

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0014-2006-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

De 19 de enero de 2007

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

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

Síntesis:

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

Magistrados firmantes:

**LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI**

MESÍA RAMÍREZ

Sumario

- I. Asunto
- II. Datos generales
- III. Normas cuestionadas
- III. Antecedentes
- IV. Materias constitucionalmente relevantes
- V. Fundamentos
- VI. Fallo

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

I. ASUNTO

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

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de inconstitucionalidad.

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

Disposición sometida a control : Ley N° 28726.

Disposiciones constitucionales : Artículo 139°, inciso 3 de la Constitución.

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad de todos los extremos de la Ley N° 28726, debiendo extenderse los efectos de la inconstitucionalidad a la Ley N° 28730.

III. NORMAS CUESTIONADAS

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

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

“12. La habitualidad del agente al delito.

13. La reincidencia”.

Artículo 2.- Incorpora artículos al Código Penal

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

“Artículo 46-B.- Reincidencia

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

Artículo 46-C.- Habitualidad

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

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

“Artículo 48.- Concurso ideal de delitos

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

Artículo 55.- Conversión de las penas limitativas de derechos a privativa de libertad. Si el condenado cumple, injustificadamente, con la prestación de servicios o con la jornada de limitación de días-lí aplicada. La acción penal y la pena prescriben al año. En caso de reincidencia, prescriben a los dos años (...)

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

Artículo 444.- Hurto simple y daño

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

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

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

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

“Artículo 135.-

(...)

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

III. ANTECEDENTES

A) Argumentos del demandante

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

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

B) Argumentos del demandado

Con fecha 21 de marzo de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que se la declare infundada en todos sus extremos, argumentando que la ley impugnada vulnera los derechos constitucionales invocados en la demanda.

Sostiene que al haberse modificado el artículo 46º, que se refiere al momento de la determinación de la pena, se ha puesto en cuestionamiento la dimensión material del principio *ne bis in idem*, para verificar si existe una doble sanción en el supuesto en que el juez tenga en consideración “la habitualidad del agente del delito” y la “reincidencia”; que, en consecuencia, sólo podrá hablarse de reincidencia o de habitualidad partiendo de la comisión de un “nuevo delito doloso”, lo que quiere decir que la pena imponerse no está dirigida a sancionar a alguien “por un delito por el cual ya ha sido sancionado absuelto”; y que el Estado está ejerciendo su función punitiva sobre ese nuevo delito doloso que ha cometido el agente, lo cual no representa una nueva sanción. Agrega que tampoco se puede afirmar que existe una vulneración del principio del *ne bis in idem* en su versión procesal, pues no existe un doble juzgamiento del primer delito cometido por el que ya se fue condenado, en caso de reincidencia, ni frente a un doble juzgamiento de los anteriores delitos en el caso de habitualidad en el delito, ya que lo que se juzga es el “nuevo delito doloso”, cuya comisión hace que, según los antecedentes del agente, se configure reincidencia o la habitualidad, que solo constituyen circunstancias agravantes.

Respecto al derecho constitucional a la igualdad, en el que la parte demandante cuestiona las modificaciones que la Ley N.º 28726 introduce a los artículos 46º, y 440º, incisos 5 y 7 del Código Penal, así como al artículo 135º del Código Procesal Penal, argumenta que el solo hecho de que se produzca un tratamiento diferente por causas objetivas y razonables, como cuando se produce la reincidencia y la habitualidad, no supone un atentado a la igualdad ante la ley o, dicho de otro modo, una intervención en la prohibición de discriminación; que en el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos se encuentra incluido el deber de sancionar; y que la posibilidad de que el Estado, a través de su órgano jurisdiccional, sancione con más severidad la frecuencia en la comisión de los

dolosos, constituye un medio conducente a lograr que el Estado cumpla con su deber primordial, “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y, a la vez, desterrar la impunidad, que a su vez se traduce en la obligación del Estado de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, y que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.

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

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

IV. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

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

- a) Delimitar el análisis de la temática desde la perspectiva del derecho penal y la Constitución.
- b) Determinar cuáles son los fines que la pena cumple en un Estado social y democrático de derecho.
- c) Analizar la noción de reincidencia y habitualidad y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú.
- d) Analizar la reincidencia y el principio del *ne bis in idem*.
- e) Analizar la reincidencia y el principio de culpabilidad.
- f) Analizar la reincidencia y el principio de proporcionalidad.
- g) Analizar la inconstitucionalidad de la habitualidad.

