.

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

FALLA

Declarando **INFUNDADA** la excepción de prescripción y **FUNDADA**, en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia: decláranse inconstitucionales el artículo 7 y el inciso h) del artículo 13° del Decreto Ley N° 25475 así como la frase «con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego» y «En ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación» del artículo 20° del Decreto Ley N° 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12° del mismo Decreto Ley 25475.

Asimismo, son inconstitucionales los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 7° del Decreto Ley N° 25659. También la frase «o traición a la patria» del artículo 6° del mismo Decreto Ley N° 25659 y los

artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Ley N° 25708; los artículos 1 y 2° del Decreto Ley N° 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2°, 3°, y 4° del Decreto Ley N° 25744.

DECLARA que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo de la controversia por haberse producido la sustracción de la materia, en relación con el inciso f) del artículo 12° conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N° 123; así como en relación con el artículo 18°, conforme a lo expuesto en los fundamentos 124 y 125; con los artículos 15°, 16° y la Primera Disposición Final y Transitoria del Decreto Ley N° 25475, según se expuso en el fundamento N° 111 de esta sentencia;

E INFUNDADA, por mayoría, la demanda en lo demás que contiene, formando parte integrante de la parte resolutive de esta sentencia los fundamentos jurídicos N°s. 56, 58, 59, 62, 63, 65, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 83, 93, 104, 106, 107, 128, 130, 131, 135, 137, 142, 146, 154, 159, 172 y 174, y, en consecuencia, son vinculantes para todos los operadores jurídicos dichos criterios de interpretación.

ASIMISMO, exhorta al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en esta sentencia en los fundamentos jurídicos N.ºs 190 y 194 así como establezca los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2°, 3°, incisos b) y c); y 4°, 5° y 9° del Decreto Ley N° 25475, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico N° 205 de esta sentencia. Finalmente, a regular la forma y el modo como se tramitarán las peticiones de nuevos procesos, a los que se refieren los fundamentos 229 y 230 de esta sentencia.

Indica que esta sentencia no genera derechos de excarcelación para los procesados y condenados por la aplicación de las normas declaradas inconstitucionales en esta sentencia.

DISPONE la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 34° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; y su archivamiento.

SS.

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

43

Lima, 03 de enero de 2003

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SEÑOR GUILLERMO REY TERRY

NO ESTOY DE ACUERDO CON MIS HONORABLES COLEGAS EN LA PARTE DE LA SENTENCIA, QUE SE REFIERE, INNECESARIAMENTE, AL GOBIERNO DE DON AUGUSTO B. LEGUÍA, POR CUANTO DISCREPO DE LOS JUICIOS DE VALOR, QUE EN RELACIÓN AL REFERIDO MANDATARIO, SE ENCUENTRAN EN LA SENTENCIA.

EXP N°010-2002-AI/TC

LIMA

MARCELINO TINEO SILVA Y MAS DE 5,000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO DEL VOTO DEL MAGISTRADO AGUIRRE ROCA

En la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los Decretos Leyes N°s 25475, 25659, 25708 y 25880, en el que se incluye su discrepancia respecto del artículo 13°, literales a) y c), del Decreto Ley N° 25475, por considerar que ambos atentan contra las reglas del debido proceso.

Estando de acuerdo con el FALLO o parte dispositiva propiamente dicha de esta sentencia, he procedido a suscribirla, pues comparto el pronunciamiento detallado que en él se hace respecto de los artículos de los Decretos Leyes impugnados, con excepción del relacionado con el artículo 13°, literales a) y c), del Decreto Ley N° 25475, respecto de los cuales mi voto es por la inconstitucionalidad. Sin embargo, debo dejar expresa constancia de que estimo que la llamada Ley Constitucional, del seis (6) de enero de 1993, que declara que los Decretos Leyes que motivan la demanda mantienen su vigencia mientras no sean «(...) revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático», no puede retirar o borrar la inconstitucionalidad formal y congénita de los mencionados dispositivos, los mismos que, en consecuencia, siguen siendo —y siempre lo serán— inconstitucionales, por no reunir los requisitos mínimos y *sine qua non* que exige la constitucionalidad de los preceptos jurídicos en nuestro Estado de Derecho. Si en otra ocasión hubiese emitido opinión distinta, ahora la corrijo, pues me asiste la convicción de que lo mal nacido no puede mudar de naturaleza, por lo menos en el ámbito de la cuestión *sub-judice*.

Sin embargo, como la citada Ley Constitucional, de 06 de enero de 1993, ha declarado «vigentes» a los Decretos Leyes impugnados, este TRIBUNAL puede avocarse al examen de la compatibilidad, por el fondo, del articulado respectivo con la actual Constitución. Considero que el TRIBUNAL no se encuentra en la obligación de hacerlo, porque su cometido —que es su razón de ser— consiste en velar, dentro de su competencia, por el imperio de la Constitución, de modo que con la declaración de inconstitucionalidad solicitada, cumple ya con su deber, y puede dejar en manos de quien corresponda, la tarea de pronunciarse sobre la «vigencia» eventual de la norma declarada inconstitucional. Al respecto, valga recordar que el TRIBUNAL opera en el mundo del «deber ser», de la «validez» normativa, y no en el del «ser», que corresponde a la «eficacia», o «vigencia» del precepto. Los asuntos relacionados con la «eficacia» y la «vigencia» son problemas reales, de orden político, histórico o sociológico —insertos en el mundo del «ser», y no del «deber ser»— que toca resolver al gobierno, y, en su caso, al Legislativo, y no, por cierto, al TRIBUNAL. En cambio, la «validez», que es asunto distinto, pues está referido a la conformidad de la norma con la Constitución, y que se plantea, por tanto, en el mundo del «deber ser», sí constituye, por antonomasia, el problema propio de este Colegiado.

Empero, si bien el TRIBUNAL no está obligado, por lo dicho, a pronunciarse sino sobre la «validez» o «constitucionalidad» (o «inconstitucionalidad») de la norma impugnada; cuando, como en el caso, la inconstitucionalidad detectada resulta de razones sólo formales, que no tocan —por definición— el contenido de las normas impugnadas, no existe, a mi juicio, impedimento constitucional para que, ampliando el radio de su análisis, aborde también el examen de la constitucionalidad, por el fondo, de las normas respectivas. Y menos puede existirlo cuando tales normas están vigentes y han venido aplicándose, ininterrumpidamente, desde su nacimiento hasta la fecha, y, además, no sólo cuentan con el aval —en cuanto a su «vigencia»— de una Ley Constitucional, sino que se encuentran en el ojo de la tormenta de un preocupante y crucial problema que afecta la paz social del país.

Por lo dicho, aunque a mi criterio este Colegiado podría haber concluido su tarea declarando inconstitucionales, por la forma, a los Decretos Leyes impugnados, estimo procedente y correcto que

haya ingresado en el examen de la inconstitucionalidad, por el fondo, del articulado de los mismos. Tal es la razón que me lleva a suscribir la presente sentencia, pese a considerar, según aquí lo expreso, que la misión del TRIBUNAL pudo haber quedado cumplida con la simple declaración de inconstitucionalidad formal de los preceptos que han motivado la demanda de autos, la cual, sin embargo, no ha sido hecha en esta Sentencia.

SR.

AGUIRRE ROCA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO RESPECTO AL ARTICULO 13°. INCISO A) DEL DECRETO LEY N° 25475.

Discrepo con la resolución de constitucionalidad recaída en el art. 13 a) del D.L. 25475. Dicho dispositivo, impugnado en la demanda, establece que «... los detenidos serán puestos a disposición del juez penal QUIEN DICTARÁ EL AUTO APERTORIO DE INSTRUCCIÓN CON ORDEN DE DETENCIÓN EN EL PLAZO DE 24 HORAS, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad con excepción de la libertad incondicional».

En el fundamento N° 136 mis colegas aceptan que «podrían abrigarse ciertas dudas de inconstitucionalidad si el precepto se interpreta en su sentido literal», es decir, que el juez no tiene la opción de ordenar la libertad del sospechoso de terrorismo, sino que debe, necesariamente, ordenar la detención y dictar el auto de instrucción.

Buscan, entonces, una interpretación del mismo que sea constitucional. Interpretan, así, que la norma impugnada no dice lo que en verdad expresa en forma muy clara, sino más bien , lo que modificó y quiso suprimir.

En efecto, la mayoría indica a modo de interpretación que el art. 13 a) del Decreto Ley N° 25475, arriba transcrito, «autoriza al juez penal a abrir instrucción si es que, formalizada la denuncia penal por el representante del Ministerio Público, concurren los requisitos establecidos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, esto es, si considera que el hecho denunciado constituye delito, que se ha individualizado a su presunto autor y que la acción penal no haya prescrito, para lo cual el auto contendrá en forma precisa la motivación y fundamentos, y expresará la calificación de modo específico del delito o los delitos que se imputan al denunciado ...».

Si como interpretan mis colegas, la nueva norma -la impugnada- no pretendió modificar en nada a la antigua (CPP), no alcanzo a entender por qué ni para qué fue promulgada.