V. FUNDAMENTOS

Constitución y derecho penal

1.

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

denomina *les têtes de chapitres* ^[1].

2.

En tal sentido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones jurídicas fundamentales dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, encuentra, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación directa con la política

criminal ^[2]. De ahí que, en último término, las bases del derecho penal y de todas las demás ramas del Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.

3.

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

Constitución y “derecho penal del enemigo”

4.

En sentencia anterior (STC 0003-2005-PI/TC, fundamentos 16-17), este Colegiado ha precisado 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 distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos delinquentes incidentalmente y desde su *status* en tanto tales, de aquellos otros que delinquentes en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe alternativa más que su total eliminación”.

5.

Prosigue: “Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio p democrático.

No obstante, ello no quiere decir tampoco, en modo alguno, que el derecho penal constitucional convierta en un derecho penal “simbólico”, sino que debe responder severa y eficazmente, dentro marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger, de conformidad con el artículo 44° de la Constitución– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

Fines constitucionales de la pena

6.

Este Tribunal (STC 0019-2005-PI/TC, fundamentos 30-33), se ha referido a las diversas teorías en torno a la finalidad de la pena. Así, de acuerdo con la *teoría de la retribución absoluta*, la pena no cumple ninguna función social, pues es una institución independiente de su esfera social; es decir, agota toda su virtualidad en la generación de un mal al delincuente; de modo tal que el Estado, en representación de la sociedad, toma venganza por la afectación de algún bien jurídico relevante aplicando un mal de similar gravedad a la relevancia del bien en el ordenamiento jurídico. Se trata de la concreción punitiva del antiguo principio del Talió: “ojo por ojo, diente por diente”. Esta teoría no sólo carece de todo sustento científico, sino que es la negación absoluta del principio-derecho a dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de nuestra Constitución, conforme al cual “[l]a defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

7. De otro lado, la *teoría de la prevención especial* –también denominada teoría de la retribución relativa– centra la finalidad de la pena en los beneficios que ella debe generar en el penado o, cu menos, en aquellos que tengan la voluntad de ser resocializados. De esta manera, la finalidad de la pena puede ser dividida en dos fases: a) en el momento de su aplicación misma, teniendo com propósito inmediato disuadir al delincuente de la comisión de ilícitos penales en el futuro, des internaliza la grave limitación de la libertad personal que significa su aplicación; y, b) en el momento de su ejecución, la cual debe encontrarse orientada a la rehabilitación, reeducación y posteri re inserción del individuo a la sociedad. Esta finalidad encuentra una referencia explícita en el artícu 139° inciso 22 de la Constitución, cuando señala que “[s]on principios y derechos de la fu jurisdiccional: (...) [e]l principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reedu rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.
8. Por su parte, la *teoría de la prevención general* circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su pe ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e inter significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal. Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatori que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo indivi proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto intimidatorio.
9. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito. Por ello, son efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin resume diciendo que “(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que result cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado”^[3].
10. Finalmente, las *teorías de la unión* sostienen que tanto la retribución como la prevención general y especial son finalidades de la pena que deben ser perseguidas de modo conjunto y en un justo equilibrio.
11. Ahora bien, desde una perspectiva constitucional la delimitación de una conducta como antijurídica, es decir aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad pers constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (*principio de lesividad*). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de derecho fundamental. “Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de es concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos c necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la Norma Fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índo

que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional”^[4].

12. En ese sentido, dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un margen razonablemente amplio para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena. Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.
13. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes al principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; por consiguiente, serán el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.
14. Es dentro de este marco constitucional que el Tribunal Constitucional debe emprender el control constitucional de las disposiciones impugnadas en su constitucionalidad, referidos a las instituciones de la reincidencia y de la habitualidad.

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

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

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

17. En primer término, la reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus co

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

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

La reincidencia y el principio ne bis in ídem

19. Teniendo en cuenta que el demandante denuncia la inconstitucionalidad de la reincidencia por atentar contra el principio *ne bis in ídem*, resulta imperioso conocer el contenido de este principio para contrastarlo con los alcances de la reincidencia, de modo que se pueda identificar la existencia de lesión sobre aquél. El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio *ne bis in ídem*, ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC (fundamento 2) donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho debido proceso, contemplado en el artículo 139°, numeral 3 de la Constitución. Esta pertenencia y dotación de contenido se produce en virtud de la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
20. En la referida sentencia se sostuvo que el principio *ne bis in ídem* ostenta una doble configuración: una de carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que se una persona sea objeto de procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la reincidencia prevé la posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Este Tribunal la ha desarrollado en el fundamento 3.a de la sentencia recaída en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC mencionada, en los siguientes términos:
21. En su formulación material, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

22. El principio del *ne bis in ídem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia y lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos –como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp N.º 0002-2001-AI/TC, fundamento 6– a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

23. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se consta que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in ídem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia en la misma manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo delito y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.

24. El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración– no recibe una pena adicional por la agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento– no es tampoco objeto de una doble imposición de pena sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo a este razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como circunstancia genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*.

La reincidencia y el principio de culpabilidad

25. El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el derecho penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo de responsabilidad que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprochable a quien los cometió. La culpabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad por las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado.

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

27.

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

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

29. Este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC (fundamento 44 *et pássim*) algunos de los alcances de este principio. Uno de ellos es el de la 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.

30. De lo vertido se desprende que –tipificado previa y claramente el delito y cometido éste– el Estado 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.

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

32. El segundo principio del que se deriva el principio de culpabilidad en el ordenamiento constitucional es el principio de proporcionalidad de las penas. Este Tribunal se ha expresado anteriormente sobre este tema en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC, (fundamento 138 *et pássim*) señalando que el principio de proporcionalidad de las penas ha sido constitucionalizado en el 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.

33. Dentro de ellos, el contexto relevante para efectos del cuestionamiento hecho por el accionante es el de determinación de la pena, es decir, el momento en que el legislador genera una norma que establece un tipo penal y le impone un cierto tipo de sanción. En este escenario, el principio de proporcionalidad de las penas es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas

materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley.

34. Este principio ha sido descrito en la aludida sentencia (fundamentos 197 y 198) en el sentido que, en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, éste no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que, al momento de establecer las penas, éstas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre la adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador determinar, junto con los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo.
35. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites que establece la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como señalados en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En tal sentido, el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprobable resulte el acto respecto a la persona responsable.
36. De este modo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad también está constitucionalizado y que es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico. Corresponde, ahora, establecer si la reincidencia puede ser considerada como factor a considerar para establecer la determinación de la pena vulnera el principio de culpabilidad.
37. Ha sido señalado que la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado. El principio de culpabilidad clásico previsto para delitos comunes exige que el grado de reprobación de una persona por un acto ilícito sea configurado desde la valoración de tal acto y no de otro. En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conducta descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados.
38. Pero el principio de culpabilidad constitucional considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito "A", la figura de la reincidencia faculta al juez para evaluar otros delitos anteriormente cometidos, a los que

llamaremos “B”, para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe “B”, esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito “A”, y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel de reprobación mucho mayor que la que le correspondería si se considerase el delito “A” de modo aislado.

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

La reincidencia y el principio de proporcionalidad

40. El Tribunal Constitucional considera conveniente determinar si la intervención del legislador, incorporar la reincidencia como agravante genérica en el Código Penal, ha respetado o no el principio de proporcionalidad, lo que a continuación será objeto de análisis.
41. Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifiquen como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2º, inciso 24) el cual se concreta también en el hecho de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Esto no significa, sin embargo, que las intervenciones del legislador o las restricciones que recaigan en los derechos fundamentales sean ilimitadas o absolutamente abiertas, sino, por el contrario, que estas deben ser plenamente justificadas –proporcionales– respecto a la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales.
42. Siendo ello así, se debe aplicar en el control constitucional de los artículos modificados por la Ley N° 28726 el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, a fin de determinar la legitimidad constitucional de la disposición antes aludida. En primer lugar, se 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.
43. A juicio de este Tribunal, los artículos modificados cumplen con el subprincipio de idoneidad. En efecto, el legislador ha previsto, a través de tal disposición, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44º de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido.
44. En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr un objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si es que el legislador debió advertir la existencia de otras alternativas igualmente idóneas pero menos gravosas que las introducidas en la Ley N° 28726. Este Tribunal estima la

inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura de reincidencia y habitualidad en el delito, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger.