Es obvio que el legislador pretendió privar a los jueces de su potestad de decidir si en cada caso concreto procedía la libertad o la detención, y por eso reguló la obligatoriedad del juez de detener a todo denunciado por terrorismo y de abrirle instrucción, vulnerando con ello la autonomía jurisdiccional del Poder Judicial y los derechos fundamentales del denunciado.

Nótese que el inciso a) impugnado dispone que el juez penal «dictará el auto apertorio de instrucción con orden de detención en el plazo de 24 horas» ¿dónde está la frase o el resquicio que permita al juez ordenar la libertad?

Por otro parte, no estoy de acuerdo con la frase del fundamento N° 137 de que la «eventual inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 13° del Decreto Ley N° 25475 puede perfectamente

ser evitada si lejos de una interpretación literal...». Considero que mi misión como magistrada del Tribunal Constitucional no es «evitar» la declaración de inconstitucionalidad de las normas, sino mas bien, declarar tal inconstitucionalidad cuando así estime que procede.

Por otra parte, el art. 13° a) del Decreto Ley 25475 transcrito, en verdad, no deja opción al juez para ordenar la libertad del detenido, en los casos que considere ilegal el arresto o detención. No cabe la esperanza del arbitrariamente detenido de que el juez lo deje en libertad, por lo que el período de detención se prolonga inconstitucionalmente. En efecto, según la Constitución, los detenidos por terrorismo sólo pueden ser detenidos un máximo de 15 días antes de ser llevados ante un juez. Pero el constituyente lo dispuso así, en el entendimiento que ese juez, de inmediato, resolvería si la detención era o no era arreglada a derecho, a fin de garantizar la libertad personal. Si el juez, en cambio, está obligado a mantener la detención, se incumple la intención del constituyente y se vulnera la autonomía del poder judicial.

MI VOTO ES, ENTONCES, POR LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO 13° A) DEL DECRETO LEY N° 25475.

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO RESPECTO AL ARTICULO 13°, INCISO C) DEL DECRETO LEY N° 25475.

Los demandantes cuestionan la constitucionalidad del inciso «c», artículo 13° del D. Ley 25475, sosteniendo que, *“con la prohibición al encausado de ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial se impide contradecir lo afirmado por la policía, dándole al atestado el valor de prueba plena”*.

El texto legal de la citada norma, es el siguiente:

«Artículo 13.- Normas para la Instrucción y el Juicio. Para la instrucción y el juicio de los delitos de terrorismo a que se refiere el presente Decreto Ley, se observarán las siguientes reglas: (...) c). En la instrucción y en el juicio no se podrán ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del Atestado Policial».

1. En el fundamento N° 151 mis colegas expresan, respecto a la prohibición del artículo 13° c), que «No se trata de una prohibición generalizada, para interrogar a los testigos ... sino sólo circunscrita a quienes participaron en la elaboración del atestado policial, vale decir, a los miembros de la PNP». Pero ocurre que, precisamente, los testigos más importantes en estos casos, son los que intervinieron en el atestado policial y es obvio que el derecho de defensa no puede tener lugar en condiciones de plenitud si se impide de modo absoluto a alguna de las partes traer al proceso los medios justificativos o demostrativos de las propias alegaciones o los que desvirtúan las alegaciones de la parte contraria. En este caso, cuando no se permite contradicción de la prueba, se produciría una situación de indefensión material, constitucionalmente inadmisibles.

Siguiendo a César San Martín Castro, la actuación de las pruebas, en tanto derecho de configuración «legal», es posible que sea limitada por diversas consideraciones de relevancia «constitucional», y entonces sí cabe que la ley pueda instituir determinadas limitaciones o restricciones a la actuación de la prueba pertinente. Tal limitación nunca supone, sin embargo, su denegación absoluta, aun cuando se invoquen razones de seguridad o de protección de la integridad personal de los testigos o peritos (art. 2°, 1) de la Constitución). Estas razones no pueden conducir a impedir, de pleno derecho, que las partes interroguen a un efectivo

policial, cuando éste intervino en una actuación de investigación concreta, especialmente si su versión constituye la noticia criminal e integra el fundamento fáctico de la acusación. Dentro de esta consideración, sin duda alguna, es factible que cuando existan razonables riesgos o peligros contra la seguridad o integridad de un testigo o perito, valorables por el órgano jurisdiccional, puedan articularse otras limitaciones y especificaciones para su protección, que respeten el derecho a la defensa.

2. Mis colegas expresan en el fundamento 156 a) de la sentencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien declaró contrario a la Convención a este artículo 13° c), lo hizo porque se refería a un caso concreto (Castillo Petruzzi) y nosotros como Tribunal Constitucional, nos referimos de manera abstracta a la legislación; indican además, que la Corte se refirió a la violación conjunta con el derecho de ser asistido por un abogado antes de la manifestación.

En realidad, la Corte distinguió ambos impedimentos: «Por una parte», expresó, «se prohíbe el interrogatorio de agentes, tanto de la Policía como de las Fuerzas Armadas que hayan participado en las diligencias de investigación. Por otra (parte) la falta de intervención del abogado defensor ...».

Considero que son 2 vulneraciones distintas y separadas al derecho de defensa. Mis propios colegas parecen pensarlo así, pues han tratado como temas distintos y separados el interrogatorio a los testigos (art. 13° c) y la prohibición de contar con abogado antes de la manifestación (art. 12°, f, del mismo decreto ley).

Respecto al derecho a ofrecer testigos, el art. 8°, 2º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos prescribe claramente que es una garantía mínima del proceso, el derecho de la defensa a «interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos».

3. La mayoría de miembros del Tribunal Constitucional considera que la prohibición de interrogar a testigos se justifica porque es el modo de proteger a los miembros de la PNP que intervinieron en las investigaciones.

Pero ocurre que el Derecho Comparado nos ofrece técnicas de protección por parte del Estado a los testigos cuya vida o integridad física o psicológica está o puede estar amenazada. Una de esas técnicas consiste en permitir que los testigos intervengan sólo en la etapa de instrucción, actuándose un «incidente probatorio» del cual se sienta un acta, que servirá como prueba del testimonio. Otra técnica es la del video-conferencia, en la cual el testigo no es directamente confrontado con el sospechoso, pero rinde su declaración y ésta puede ser contradicha luego. Algunos países permiten que el testimonio sea rendido sólo ante el juez y el abogado del acusado, en privado y exigiendo estricta confidencialidad. También existen los programas de protección de testigos, que les ofrecen total anonimato después de la declaración testimonial, protegiéndolos de eventuales venganzas por parte de los perjudicados con tal declaración. En nuestro país, en cierta medida, se ha brindado un tipo de protección parecida en los casos de «colaboración eficaz» con la justicia.

Como se ve, frente a la prohibición de ofrecer como testigos a quienes intervinieron en la elaboración del atestado, a fin de proteger a éstos de posibles venganzas, hay otros modos de protegerlos **que limitan en menor grado** el derecho a la defensa.

Lo expuesto significa, en principio, que no es posible una prohibición absoluta al derecho a la prueba pertinente, cuando caben soluciones intermedias para lograr la finalidad de la norma,

por lo que el artículo 13° c) del decreto ley N° 25475, **desde esa perspectiva y en mi opinión, carece de amparo constitucional.** Empero, igualmente, es constitucional incorporar precisas limitaciones a la actividad probatoria, en tanto no se impida de modo absoluto a la defensa interrogar a los testigos y contradecirlos, pues de lo contrario se lesionará el derecho de contradicción y la propia intermediación judicial, fundamentos esenciales de la regulación constitucional de la prueba.

El derecho legal a la prueba integra el contenido esencial del derecho constitucional de defensa (art. 139°, 14) de la Constitución) y no puede, en consecuencia, ser limitado en la forma que lo hace el art. 13 c) del decreto Ley N° 25475, por lo que, en mi opinión, éste es inconstitucional.

Por último no comparto lo expresado en el primer párrafo del fundamento 230 (vacatio sententiae)

Sra.

REVOREDO MARSANO

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0014-2006-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

De 19 de enero de 2007

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima c. Congreso de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N.º 28726, Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46º, 48º, 55º, 440º y 444º del Código Penal, y el artículo 135º del Código Procesal Penal.

Magistrados firmantes:

**LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
MESÍA RAMÍREZ**

Sumario

I. Asunto

II. Datos generales

III. Normas cuestionadas

III. Antecedentes

IV. Materias constitucionalmente relevantes

V. Fundamentos

VI. Fallo

EXP. N.º 0014-2006-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS

DEL CONO NORTE

DE LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de enero de 2007, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Presidente; González Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto, del magistrado Vergara Gotelli, y el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Alva Orlandini

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Decano del Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N° 28726, que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de inconstitucionalidad.

Demandante : Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

Disposición sometida a control : Ley N° 28726.

- Disposiciones constitucionales : Artículo 139°, inciso 3 de la Constitución.
Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad de todos los extremos de la Ley N° 28726, debiendo extenderse los efectos de la declaración de inconstitucionalidad a la Ley N° 28730.

III. NORMAS CUESTIONADAS

LEY N.º 28726 (LEY QUE INCORPORA Y MODIFICA NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 46, 48, 55, 440 Y 444 DEL CÓDIGO PENAL, Y EL ARTÍCULO 135 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL)

Artículo 1.- Incorpora incisos al artículo 46 del Código Penal, Incorpóranse al artículo 46 del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor:

“12. La habitualidad del agente al delito.

13. La reincidencia”.

Artículo 2.- Incorpora artículos al Código Penal

Incórpóranse al Código Penal los artículos 46-B y 46-C, con el siguiente tenor:

“Artículo 46-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados.

Artículo 46-C.- Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”.

Artículo 3.- Modifica los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal. Modifícanse los artículos 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, de acuerdo a los textos siguientes:

“Artículo 48.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad. Si el condenado no cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-libres aplicada. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años (...)

7. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta el doble del máximo legal fijado.

Artículo 444.- Hurto simple y daño

El que realiza cualquiera de las conductas previstas en los artículos 185 y 205, cuando la acción recaer sobre un bien cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas o con sesenta a ciento veinte días-multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el bien sustraído o dañado.

La misma pena se impondrá si el agente realiza la conducta prevista en el primer párrafo del artículo 189-A, cuando la acción recaer sobre ganado cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital”.

Artículo 4.- Modifica el artículo 135 del Código Procesal Penal.

Modifícase el inciso 2) del artículo 135 del Código Procesal Penal, de acuerdo al texto siguiente:

“Artículo 135.-

(...)

2. Que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito”.

III. ANTECEDENTES

A) Argumentos del demandante

a.1. Con fecha 8 de junio de 2006, don Jorge Ogres Sausa Cornejo, Decano del Ilustre Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, en representación de esta institución solicita que se declare la inconstitucionalidad del texto íntegro de la Ley 28726 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de mayo de 2006), que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal, al incorporar inconstitucionalmente mediante sus cuatro artículos las figuras de reincidencia y habitualidad al Código Penal y al Código Procesal Penal, debiendo extenderse esta declaración de inconstitucionalidad a la Ley N.º 28730 –que modifica el artículo VIII del Título Preliminar, los artículos 50 y 51 del Código Penal y adiciona un párrafo a su artículo 69–.

a.2. Alega que la mencionada ley al incorporar institutos procesales como la reincidencia y la habitualidad a efectos de la determinación de la pena, transgrede el derecho constitucional al debido proceso, por cuanto para determinar la pena en un proceso a un reincidente o un habitual, la aumenta tomando en consideración hechos por los cuales ya se recibió una pena, lo que atenta contra el principio *ne bis in idem*.

B) Argumentos del demandado

Con fecha 21 de marzo de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada en todos sus extremos, argumentando que la ley impugnada no vulnera los derechos constitucionales invocados en la demanda.

Sostiene que al haberse modificado el artículo 46°, que se refiere al momento de la determinación de la pena, se ha puesto en cuestionamiento la dimensión material del principio *ne bis*

in idem, para verificar si existe una doble sanción en el supuesto en que el juez tenga en consideración “la habitualidad del agente del delito” y la “reincidencia”; que, en consecuencia, sólo podrá hablarse de reincidencia o de habitualidad partiendo de la comisión de un “nuevo delito doloso”, lo que quiere decir que la pena a imponerse no está dirigida a sancionar a alguien “por un delito por el cual ya ha sido sancionado o absuelto”; y que el Estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente, lo cual no representa una nueva sanción. Agrega que tampoco se puede afirmar que existe una vulneración del principio del *ne bis in idem* en su versión procesal, pues no existe un doble juzgamiento del primer delito cometido por el que ya se fue condenado, en caso de reincidencia, ni frente a un doble juzgamiento de los anteriores delitos en el caso de habitualidad en el delito, ya que lo que se juzga es un “nuevo delito doloso”, cuya comisión hace que, según los antecedentes del agente, se configure la reincidencia o la habitualidad, que solo constituyen circunstancias agravantes.

Respecto al derecho constitucional a la igualdad, en el que la parte demandante cuestiona las modificaciones que la Ley N° 28726 introduce a los artículos 46°, y 440°, incisos 5 y 7 del Código Penal, así como al artículo 135° del Código Procesal Penal, argumenta que el solo hecho de que se produzca un tratamiento diferente por causas objetivas y razonables, como cuando se produce la reincidencia y la habitualidad, no supone un atentado a la igualdad ante la ley o, dicho de otro modo, una intervención en la prohibición de discriminación; que en el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos se encuentra incluido el deber de sancionar; y que la posibilidad de que el Estado, a través de su órgano jurisdiccional, sancione con más severidad la frecuencia en la comisión de los delitos dolosos, constituye un medio conducente a lograr que el Estado cumpla con su deber primordial, que es “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y, a la vez, desterrar la impunidad, que a su vez se traduce en la obligación del Estado de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.

Asimismo, en cuanto a la violación del derecho de presunción de inocencia, aduce que tanto la reincidencia como la habitualidad habrán de incidir al momento de la determinación de la pena, es decir, al momento en que ya se ha probado la culpabilidad del procesado, con lo que queda desvirtuada la presunción de inocencia al haberse producido la prueba en contrario; y que sólo se puede hablar de reincidencia y habitualidad partiendo del supuesto que se ha cometido un “nuevo delito doloso”, lo cual implica que anteriormente se ha cometido por lo menos un delito doloso”.

Agrega que, en este caso, es indiscutible que se iniciará un nuevo proceso penal, pero en el cual no se presumirá la culpabilidad del procesado por el hecho de haber cometido uno o más delitos dolosos anteriormente, sino que se presumirá su inocencia hasta que se demuestre su culpabilidad, momento en el cual se configurará, dependiendo de cada caso en concreto, un supuesto de reincidencia o de habitualidad, que habrán de constituir circunstancias agravantes.

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Este Colegiado considera que el esclarecimiento de la controversia de autos requerirá:

- a) Delimitar el análisis de la temática desde la perspectiva del derecho penal y la Constitución.
- b) Determinar cuáles son los fines que la pena cumple en un Estado social y democrático de derecho.
- c) Analizar la noción de reincidencia y habitualidad y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú.

- d) Analizar la reincidencia y el principio del *ne bis in idem*.
- e) Analizar la reincidencia y el principio de culpabilidad.
- f) Analizar la reincidencia y el principio de proporcionalidad.
- g) Analizar la inconstitucionalidad de la habitualidad.

V. FUNDAMENTOS

Constitución y derecho penal

1. Previamente este Colegiado estima oportuno efectuar algunas precisiones. En primer lugar, el análisis de las instituciones jurídicas que realiza el Tribunal Constitucional es un desarrollo que, necesariamente, debe tener su punto de partida en la propia Constitución; y ello porque es la Ley Fundamental, en los actuales Estados constitucionales democráticos, la que establece los principios fundamentales tanto del derecho público como del derecho privado. En segundo lugar, en la medida que la Constitución es una norma jurídico-política y manifestación suprema del ordenamiento jurídico, en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho, y lo que Pellegrino Rossi denomina *les têtes de chapitres*¹.

En tal sentido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones jurídicas fundamentales de la dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, se encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política criminal². De ahí que, en último término, las bases del derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.

2. La influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal se concretiza en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, porque el Tribunal no se limita a analizar y aplicar, sin más, las instituciones “propias” del derecho penal y *desde* el derecho penal, sino que también determina el contenido, a través de su interpretación y sus sentencias, de las instituciones penales, haciéndolas conformes, de manera concreta o abstracta, con la Constitución. Es a través de la interpretación y la argumentación constitucionales que el Tribunal contribuye a superar las limitaciones de la dogmática penal.

Constitución y “derecho penal del enemigo”

3. En sentencia anterior (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17), este Colegiado ha precisado que “(...) la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un derecho penal de los ciudadanos y un derecho penal del enemigo; es decir, un derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su *status* en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más

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.

bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación”.

Prosigue: “Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático. No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional se convierta en un derecho penal “simbólico”, sino que debe responder severa y eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44º de la Constitución– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

Fines constitucionales de la pena

4. Este Tribunal (STC 0019-2005-PI/TC, fundamentos 30-33), se ha referido a las diversas teorías en torno a la finalidad de la pena. Así, de acuerdo con la *teoría de la retribución absoluta*, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda su virtualidad en la generación de un mal al delincuente; de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante, aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talión: “ojo por ojo, diente por diente”. Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a la dignidad humana, reconocido en el artículo 1º de nuestra Constitución, conforme al cual “[l]a defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.
5. De otro lado, la *teoría de la prevención especial* –también denominada teoría de la retribución relativa– centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, 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 inserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el artículo 139º inciso 22 de la Constitución, cuando señala que “[s]on principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) [e]l principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.
6. Por su parte, la *teoría de la prevención general* circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su 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 posi-

tiva 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.