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

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

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

Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la habitualidad

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

49. Otras objeciones que se han formulado es que representa una característica propia del autor, que incide en su modo de vida, sin que esto signifique la existencia de un hábito en relación a un delito particular o un conjunto de delitos, sino una propensión al delito en general, en la que basta que varios ilícitos independientes entre sí puedan ser atribuidos a un solo autor en un determinado periodo de tiempo. En términos conceptuales se sostiene que la habitualidad encarna una reminiscencia a un derecho penal

de autor, donde la valoración jurídico-penal trasciende el hecho como aspecto nuclear de la imputación, y se traslada a un hombre delincuente (*uomo delinquente*), penetrando en la esfera profunda de su personalidad y enjuiciando negativamente su conducción de vida en sociedad, al tratarse de un sujeto que revela significativa “peligrosidad” para los intereses sociales comunitarios.

50.

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

51. Preciado ello, el demandante sostiene (fojas 3) que

la norma materia de inconstitucionalidad 28726 es espuria y bastarda e inconcebible en un sistema penal garantista en el cual no se puede legislar en función a un derecho penal de autor, vulnerador de los principios contenidos en el Título Preliminar del propio código penal que establece 1 principios de lesividad y proporcionalidad. Todo ello provoca un trato desigualitario y discriminatorio dentro de un proceso penal entre los procesados que delinquen por primera vez y de los que ya han delinquido atentando contra el principio de resocialización como límites a la potestad sancionadora del Estado.

52.

El Tribunal Constitucional disiente del argumento del demandante porque, en primer lugar, no es Código Penal el parámetro de validez constitucional sino la Ley Fundamental, por más que aquél incorpore determinados principios jurídicos. En segundo lugar porque, a juicio de este Colegio 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 tranquilidad y seguridad de los ciudadanos. Y es que no debe olvidarse que la reeducación reincorporación y la resocialización, previstas en el artículo 139°, inciso 22, no son los únicos fines de la pena, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente sentencia, sino que es también obligación del Estado proteger otros bienes constitucionales, entre ellos, la seguridad de los ciudadanos, tal como manda el artículo 44° de la Constitución.

53.

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

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar

INFUNDADA

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

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

**VOTO EN DISCORDIA DEL MAGISTRADO
VERGARA GOTELLI**

Emito el presente voto en discordia por los fundamentos siguientes:

1. Corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad que cuestiona la Ley N.º 28726, "*Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal*". Esta ley incorpora la habitualidad y la reincidencia en materia penal y disminuye el presupuesto procesal para la detención provisional de tres a un año.
2. La demanda en mención interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima fue admitida a trámite por este colegiado según resolución de fecha 06 de octubre del 2,006, en l obviamente se admiten como válidos los argumentos del actor que dicen del cumplimiento de

exigencias de concurrencia de los correspondientes presupuestos procesales y condiciones de la acción. Si bien en la aludida resolución intervine admitiendo a trámite la referida demanda por considerar que el Colegio de Abogados demandante tenía la legitimidad para obrar activa extraordinaria, luego de un exhaustivo análisis he llegado a la conclusión que dicha cualidad no le asiste para cuestionar todo tipo de ley en todos los casos, por las razones que a continuación fundamento.

3.

Se afirma que el derecho procesal constitucional es la fusión del derecho constitucional con el derecho procesal,

“...sin embargo, aunque comparte de los principios y estructura de dos ramas tradicionales ampliamente consolidadas, como son el derecho procesal y el derecho constitucional, existen 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 Zamu cuando, a partir de la publicación de sus primeros ensayos en el año 1956, la disciplina empieza 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 al que abrumadora euforia consideran que el derecho procesal constitucional viene a constituir una novedosa, autónoma como ajena a ambos derechos, el material o sustantivo y el formal o (instrumental), que encontramos en la propia Constitución, sin advertir como lo dice Juan Monro Gálvez que la Constitución está conformada, en sus aspectos fundamentales, por normas instrumentales. Queremos decir así que el proceso constitucional es tributario del derecho procesal en general, participando de sus instituciones que recogidas dentro de nuestro derecho positivo interno en el Código Procesal constituye normatividad supletoria e integradora como expresamente lo reconoce el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

4.