7. 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 diciendo que “(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que 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”³.
8. 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.
9. Ahora bien, desde una perspectiva constitucional la delimitación de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad 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. “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”⁴.

En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un margen razonablemente amplio para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo 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

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

4 CARBONELL MATEU. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 37.

también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que 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.

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

Es dentro de este marco constitucional que el Tribunal Constitucional debe emprender el control constitucional de las disposiciones impugnadas en su constitucionalidad, referidos a las instituciones de la reincidencia y de la habitualidad.

Análisis de constitucionalidad de la Ley N° 28726 que incorpora la reincidencia y la habitualidad

10. El análisis de la Ley N° 28726, que incorpora la reincidencia y la habitualidad como criterios para la determinación de la pena operando como agravantes genéricos, comportará determinar su correspondencia o contradicción con el principio constitucional del *ne bis in idem*. Ello en razón de que constituye el cuestionamiento principal enarbolado por el demandante. Este cometido se abordará constitucionalmente, para lo cual habrá de determinarse la noción de reincidencia y habitualidad, los alcances de sus configuraciones en el ordenamiento jurídico nacional y el análisis de su incidencia en cada uno de los intereses constitucionales que pudieran ser vulnerados. Esto permitirá conocer aquellas aristas que guarden arreglo constitucional y aquellas que no lo hagan.
11. Por tanto, en el presente caso no cabe fundar el análisis de la ley reputada como inconstitucional en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por el Derecho; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que la ley en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el texto constitucional explícita o implícitamente. Resulta así que para resolver la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada han de obviarse la mayor o menor solidez de construcciones jurídico dogmáticas, pues su utilización como parámetro supondría tanto como tomar indebidamente partido por una determinada postura doctrinal acerca de la naturaleza y la *ratio* de las instituciones de la reincidencia y la habitualidad, postura que, aun pudiendo ser compatible con los mandatos constitucionales, no es la única posible en relación con ellos.

La noción de reincidencia y habitualidad y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú

En primer término, la reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con miras a determinar la graduación de las penas. Por

ello, se ha señalado que: “(...) la reincidencia se ocupa de los problemas de las disposiciones legales que habilitan mayor poder punitivo en razón de que la persona, con anterioridad, haya sido condenada o sufrido pena por otro”⁵. Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) cuando se ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley.

12. Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el *nomen iuris* que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de la sanciones: una sanción por la comisión *per se* del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona.

La reincidencia y el principio *ne bis in ídem*

13. Teniendo en cuenta que el demandante denuncia la inconstitucionalidad de la reincidencia por atentar contra el principio *ne bis in ídem*, resulta imperioso conocer el contenido de este principio para luego contrastarlo con los alcances de la reincidencia, de modo que se pueda identificar la existencia de lesión sobre aquél. El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio *ne bis in ídem*, ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC (fundamento 2) donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 139º, numeral 3 de la Constitución. Esta pertenencia y dotación de contenido se produce en virtud de la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
14. En la referida sentencia se sostuvo que el principio *ne bis in ídem* ostenta una doble configuración: una de carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que se una persona sea objeto de dos procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la reincidencia prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Este Tribunal la

5 ZAFFARONI, EUGENIO R., *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires; Ediar, 2002, p. 1057.

ha desarrollado en el fundamento 3.a de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC antes mencionada, en los siguientes términos:

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.

15. El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos –como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, fundamento 6– a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por 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.
16. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in idem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.
17. El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración– no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento– no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in idem*.

La reincidencia y el principio de culpabilidad

El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de re-

presión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reproble a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado.

El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos; así: “[e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido”⁶.

18. Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno del principio *ne bis in idem*, que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio.

El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal “d” del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución. Su texto es el siguiente: “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible”.

19. Este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC (fundamento 44 *et pássim*) algunos de los alcances de este principio. Uno de ellos es el mandato de determinación legal del delito, por el cual éste debe ser claramente determinado por ley, de modo expreso e inequívoco (*lex certa*), evitando la promulgación de leyes que contemplen tipos penales con características poco definidas o abiertas, pudiendo existir un margen limitado de indeterminación como consecuencia de la propia naturaleza del lenguaje.

De lo vertido se desprende que –tipificado previa y claramente el delito y cometido éste– el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. El principio de legalidad penal, entonces, restringe la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal.

Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reproble al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito,

6 BACIGALUPO, ENRIQUE: Justicia penal y derechos fundamentales, Madrid, Marcial Pons, 2002.

que consiste en la calificación de reprobable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad.

20. El segundo principio del que se deriva el principio de culpabilidad en el ordenamiento constitucional es el principio de proporcionalidad de las penas. Este Tribunal se ha expresado anteriormente sobre el tema en la sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, (fundamento 138 *et passim*) señalando que el principio de proporcionalidad de las penas ha sido constitucionalizado en el artículo 200° de la Constitución, en su último párrafo. Este principio tiene implicancias en las diversas etapas del proceso dirigido a la imposición de una sanción penal, como son la determinación legal de la pena, la determinación judicial o, si corresponde, la determinación administrativa penitenciaria de la pena.

Dentro de ellos, el contexto relevante para efectos del cuestionamiento hecho por el accionante es el de determinación de la pena, es decir, el momento en que el legislador genera una norma que establece un tipo penal y le impone un cierto tipo de sanción. En este escenario, el principio de proporcionalidad de las penas es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley.

Este principio ha sido descrito en la aludida sentencia (fundamentos 197 y 198) en el sentido que, en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, éste no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que, al momento de establecer las penas, éstas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. 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 determinar, junto con los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo.

En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites que establece la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En tal sentido, el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprochable resulte el acto respecto a la persona responsable.

De este modo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido, la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad se encuentra constitucionalizado y que es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico. Corresponde,

ahora, establecer si la reincidencia como factor a considerar para establecer la determinación de la pena vulnera el principio de culpabilidad.

Ha sido señalado que la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado. El principio de culpabilidad clásico previsto para delitos comunes exige que el grado de reprobación de una persona por un acto ilícito sea configurado desde la valoración de tal acto y no de otro. En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conducta descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados.

Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito “A”, la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que llamaremos “B”, para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe “B”, esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito “A”, y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito “A” de modo aislado.

Una interpretación constitucional derivada de los artículos 2º, inciso 24, literal “f”, 37º, 140º y 173º de la Constitución conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional.

La reincidencia y el principio de proporcionalidad

El Tribunal Constitucional considera conveniente determinar si la intervención del legislador, al incorporar la reincidencia como agravante genérica en el Código Penal, ha respetado o no el principio de proporcionalidad, lo que a continuación será objeto de análisis.

Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifiquen como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2º, inciso 24) el cual se concreta también en el hecho de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto no significa, sin embargo, que las intervenciones del legislador o las restricciones que recaigan en los derechos fundamentales sean ilimitadas o absolutamente abiertas, sino, por el contrario, que estas deben ser plenamente justificadas –proporcionales– respecto a la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales.

Siendo ello así, se debe aplicar en el control constitucional de los artículos modificados por la Ley N° 28726 el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción

de exceso, a fin de determinar la legitimidad constitucional de la disposición antes aludida. En primer lugar, se debe efectuar el análisis a la luz del principio de idoneidad. Este subprincipio exige que la ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

A juicio de este Tribunal, los artículos modificados cumplen con el subprincipio de idoneidad. En efecto, el legislador ha previsto, a través de tal disposición, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44° de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido.

En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si es que el legislador debió advertir la existencia de otras alternativas igual de idóneas pero menos gravosas que las introducidas en la Ley N° 28726. Este Tribunal estima la inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia y habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger.

En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este Tribunal advierte que la Ley N° 28726 cumple también con este subprincipio. Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros.

En ese sentido, cabe señalar que “[d]os aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su ‘nocividad social’). (...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de ‘nocividad social’ del ataque al bien jurídico”⁷.

7 ZAFFARONI, EUGENIO R *Derecho penal*: parte general, Buenos Aires, B de F, 7.ª Edición, 2005, 137.

La cuestión, por tanto, de si la adjudicación de una pena a una persona reincidente ha cumplido o no su finalidad, no es una cuestión ajena a la sociedad democrática. Ella tiene un interés sustancial en conocer si la ejecución de la pena ha cumplido con los objetivos perseguidos por el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En definitiva, el Tribunal es de la opinión que la intervención del legislador en el derecho a la libertad personal, a través de las disposiciones modificatorias en la Ley N° 28726, no infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso; por lo que dicha ley ha de ser considerada como constitucionalmente legítima.

Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la habitualidad

En el derecho penal se entiende la habitualidad como la comisión reiterada de delitos, usualmente los mismos. En su acepción legal, la habitualidad implica la reiteración de más de tres delitos, en tiempos diversos e independientes unos de otros. En esa misma sede se han formulado determinadas críticas a la habitualidad, por entender que ésta no puede ser explicada en cuanto hecho antijurídico que se materializa repetidamente a través del tiempo, sino a partir de una justificación psicológica atendiendo a que el delincuente habitual, al manifestar una proclividad al delito, revela una personalidad de naturaleza patológica expuesta en una conducta antisocial, renuente a internalizar los mandatos legales y a actuar en virtud de ese conocimiento normativo.

21. Otras objeciones que se han formulado es que representa una característica propia del autor, que incide en su modo de vida, sin que esto signifique la existencia de un hábito en relación a un delito en particular o un conjunto de delitos, sino una propensión al delito en general, en la que basta que varios ilícitos independientes entre sí puedan ser atribuidos a un solo autor en un determinado periodo. En términos conceptuales se sostiene que la habitualidad encarna una reminiscencia a un derecho penal de autor, donde la valoración jurídico-penal trasciende el hecho como aspecto nuclear de la imputación, y se traslada a un hombre delincuente (*uomo delinquente*), penetrando en la esfera profunda de su personalidad y enjuiciando negativamente su conducción de vida en sociedad, al tratarse de un sujeto que revela significativa “peligrosidad” para los intereses sociales comunitarios.

De hecho, el Tribunal Constitucional no desconoce estas críticas de un sector de la doctrina penal en contra de una institución jurídico-penal como la habitualidad. Sin embargo, es claro que el examen constitucional de la habitualidad pasa por que este Tribunal precise previamente que el control constitucional abstracto de las leyes no se realiza en función de las construcciones doctrinarias realizadas en materia penal sobre la habitualidad, sino en función del conjunto de derechos, principios y valores que incorpora nuestra Constitución. De modo tal que el parámetro de validez constitucional de la ley impugnada al cual el Tribunal debe recurrir es la propia Norma Fundamental y no la doctrina penal, por muy autorizada que esta sea.

22. Precisado ello, el demandante sostiene (fojas 3) que la norma materia de inconstitucionalidad 28726 es espuria y bastarda e inconcebible en un sistema penal garantista en el cual no se puede legislar en función a un derecho penal de autor, vulnerador de los principios contenidos en el Título Preliminar del propio código penal que establece los principios de lesividad y proporcionalidad. Todo ello provoca un trato desigualitario y discriminatorio dentro de un proceso penal entre los procesados que delinquen por primera vez y de los que ya

han delinquido atentando contra el principio de resocialización como límites a la potestad sancionadora del Estado.

El Tribunal Constitucional disiente del argumento del demandante porque, en primer lugar, no es el Código Penal el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquél incorpore determinados principios jurídicos. En segundo lugar porque, a juicio de este Colegiado, la habitualidad no necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. Y es que no debe olvidarse que la reeducación, la reincorporación y la resocialización, previstas en el artículo 139º, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44º de la Constitución.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el legislador, a quien le corresponde definir la política de persecución criminal del Estado, tiene un margen de razonabilidad para ello, pero con límites como los derechos fundamentales de las personas; límites que, por lo demás, este Colegiado no estima sobrepasados por las leyes ahora impugnadas. Lo que no obsta, como es obvio, para que los jueces penales, al momento de considerar la habitualidad como una agravante de la pena, motiven suficiente y objetivamente sus decisiones jurisdiccionales, respetando siempre las garantías procesales y sustantivas que se derivan del derecho fundamental al debido proceso, tal como dispone el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.º 0014-2006-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS
DEL CONO NORTE
DE LIMA

VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO
VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto en discordia por los fundamentos siguientes:

1. Corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad que cuestiona la Ley N.º 28726, “*Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal*”. Esta ley incorpora la habitualidad y la reincidencia en materia penal y disminuye el presupuesto procesal para la detención provisional de tres a un año.

La demanda en mención interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima fue admitida a trámite por este colegiado según resolución de fecha 06 de octubre del 2,006, en la que obviamente se admiten como válidos los argumentos del actor que dicen del cumplimiento de las exigencias de concurrencia de los correspondientes presupuestos procesales y condiciones de la acción. Si bien en la aludida resolución intervino admitiendo a trámite la referida demanda por considerar que el Colegio de Abogados demandante tenía la legitimidad para obrar activa extraordinaria, luego de un exhaustivo análisis he llegado a la conclusión que dicha cualidad no le asiste para cuestionar todo tipo de ley en todos los casos, por las razones que a continuación fundamento.

2. Se afirma que el derecho procesal constitucional es la fusión del derecho constitucional con el derecho procesal, “...*sin embargo, aunque comparte de los principios y estructura de dos ramas tradicionales y ampliamente consolidadas, como son el derecho procesal y el derecho constitucional, existen en la actualidad parámetros para pensar en la autonomía científica del Derecho Procesal Constitucional...*” y es que “(...) *los primeros cimientos del derecho procesal constitucional según se ha mencionado fueron aportados por Kelsen y posteriormente por otros connotados procesalistas como Piero Calamandrei, Eduardo J. Couture y Mauro Cappelletti –que desde perspectivas diferentes se acercaron al Derecho Constitucional- no fue sino los aportes de Hector Fix Zamudio, cuando, a partir de la publicación de sus primeros ensayos en el año 1956, la disciplina empieza a adquirir verdadero contenido sistemático partiendo de los principios del procesalismo científico, a luz del derecho comparado y de sus reflexiones sobre la defensa procesal de la constitución (...)*” (Derecho Procesal Constitucional Peruano, Domingo García Belaunde, Pags. 65 y 66).

Es decir, a partir del entrecruzamiento del derecho constitucional con el derecho procesal algunos con abrumadora euforia consideran que el derecho procesal constitucional viene a constituir una creación novedosa, autónoma como ajena a ambos derechos, el material o sustantivo y el formal o procesal (instrumental), que encontramos en la propia Constitución, sin advertir como lo dice Juan Monroy Gálvez que la Constitución está conformada, en sus aspectos fundamentales, por normas instrumentales. Queremos decir así que el proceso constitucional es tributario del derecho procesal en general, participando de sus instituciones que recogidas dentro de nuestro derecho positivo interno en el Código Procesal Civil, constituye

normatividad supletoria e integradora como expresamente lo reconoce el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

3. El Proceso en general y en abstracto constituye un todo sostenido por la ciencia procesal basada en principios que le dan al proceso coherencia y racionalidad. De allí que Eduardo J. Couture expresa “...*Toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y ese principio es, en si mismo un partido tomado, una elección entre varios análogos que el legislador hace, para asegurar la realización de la justicia que enuncia la Constitución...*” (Estudios de Derecho Procesal T III, pág. 51). Agregan a su turno Jorge W. Peyrano y Julio O. Chiappini “...*La condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso recibe el nombre de derecho procesal constitucional. No se trata de una rama autónoma del derecho procesal sino una cierta posición científica, de un punto de vista metodológico y sistemático desde el cual se puede examinar el proceso en sus relaciones con la Constitución...*” (Estrategia Procesal Civil, pág. 203).

4. Volviendo al tema de la inconstitucionalidad demandada y estando a lo precedentemente considerado es preciso analizar la especialidad requerida en el numeral 7 del artículo 203 de la vigente Constitución Política del Perú para poder apreciar que estamos en un caso de legitimidad para obrar activa extraordinariamente contemplada por la citada norma constitucional, pudiéndose por ello distinguir en el proceso ordinario la existencia de dos clases de legitimidad para obrar activa: La ordinaria, otorgado en general a todo justiciable y la extraordinaria otorgada por la ley a personas expresamente determinadas por ésta; en cambio tratándose del proceso constitucional, la legitimidad para obrar activa a que se refiere el referido artículo 203 de la Constitución es, no cabe duda, la legitimidad extraordinaria a que hacemos referencia y por tanto quienes la ejercitan con la correspondiente demanda tienen que ser sólo y necesariamente las personas que el texto de la ley señala a exclusividad. En este caso debemos subrayar que estamos reafirmando que dicha extraordinaria legitimidad del citado artículo constitucional nace, mas allá que de la ley, de la propia Constitución Política del Estado. Y si esto es así significa entonces que si la demanda constituye el ejercicio del derecho de acción para requerirle al propio Estado la expulsión de una norma con categoría de ley, solo puede hacerlo quien o quienes específica y expresamente están autorizados por la norma, lo que entraña la imposibilidad de llegar a una sentencia de mérito si la demanda ha sido interpuesta por persona no autorizada, aun cuando dicha demanda por error haya sido admitida a trámite. Decía Chiovenda que no puede dictarse una sentencia sobre el tema de fondo propuesto cuando ésta llevaría a una imposible ejecución; en el presente caso creo yo que la falta de legitimidad activa entraña la ausencia de interés en el demandante para exigir lo que la ley le tiene reservado a otras personas con exclusividad. Si por el “*nemo iudex sine actore*” exigimos la formulación necesaria de una demanda para que pueda existir proceso, el “*sine actione agere*”, vale decir la falta de acción en el demandante, o la ausencia de titularidad en cuanto a la pretensión constituye un condicionamiento para que solo el señalado extraordinariamente con dicha titularidad por la ley sea quien puede presentar la demanda y ninguna otra persona. Omar Cairo Roldán en su obra “*Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*” señala en la página 65, en lo referente a la legitimidad para obrar activa extraordinaria, lo siguiente: “...*El derecho de acción es la atribución de todo sujeto de derecho para pedir al Estado que resuelva un conflicto de intereses o una incertidumbre ambas con relevancia jurídica. El Estado, en consecuencia, tiene el deber de brindar tutela jurisdiccional a todo sujeto que ejerza el derecho de acción mediante el acto procesal llamado demanda. Sin embargo, esta tutela solo podrá consistir en un fallo válido sobre el fondo cuando en la demanda esté presente, además de otros elementos, la legitimidad para obrar...*”.