El Proceso en general y en abstracto constituye un todo sostenido por la ciencia procesal basada en principios que le dan al proceso coherencia y racionalidad. De allí que Eduardo J. Couture expresa *“...Toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal; y ese principio es, en si mismo un partido tomado en elección entre varios análogos que el legislador hace, para asegurar la realización de la justicia enuncia la Constitución...”*

(Estudios de Derecho Procesal T III, pág. 51). Agregan a su turno Jorge W. Peyrano y Julio C. Chiappini *“...La condensación metodológica y sistemática de los principios constitucionales del proceso recibe el nombre de derecho procesal constitucional. No se trata de una rama autónoma del derecho procesal sino una cierta posición científica, de un punto de vista metodológico y sistemático desde el cual se puede examinar el proceso en sus relaciones con la Constitución...”* (Estrategia Procesal Civil, pág. 203).

5.

Volviendo al tema de la inconstitucionalidad demandada y estando a lo precedentemente considerado es preciso analizar la especialidad requerida en el numeral 7 del artículo 203 de la vigente Constitución Política del Perú para poder apreciar que estamos en un caso de legitimidad para obrar activa extraordinariamente contemplada por la citada norma constitucional, pudiéndose por el distinguir en el proceso ordinario la existencia de dos clases de legitimidad para obrar activa: ordinaria, otorgado en general a todo justiciable y la extraordinaria otorgada por la ley a personas expresamente determinadas por ésta; en cambio tratándose del proceso constitucional, la legitimidad para obrar activa a que se refiere el referido artículo 203 de la Constitución es, no cabe duda, la

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

Es en razón de esta imposibilidad de llegar a un pronunciamiento de mérito, aun cuando la demanda de inconstitucionalidad en el presente caso haya sido admitida a trámite, irregularmente, que procede como expresión de salvamento la declaración invalidatoria de oficio, recurriendo a la aplicación supletoria del artículo 121 del Código Procesal Civil en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que prevé la integración a que hacemos referencia. Esta es la denominada en la doctrina sentencia inhibitoria que obliga al Juez, por excepción, no obstante haber aplicado el saneamiento procesal que prohíbe la vuelta a la discusión sobre la temática de la validez de la relación procesal, a un pronunciamiento inhibitorio para anular todo o parte del actuado por no poder decir en su decisión el derecho que corresponde desde que la demanda merece la calificación de improponible. Y esto, repetimos, se da ante la imposibilidad de una decisión de fondo porque sería ésta inejecutable. Precisamente este Tribunal en el Exp. N.º 10168-2006-PA, evocando 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 debida rechazada in limine por no corresponderle al Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima legitimidad para obrar activa que extraordinariamente contempla el artículo 203 de la Constitución Política

del Estado por ausencia de la especialidad a la que se refiere el numeral 7º del dispositivo constitucional citado.

6.

En este tema de la legitimidad para obrar extraordinaria en razones de especialidad, señala Osvaldo Alfredo Gozáni en cuanto al necesario interés de los Colegios Profesionales para poderse constituir titulares de la legitimidad extraordinaria activa, a fojas 135 – 136 de su obra “Los problemas de Legitimación en los Procesos Constitucionales”, que “...*Una modalidad de ellos aunque con matices que lo singularizan son los intereses de categoría (también llamados profesionales) que se encuentran*

y determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, Médicos, Abogados, Escribanos, Ingenieros, Arquitectos, etc.). Almagro los analiza como intereses sociales (variante de los difusos), con la peculiaridad que cuando actúan, la individual parece heroica ante el poderío del problema que enfrenta, siendo preferible esta acción del grupo para fortalecer la consecución de los fines de interés sectorial...”

7.