Es en razón de esta imposibilidad de llegar a un pronunciamiento de mérito, aun cuando la demanda de inconstitucionalidad en el presente caso haya sido admitida a trámite, irregularmente, que procede como expresión de salvamento la declaración invalidatoria de oficio, recurriendo a la aplicación supletoria del artículo 121 del Código Procesal Civil en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que prevé la integración a que hacemos referencia. Esta es la denominada en la doctrina sentencia inhibitoria que obliga al Juez, por excepción, no obstante haber aplicado el saneamiento procesal que prohíbe la vuelta a la discusión sobre la temática de la validez de la relación procesal, a un pronunciamiento inhibitorio para anular todo o parte de lo actuado por no poder decir en su decisión el derecho que corresponde desde que la demanda merece la calificación de improponible. Y esto, repetimos, se da ante la imposibilidad de una decisión de mérito porque sería ésta inejecutable. Precisamente este Tribunal en el Exp. N.º 10168-2006-PA, evacuó la sentencia de 7 de marzo del año en curso en cuyo fundamento 3, dijo “... *la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República... se ha pronunciado a favor de la nulidad de oficio... conforme al artículo 121 del Código Procesal Civil... todo Juez, incluyendo los de la Corte Suprema, tiene competencia para pronunciarse mediante decisión debidamente motivada, sea declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal. En igual sentido el artículo 176 del mismo cuerpo normativo establece la facultad de los Jueces, incluidos los de la Corte Suprema, para pronunciarse de oficio respecto de las nulidades insubsanables...*”. En el presente caso, afirmamos que la demanda de inconstitucionalidad debió ser rechazada *in limine* por no corresponderle al Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima la legitimidad para obrar activa que extraordinariamente contempla el artículo 203 de la Constitución Política del Estado por ausencia de la especialidad a la que se refiere el numeral 7º del dispositivo constitucional citado.

5. En este tema de la legitimidad para obrar extraordinaria en razones de especialidad, señala Osvaldo Alfredo Gozaíni en cuanto al necesario interés de los Colegios Profesionales para poderse considerar titulares de la legitimidad extraordinaria activa, a fojas 135 – 136 de su obra “Los problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales”, que “...*Una modalidad de ellos aunque con matices que lo singularizan son los intereses de categoría (también llamados profesionales) que se encuentran y determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, Médicos, Abogados, Escribanos, Ingenieros, Arquitectos, etc.). Almagro los analiza como intereses sociales (variante de los difusos), con la peculiaridad que cuando actúan, la tutela individual parece heroica ante el poderío del problema que enfrenta, siendo preferible esta acción del grupo para fortalecer la consecución de los fines de interés sectorial...*”.

De lo que acabamos de exponer queda claro que la legitimidad procesal o para obrar es la identificación que exige que quienes están en el proceso y actúan en él como parte tienen que ser las personas que conformaron la relación sustantiva o material subyacente, todo esto visto desde luego desde un orden que podríamos calificar de normal, lo que significa también que extraordinariamente la ley pueda otorgarle legitimidad para obrar activa a personas distintas a las que formaron parte de esta relación sustantiva. Significa entonces que la legitimidad procesal activa extraordinaria necesariamente nace la ley y aleja la posibilidad de llevar al proceso a las personas que ordinariamente pueden hacer actividad procesal satisfaciendo las exigencias de la legitimidad procesal ordinaria, es decir cualquier justiciable que considera la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional en requerimiento de tutela jurídica, persona que por tanto como lo señalara Peyrano le permite a cualquiera demandar a cualquiera, por cualquier cosa y con cualquier grado de razón, incluso hasta sin ella extremadamente, lo que

significaría y significa que hay demandas que inician un proceso pero que en la sentencia tendrán que ser rechazadas por infundadas. Pero recalamos que cuando la legitimidad para obrar activa es extraordinaria, necesariamente nace de la ley y por tanto solo pueden ejercitar el derecho de acción quienes están llamados como demandantes por la propia disposición de la ley. Esta exclusividad que encierra la aludida legitimidad extraordinaria nace de la propia Constitución Política en el caso de autos. Hemos dicho concretamente por tanto que cuando la legitimación extraordinaria la ejercitan personas no llamadas para este encargo, el Juez que admite la demanda se descalifica para una decisión de fondo al momento de sentenciar.

El artículo 203 de la Constitución Política del Perú establece que:

“...están facultados para interponer la acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;
2. El Fiscal de la Nación;
3. El Defensor del Pueblo;
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas;
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado;
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad...”

Es evidente que la Constitución ha establecido quiénes tienen la legitimidad para obrar activa extraordinaria como condición de la acción de inconstitucionalidad, siendo el artículo citado excluyente y específico. El inciso 7) del artículo 203º de la carta magna agrega, como novedad frente a las Constituciones ya derogadas, la legitimidad a los Colegios de Profesionales, estableciendo, como límite, que éstos están legitimados para demandar sólo y exclusivamente en lo que concierne a su especialidad. ¿Y cuál es la especialidad de los Colegios Profesionales?. Específicamente tenemos que precisar cual es la especialidad de los Colegios de Abogados como instituciones en atención a sus fines e intereses corporativos, distintos de los intereses que puedan abrigar los Abogados que conforman la institución por tratarse de personas naturales distintas a la persona jurídica que los integra.

6. Los Colegios Profesionales, de acuerdo con nuestra Constitución, se definen como instituciones autónomas de Derecho Público Interno, lo que quiere decir que su creación, a diferencia de las asociaciones y sindicatos, está sujeta a la decisión del legislador a través de una ley. La obligatoriedad de la colegiación está ineludiblemente vinculada con el ejercicio de una profesión determinada; esta imbricación justifica su previsión constitucional. La Constitución, además de definir la naturaleza jurídica de estas instituciones corporativas también les reconoce un aspecto importante como es el de su autonomía. No obstante, la autonomía reconocida a estas instituciones no puede significar ni puede derivar en una autarquía; de ahí que sea importante poner en relieve que la legitimidad de los Colegios Profesionales será posible solo y en la medida que su actuación se realice dentro del marco establecido por nuestro ordenamiento constitucional. En dicho sentido la especialidad está referida al ámbito en

que se desarrolla cada Colegio Profesional, así como a sus aspectos gremial, administrativo, ejercicio profesional de los agremiados, etc., lo que quiere decir que cuando dicho artículo los legitima para interponer una demanda de inconstitucionalidad lo hace en razón de que la ley que se cuestiona puede afectar el ámbito en el que se desarrolla como ente social, debiendo especificar con claridad en cada caso el grado de afectación que le causa la vigencia de determinada ley. Un ejemplo de ello es la demanda de inconstitucionalidad recaída en el expediente 0027 – 2005 – AI, interpuesta por el Colegio de Periodistas del Perú contra la Ley N° 26937, expedida por el Congreso de la República, que establece la no obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio profesional del periodismo. En este caso se evidencia que la norma impugnada está directamente vinculada con la agremiación de los profesionales especializados en periodismo (legitimidad activa extraordinaria). En casos contrarios el Tribunal Constitucional declaró improcedente demandas de inconstitucionalidad por falta de legitimidad para obrar extraordinaria activa del Colegio demandante. Así por excepción tenemos que la decisión recaída en el Exp. N.° 0005-2005-AI/TC, en el que el Colegio de Abogados de Ica demandó la inconstitucionalidad de la Ley N.° 28427, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005, resolución en la que sostuvo que “...*debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en Derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en nuestro ordenamiento jurídico...*”. Ese mismo criterio sirvió de fundamento para rechazar las demandas de inconstitucionalidad recaídas en los expedientes: 006-2005-AI, 011-2005-AI, 018-2005-AI, 009-2006-AI/TC, entre otras.