De lo que acabamos de exponer queda claro que la legitimidad procesal o para obrar es la identificación que exige que quienes están en el proceso y actúan en él como parte tienen que ser personas que conformaron la relación sustantiva o material subyacente, todo esto visto desde luego desde un orden que podríamos calificar de normal, lo que significa también que extraordinariamente la ley pueda otorgarle legitimidad para obrar activa a personas distintas a las que formaron parte de esta relación sustantiva. Significa entonces que la legitimidad procesal activa extraordinaria necesariamente nace de la ley y aleja la posibilidad de llevar al proceso a las personas que ordinariamente pueden hacer actividad procesal satisfaciendo las exigencias de la legitimidad procesal ordinaria, es decir cualquier justiciable que considera la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional en requerimiento de tutela jurídica, persona que por tanto como lo señalara Peyrano le permite cualquiera demandar a cualquiera, por cualquier cosa y con cualquier grado de razón, incluso hasta sin ella extremadamente, lo que significaría y significa que hay demandas que inician un proceso pero que en la sentencia tendrán que ser rechazadas por infundadas. Pero recalamos que cuando la legitimidad para obrar activa es extraordinaria, necesariamente nace de la ley y por tanto solo pueden ejercitar el derecho de acción quienes están llamados como demandantes por la propia disposición de la exclusividad que encierra la aludida legitimidad extraordinaria nace de la propia Constitución Política en el caso de autos. Hemos dicho concretamente por tanto que cuando la legitimación extraordinaria la ejercitan personas no llamadas para este encargo, el Juez que admite la demanda se descalifica para una decisión de fondo al momento de sentenciar.

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

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

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

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

9.

Los Colegios Profesionales, de acuerdo con nuestra Constitución, se definen como instituciones autónomas de Derecho Público Interno, lo que quiere decir que su creación, a diferencia de

asociaciones y sindicatos, está sujeta a la decisión del legislador a través de una ley. La obligatoriedad de la colegiación está ineludiblemente vinculada con el ejercicio de una profesión determinada; esta imbricación justifica su previsión constitucional. La Constitución, además de definir la naturaleza jurídica de estas instituciones corporativas también les reconoce un aspecto importante como es el de su autonomía. No obstante, la autonomía reconocida a estas instituciones no puede significar ni puede derivar en una autarquía; de ahí que sea importante poner en relieve que la legitimidad de los Colegios Profesionales será posible solo y en la medida que su actuación se realice dentro del marco establecido por nuestro ordenamiento constitucional. En dicho sentido la especialidad está referida al ámbito en que se desarrolla cada Colegio Profesional, así como a los aspectos gremial, administrativo, ejercicio profesional de los agremiados, etc., lo que quiere decir que cuando dicho artículo los legitima para interponer una demanda de inconstitucionalidad lo hace en razón de que la ley que se cuestiona puede afectar el ámbito en el que se desarrolla como ente debiendo especificar con claridad en cada caso el grado de afectación que le causa la vigente determinada ley. Un ejemplo de ello es la demanda de inconstitucionalidad recaída en el expediente 0027 – 2005 – AI, interpuesta por el Colegio de Periodistas del Perú contra la Ley N° 26937, expedida por el Congreso de la República, que establece la no obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio profesional del periodismo. En este caso se evidencia que la norma impugnada es directamente vinculada con la agremiación de los profesionales especializados en periodismo (legitimidad activa extraordinaria). En casos contrarios el Tribunal Constitucional declaró improcedente demandas de inconstitucionalidad por falta de legitimidad para obrar extraordinariamente activa del Colegio demandante. Así por excepción tenemos que la decisión recaída en el expediente 0005-2005-AI/TC, en el que el Colegio de Abogados de Ica demandó la inconstitucionalidad de la Ley N.º

28427, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005, resolución en la que sostuvo que “...*debe descartarse el sentido interpretativo según el cual estos colegios podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en Derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en el ordenamiento jurídico...*”.

Ese mismo criterio sirvió de fundamento para rechazar las demandas de inconstitucionalidad recaídas en los expedientes: 006-2005-AI, 011-2005-AI, 018-2005-AI, 009-2006-AI/TC, entre otras.

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

afectación es directa a materia de su especialidad, es decir cuando entra el juego de interés colectivo a que se refiere el profesor Gozaíni.

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

12. Pero lo precedentemente expuesto no es todo en referencia al tema en análisis desde que en nuestro devenir histórico tenemos expresiones que corroboran la señalada autoridad de un solo Colegio a nivel nacional. Así el artículo 308 del derogado Decreto Ley 14605 – Ley Orgánica del Poder Judicial publicado el 26 de julio de 1963, permitió que para cada Distrito Judicial exista un Colegio de Abogados, llegando a contarse actualmente 28 Colegios de Abogados con alcance sectorial. Ante la excesiva 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 1967) solicitó al gobierno de turno el reconocimiento legal como una entidad única; así es como el derogado Decreto Ley 18177 – “A petición de los Decanos creó la Federación de Colegios de Abogados” - 14 de abril de 1970 -, que en el artículo 1° precisó: “...La Federación Nacional de Abogados del Perú representa a la profesión de abogados en todo el país...”. Concordante con ello el artículo 2 del mismo decreto ley señaló en su inciso 1 que era atribución de la mencionada Federación representar a la profesión de abogado en todo el país. El artículo 290° de la Ley Orgánica del Poder Judicial que entró en vigencia el año 1991 también permitió la existencia de un Colegio de Abogados por cada Distrito Judicial, hecho que se repitió en el artículo 285° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, publicado el 02 de junio de 1993. Frente a la publicación de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial bajo esas mismas condiciones en lo referido a los Colegios de Abogados se publicó el Decreto Ley 25892, que derogó el Decreto Ley 18177 (27 de noviembre del año 1992) y en su segunda disposición transitoria disolvió la Federación Nacional de Abogados para regular de manera precisa en sus artículos del 1° al 4° que la Junta de Decanos ostenta la representación a nivel nacional para la defensa del gremio. La Constitución Política del Perú, vigente desde 1993, al señalar que los colegios profesionales pueden demandar la inconstitucionalidad de una norma solo en materia de especialidad partió a no dudar de los precedentes normativos citados, lo que lleva a considerar que el texto constitucional en análisis está referido a la titularidad de solo instituciones profesionales con alcance nacional. En el caso de los Abogados es incuestionable pues que antes de la entrada en vigencia de la Constitución actual tuvo ese alcance nacional la Federación Nacional de Abogados del Perú y que ahora, dentro del vigor de la Constitución de 1993, la representación nacional de los

abogados no le corresponde a ninguno de los colegios de abogados sectoriales existentes y dispersos en el territorio de la República, en número de 28, sino a la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

13. El Decreto Ley 25892 establece:

Artículo 1:

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

Artículo 2:

Son atribuciones de las Juntas de Decanos las siguientes:

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

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

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

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

Artículo 4:

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

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

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

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

Artículo 3:

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

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

Título III: De sus atribuciones:

Artículo 5: (...)

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

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

1. En reiterada jurisprudencia, con participación de todos los Magistrados del Tribunal Constitucional se ha establecido que los Colegios de Abogados tienen legitimidad activa para denunciar 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 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 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.

2. 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.

3. Es verdad que el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que en caso de **vacío o defecto** 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, 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, 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*.

4. En cuanto al fondo de la demanda incoada considero necesario referir algunos antecedentes:
 - a. 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, con el efecto de que, mediante Decreto Legislativo, promulgara el Código Penal.
 - b. 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 Germán 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. Portocarrero 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.
 - c. La Comisión me designó su presidente.
 - d. 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*.
4. 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 den debidamente ejecutadas.”

6. Las modificaciones introducidas en el Código Penal por diversas normas legales se di 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.
7. 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 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 arma proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.
8. La Ley N° 28726, de 9 de mayo de 2006, materia de este proceso de inconstitucionalidad, incorpor 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 Constitución en cuanto incorpora “las figuras de la reincidencia y la habitualidad como element para determinar la pena” y que “Hace lo mismo con los artículos 440 incisos 5 y 7, extendiendi plazo de la prescripción en caso de reincidencia y considerando expresamente una circuns 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.”

9. 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 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 cor 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, perjuicio de los derechos de autores y compositores.

Los delincuentes atentan contra servicios y bienes públicos, sustrayendo materiales de instalaciones eléctricas, telefónicas y del agua potable y lo buzones de los desagües, sin rec 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 magistrado: 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 c que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación penado a la sociedad, como lo dispone el artículo 139°-22 de la Constitución.

10. 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, 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 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 todas las 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 eran debidamente capacitados para sustituir el sistema inquisitivo por el acusatorio.
11. Quince años después el argumento aún subsiste. El nuevo Código Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N° 957, de 29 de julio de 2004, ha empezado a aplicarse paulatinamente y se espera que aligere la justicia penal.
12. 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 tal propósito.

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

S

ALVA ORLANDINI

[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.

[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.

[5] Zaffaroni, Eugenio R., *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires; Ediar, 2002, p. 1057.

[6] Bacigalupo, Enrique: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

[7] Zaffaroni, Eugenio R. *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, B de F, 7.ª Edición, 2005, 137.