7. Para el caso de los Colegios de Abogados debemos tener en cuenta que la Real Academia Española ha definido al Abogado como el licenciado o doctor en derecho que ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en todo proceso judicial como labor mayormente recurrida, siendo el Colegio de Abogados la institución de derecho público interno con autonomía suficiente que reúne a estos profesionales para la defensa del gremio en todos los temas referidos al libre ejercicio de la abogacía, correspondiéndole institucionalmente no sólo la defensa gremial sino el control que la sociedad le encomienda de la conducta de los colegiados para lo que al crearse se fijan estatutariamente facultades de gobierno y de legislación interna como administrativa, verbigracia de disciplina, con lo que se quiere decir que el referido Colegio no es especialista en leyes. Consecuentemente al no tener dicha especialidad específica no puede indiscriminadamente cuestionar todas o cualquiera ley que da el Congreso de la República. Entonces los Colegios de Abogados carecen de legitimidad para demandar indiscriminadamente la inconstitucionalidad de cualquier ley, como en algunos casos suelen pretender. Esto explica que el numeral 7° del citado artículo 203° de nuestra Constitución, tratándose de los Colegios Profesionales de Abogados, que existen en todo el territorio nacional, en número aproximado de 28, distinga la legitimación activa a solo en razón de la «**materia de su especialidad**», lo que nos obliga al rechazo – que puede ser liminar - cuando la ley acusada de inconstitucionalidad por el Colegio de Abogados demandante no constituye tema de su especialidad. Si bien los Colegios de Abogados agremian profesionales en derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sino solamente aquellas que regulen materias propias de cada una de estas agrupaciones de profesionales; esto quiere decir que si alguna ley atenta, delimita o contraviene el ejercicio, autonomía, agremiación, etc. de éstos, podrán cuestionarla puesto que la afectación es directa a materia de su especialidad, es decir cuando entra el juego de interés colectivo a que se refiere el profesor Gozáni.

Aparte de la consideración de la especialidad de los Colegios Profesionales es de rigor precisar que la Constitución quiere, y no podría ser de otra manera, con la literatura utilizada, señalar a los Colegios por cada una de las profesiones existentes, es decir, un Colegio de Abogados con alcance nacional, igualmente un Colegio de Ingenieros, un Colegio de Arquitectos, un Colegio Médico, un Colegio de Enfermeros, etc. y no como en el caso de los Abogados los 28 Colegios sectoriales que existen en la República puesto que ello significaría en abstracto que el Tribunal Constitucional se podría ver actualmente en la necesidad de conocer 28 demandas por cada Colegio de Abogados en relación a una misma ley y que si los Colegios de Abogados en todo el territorio de la República no fueran 28 sino 500 o 1,000, por decir alguna cifra expansiva, también el Tribunal tendría que ver en repetición un número igual de demandas sobre la misma ley. Es evidente pues que cuando el referido inciso 7º del artículo 203 de la Constitución le da extraordinariamente la legitimidad para obrar activa a los Colegios Profesionales según su especialidad, se está refiriendo a las agrupaciones profesionales que representan un interés común con alcance nacional. La especialidad se encuentra entonces en lo que le corresponde a cada Colegio Nacional Profesional y no a la dispersión de Colegios que puedan existir y existen dentro de la República tratándose de los Colegios de Abogados. Lo contrario significaría la recusación de la legitimación extraordinaria expresamente contemplada por la norma constitucional citada.

8. Pero lo precedentemente expuesto no es todo en referencia al tema en análisis desde que en nuestro devenir histórico tenemos expresiones que corroboran la señalada autoridad de un solo Colegio a nivel nacional. Así el artículo 308 del derogado Decreto Ley 14605 – Ley Orgánica del Poder Judicial – publicado el 26 de julio de 1,963, permitió que para cada Distrito Judicial exista un Colegio de Abogados, llegando a contarse actualmente 28 Colegios de Abogados con alcance sectorial. Ante la aludida dispersión de Colegios de Abogados la ya inexistente Federación Nacional de Abogados (que agrupaba a los Colegios de Abogados de la República) reunida en la Segunda Conferencia Nacional de Decanos de Colegios de Abogados del Perú (octubre 1,967) solicitó al gobierno de turno su reconocimiento legal como una entidad única; así es como el derogado Decreto Ley 18177 – “*A petición de los Decanos creó la Federación de Colegios de Abogados*” - 14 de abril de 1970 -, que en el artículo 1º precisó: “...*La Federación Nacional de Abogados del Perú representa a la profesión de abogados en todo el país...*”. Concordante con ello el artículo 2 del mismo decreto ley señaló en su inciso 1 que era atribución de la mencionada Federación representar a la profesión de abogado en todo el país. El artículo 290º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que entró en vigencia el año 1991 también permitió la existencia de un Colegio de Abogados por cada Distrito Judicial, hecho que se repitió en el artículo 285º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, publicado el 02 de junio de 1,993. Frente a la publicación de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial bajo esas mismas condiciones en lo referido a los Colegios de Abogados se publicó el Decreto Ley 25892, que derogó el Decreto Ley 18177 (27 de noviembre del año 1,992) y en su segunda disposición transitoria disolvió la Federación Nacional de Abogados para regular de manera precisa en sus artículos del 1º al 4º que la Junta de Decanos ostenta la representación a nivel nacional para la defensa del gremio. La Constitución Política del Perú, vigente desde 1,993, al señalar que los colegios profesionales pueden demandar la inconstitucionalidad de una norma solo en materia de su especialidad partió a no dudarle de los precedentes normativos citados, lo que lleva a considerar que el texto constitucional en análisis está referido a la titularidad de solo instituciones profesionales de alcance nacional. En el caso de los Abogados es incuestionable pues que antes de la entrada en vigencia de la Constitución actual tuvo ese

alcance nacional la Federación Nacional de Abogados del Perú y que ahora, dentro del vigor de la Constitución de 1,993, la representación nacional de los abogados no le corresponde a ninguno de los colegios de abogados sectoriales existentes y dispersos en el territorio de la República, en número de 28, sino a la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

El Decreto Ley 25892 establece:

Artículo 1:

A partir de la vigencia del presente Decreto Ley, los Colegios Profesionales que no sean de ámbito nacional tendrán una Junta de Decanos.

Artículo 2:

Son atribuciones de las Juntas de Decanos las siguientes:

inciso 1: Coordinar la labor institucional y dirimir los conflictos que pudieran surgir entre los respectivos Colegios;

inciso 2: Promover y proteger, a nivel nacional, el libre ejercicio de la profesión correspondiente

inciso 3: Fomentar estudios de especialización en las respectivas disciplinas y organizar certámenes académicos; y,

inciso 4: Ejercer las demás atribuciones que señale la ley y los estatutos pertinentes.

Artículo 4:

Las Juntas de Decanos que se constituyan conforme a lo dispuesto en el presente Decreto ley, aprobarán sus respectivos estatutos...

Este Decreto fue reglamentado por el Decreto Supremo N.º 008-93-JUS, que dispone que los Colegios Profesionales que no sean de ámbito nacional tengan una Junta de Decanos, y es muy preciso en su artículo 2º cuando señala:

a) Representar a la profesión correspondiente ante los organismos nacionales e internacionales.

Por su parte el Estatuto de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, aprobado en Asamblea de Instalación de la Junta de Decanos de fecha 25 de junio del 2,003, en su artículo 1º, señala que toma como base legal para su formación las normas antes referidas y en su artículo 3 y 5 establece que:

Artículo 3:

La Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú es el máximo organismo representativo de la profesión de Abogado, ante los organismos del sector público y privado e instituciones profesionales, gremiales y de cualquier otra índole, dentro del país y en el exterior.

La representación a que se refiere el párrafo anterior es imperativa y no requiere por tanto ratificación de ningún otro organismo, y es ejercida por el Presidente de la Junta de Decanos, por sus personeros legales, o por quienes en cada caso designe el Consejo Directivo.

Título III: De sus atribuciones:

Artículo 5: (...)

d) *Promover, proteger y defender a nivel nacional el libre ejercicio de la profesión de abogado.*

Para este caso sui generis de dispersión de Colegios de Abogados son pues de aplicación el Decreto Ley 25892, el Decreto Supremo N.º 008-93-JUS y el Estatuto de la Junta de Decanos a que me he referido precedentemente. De ellos extraemos en conclusión que es la Junta de Decanos representada por su Presidente la que tiene representación frente a organismos nacionales o internacionales, vale decir entonces, que la facultad de demandar ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de alguna ley, que como tal tiene alcance nacional, recae precisamente sobre el que Preside la corporación nacional cuando se trata de la especialidad referida. Es decir, el inciso 7º del artículo 203 de la Constitución Política del Perú exige un representante nacional por cada profesión puesto que, sin ninguna distinción, la legitimidad extraordinaria para demandar la inconstitucionalidad sin especialidad la tiene el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo.

En conclusión considero que el Tribunal Constitucional en el caso presente, aun cuando haya admitido a trámite la demanda imperfectamente presentada por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima no puede en la sentencia hacer un pronunciamiento de mérito puesto que lo actuado está afectado de un vicio de nulidad insalvable que lo lleva, por excepción, a una determinación inhibitoria, esto es al rechazo de la demanda, como debió hacerlo en su oportunidad, por cuanto al no tener el demandante la legitimidad activa extraordinaria exigida por el propio texto constitucional no podría este Colegiado evacuar una sentencia que pudiera ser ejecutable.

Por todo ello mi voto es por que se declare **NULO LO ACTUADO E IMPROCEDENTE** la demanda.

Sr.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Exp. N° 0014-2006-PI/TC
 LIMA
 COLEGIO DE ABOGADOS
 DEL CONO NORTE
 DE LIMA

FUNDAMENTO DEVOTO DEL MAGISTRADO
 ALVA ORLANDINI

Fundamento mi voto en las razones siguientes:

En reiterada jurisprudencia, con participación de todos los Magistrados del Tribunal Constitucional, se ha establecido que los Colegios de Abogados tienen legitimidad activa para demandar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley cuando las mismas afectan el ordenamiento jurídico de la Nación, especialmente si –como en este caso- se alega que la modificación de algunos preceptos relativos al Código Penal viola la Ley Fundamental. Los deberes para con la Patria de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, que consagra el artículo 38° de la Ley Fundamental, no puede excluir a los operadores del Derecho, con mayor razón cuando el artículo 203°-7 de la Constitución explícitamente declara que están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Dentro de ese criterio, el Tribunal Constitucional ha admitido y resuelto más de 60 procesos de inconstitucionalidad promovidos por colegios profesionales, conforme aparece de las sentencias publicadas en el diario oficial *El Peruano*.

No sería razonable que el cuestionamiento de la inconstitucionalidad de normas legales penales sea atribuible a un colegio profesional distinto del Colegio de Abogados.

Por otra parte, no se puede –bajo ningún banal argumento- dejar de cumplir el texto claro y expreso del artículo 106° del Código Procesal Constitucional, conforme al cual

Admitida la demanda, y en atención al interés público de la pretensión discutida, el Tribunal Constitucional impulsará el proceso de oficio con prescindencia de la actividad o interés de las partes.

El proceso sólo termina por sentencia. (subrayado agregado).

La demanda, en este caso, fue admitida por resolución de fecha 06 de octubre de 2006; y, por lo tanto, el proceso sólo termina por sentencia.

1. Es verdad que el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que en caso de *vacío o defecto* son de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. Pero no es aceptable, por ende, que se pretenda invocar tal precepto para desintegrar el proceso constitucional, ni para esquivar un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión, pues existen normas claras, expresas, específicas e inequívocas. No hay vacío ni defecto en el procedimiento constitucional.

Hay más: en el supuesto negado de que pudiera aplicarse el Código Procesal Civil, los artículos 171° a 177° de éste regulan los principios de legalidad y trascendencia de la nulidad, de convalidación, subsanación o integración, de extensión de la nulidad, de inadmisibilidad o improcedencia y oportunidad y trámite de la nulidad

La aplicación de tales principios del proceso civil al proceso de inconstitucionalidad acreditan, más todavía, que no hay vicio de nulidad en el caso *sub judice*.

En cuanto al fondo de la demanda incoada considero necesario referir algunos antecedentes:

La Ley N° 25280, de 30 de octubre de 1990, aprobada a iniciativa mía, en ejercicio de la función de Senador de la República, delegó facultades legislativas en el Poder Ejecutivo, a efecto de que, mediante Decreto Legislativo, promulgara el Código Penal.

La Comisión Revisora que elaboró el proyecto de Código Penal fue integrada por los Senadores Javier Alva Orlandini, Luis Gazzolo Miani y Absalón Alarcón Bravo de Rueda; los Diputados Gilberto Cabanillas Barrantes, Eduardo López Therese y José Baffigo Torre; el representante del Poder Judicial Carlos Espinoza Villanueva; el representante del Ministerio Público Pedro Méndez Jurado; el representante del Ministerio de Justicia Juan M. Portocarreiro Hidalgo; el representante del Colegio de Abogados de Lima Luis A. Bramont Arias; y el representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú.

La Comisión me designó su presidente.

- a. El Decreto Legislativo N° 635, de 3 de abril de 1991, sin ninguna modificación en el proyecto, promulgó el Código Penal, el que entró a regir desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.
2. La Exposición de Motivos del Código Penal, elaborado en sólo cuatro meses, en cuanto a **Reincidencia y Habitualidad**, expresa que

“Resulta imperativo connotar las razones principales por las que la Comisión Revisora decidió proscribir del Proyecto de Código Penal los institutos penales de la reincidencia y la habitualidad. Hoy no resulta válido, en verdad, conservar en nuestro ordenamiento jurídico estas formas aberrantes de castigar que sustentan su severidad en el modo de vida de un individuo (derecho penal de autor). La Comisión Revisora estima que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o la habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes, por lo demás debidamente ejecutadas.”

Las modificaciones introducidas en el Código Penal por diversas normas legales se dirigieron, principalmente, a incrementar las penas, bajo el equivocado criterio de que la drasticidad del castigo influiría en disuadir al potencial agente del hecho ilícito, estableciendo incluso la “cadena perpetua”, cuyo alcance fue modulado por la sentencia de 03 de enero de 2003 (Exp. N° 010-2002-AI/TC) por el Tribunal Constitucional.

La Ley N° 26758, de 14 de marzo de 1997, introduce el artículo 46°-A en el Código Penal, a efecto de determinar como circunstancia agravante de la responsabilidad penal e incremento de la pena hasta un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público, para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

La Ley N° 28726, de 9 de mayo de 2006, materia de este proceso de inconstitucionalidad, incorpora los artículos 46°-B y 46°-C y modifica los artículos 48°, 55°, 440° y 444° del Código Penal y el artículo 135° del Código Procesal Penal haciendo más severas las penas.

El demandante considera que la referida ley viola los artículos 2°-2-24 y 139°-13 de la actual Constitución en cuanto incorpora “las figuras de la reincidencia y la habitualidad como elementos para determinar la pena” y que “Hace lo mismo con los artículos 440 incisos 5 y 7, extendiendo el plazo de la prescripción en caso de reincidencia y considerando expresamente una circunstancia agravante a la reincidencia al momento de fijar la pena. E incluso llega a modificar el artículo 135° del Código Procesal que determina los requisitos para dictar

el mandato de detención deje de ser los cuatro años y pase a ser un año ‘existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito.’”

En rigor, la Ley N° 28726 no infringe ninguna norma constitucional. El Legislador ha optado por una política criminal distinta a la que originariamente consagró el Código Penal de 1991. Tal política tiene como sustento el acoso que afronta la sociedad por acción de la delincuencia. En efecto, con alarmante frecuencia se produce el asalto y robo a las personas que circulan por las carreteras del territorio nacional y por las calles de nuestras ciudades, siendo especialmente agraviados los turistas que visitan el Perú. Hay bandas de avezados delincuentes, con la complicidad de menores, que arrebatan sus pertenencias a los viandantes y otras organizaciones que cometen latrocinios de vehículos o de sus auto-partes, que posteriormente son negociadas por los reducidos, que realizan sus ilícitas actividades en conocidos lugares de Lima y otras localidades. La “piratería” de impresos y de material informático es virtualmente cotidiana y permanente, con perjuicio de los derechos de autores y compositores.

Los delincuentes atentan contra servicios y bienes públicos, sustrayendo materiales de las instalaciones eléctricas, telefónicas y del agua potable y lo buzones de los desagües, sin recibir el condigno castigo; y otros atentan repetidamente contra las comunicaciones públicas con impunidad. Tales modalidades delictivas requieren de la sanción prevista en la Ley N° 28726 y, además, obviamente, de la diligente acción policial y de la intervención de los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial. Al Estado le corresponde adoptar las disposiciones legales y financieras para que en los establecimientos carcelarios se cumpla efectivamente el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, como lo dispone el artículo 139°-22 de la Constitución.

3. Desde hace dos décadas los criminólogos denuncian que dos de cada tres reclusos están sin sentencia. Esa situación se trató de remediar mediante la modificación del proceso penal. Para tal efecto propuse en el Senado se delegara facultades legislativas en el Poder Ejecutivo y, como consecuencia, se aprobó la Ley N° 25281, de 30 de octubre de 1990. La respectiva Comisión Revisora, que me honré en presidir, elaboró diligentemente el proyecto, que fue promulgado como Código Procesal Penal por Decreto Legislativo N° 638, de 27 de abril de 1991, pero se dispuso su vigencia a partir del 01 de mayo de 1992, salvo los artículos 2°, 135°, 136°, 138°, 143°, 145° y 182° a 188° que entraron en vigencia desde el día siguiente a su publicación. Posteriormente, el Decreto Ley N° 25461, de 29 de abril de 1992, aplazó la vigencia parcial de ese Código hasta el 29 de abril de 1994; y el Decreto Ley N° 26299, de 30 de abril de 1994, suspendió la vigencia de tales disposiciones, *sine die*. De acuerdo a las órdenes de la dictadura, y por incuria del Ministerio Público y del Poder Judicial, la reforma del proceso penal quedó diferida. Se arguyó que los Fiscales y los Jueces no estaban debidamente capacitados para sustituir el sistema inquisitivo por el acusatorio.

Quince años después el argumento aún subsiste. El nuevo Código Penal, promulgado por Decreto Legislativo N° 957, de 29 de julio de 2004, ha empezado a aplicarse paulatinamente y se espera que aligere la justicia penal.

Sin embargo, los resultados de la novísima legislación procesal penal no se alcanzarán si el Ministerio Público y el Poder Judicial no disponen de los recursos humanos y logísticos para ese propósito.

Mi voto es, pues, porque se declare infundada la demanda.

ALVA ORLANDINI