

Justicia Constitucional

Revista de Jurisprudencia y Doctrina

Año II, N.° 3, enero - junio, Lima, 2006
Publicación semestral

Director:
César Landa

Secretario:
Jorge León

Comité de Redacción:
Elena Alvites
Claudia Del Pozo
Pedro Grández
Luis Huerta
Betzabé Marciani
Mijail Mendoza
Victorhugo Montoya
Roger Rodríguez
Daniel Soria
Arelí Valencia



Correspondencia a:
Calle Salaverry 187, Lima 18
palestra@palestraeditores.com

Justicia Constitucional
Revista de Jurisprudencia y Doctrina
Año II, N.º 3, enero - junio, 2006

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

© Copyright 2006 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Calle Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telf. (511) 426-1363 / Telefax: (511) 427-1025
E-mail: palestra@palestraeditores.com
Website: www.palestraeditores.com

DIAGRAMADOR: SERGIO TAMAYO

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY
Cert N.º 2005-6734

ISSN: 9771991167003

N.º de registro del Proyecto Editorial: 31501220600808

Tiraje: 1000 ejemplares



Motivo de Revista:
Motivo mágico religioso Recuay. Combinación de aves con signos escalonados alusivos a la tierra.

Motivo de Carátula:
Inspirada en la línea de Nazca «El Colibrí», por IVÁN ALEMÁN RÍOS

Índice

PRESENTACIÓN 7

JURISPRUDENCIA TEMÁTICA

STC 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias Salaverry) 13

STC 8125-2005-PHC/TC (Caso General Electric) 33

STC 6712-2005-PHC/TC (Caso Magaly Medina) 43

STC 4587-2004-PA/TC (Caso Martín Rivas) 83

ANÁLISIS Y COMENTARIOS

«Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal» 109
César Landa

«Problemas de la aplicación de las medidas de coerción personal en el proceso penal peruano» 125
Arsenio Oré Guardia

«¿De qué hablamos cuando hablamos de legalidad procesal penal? Un concepto nuevo en el proceso penal» 179
Camilo Suárez López de Castilla

DOCTRINA CONSTITUCIONAL COMPARADA

«Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán» 191
Evelyn Haas

«El principio de proporcionalidad de la legislación penal» 213
Carlos Bernal Pulido

«Las garantías penales como mandatos de optimización» 247
Gloria Patricia Lopera

«Estudio comparativo de la función y trascendencia de los tribunales constitucionales» 269
Peter Häberle

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Resumen de las sentencias en procesos de hábeas corpus
(Semestre: enero – junio de 2006) 285

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA

Corte Constitucional de Colombia
Sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006
(Despenalización del aborto). 301

Tribunal Supremo de los EE.UU. Autos 03-334 y 03-343
de 28 de junio de 2004
Rasul v. Bush (Derechos de los extranjeros detenidos en
Guantánamo). 375

DOCUMENTOS CONSTITUCIONALES

Discurso del Profesor Gustavo Zagrebelsky, con ocasión del
50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana 391

REVISTA DE REVISTAS

A. AMÉRICA
Cuestiones Constitucionales 407
Boletín Mexicano de Derecho Comparado 408

B. EUROPA
Teoría y Realidad 409
Revista Española de Derecho Constitucional 410

Presentación

En los actuales Estados constitucionales democráticos, es la Ley Fundamental del Estado la que establece los principios fundamentales del Derecho público y del Derecho privado. Ello es posible desde que la Constitución deja de ser considerada únicamente como norma política. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina nos han recordado que, junto a su carácter político, la Constitución tiene también un carácter de norma jurídica y, como tal, posee eficacia directa. Por ello mismo es que se la considera como la manifestación suprema del ordenamiento jurídico, pues en ella se han de encontrar las bases constitucionales de todas las ramas del Derecho público y privado.

Particularmente, el Derecho penal es una de las disciplinas cuyos fundamentos esenciales no pueden, sino, encontrarse en la Constitución. Piénsese, por ejemplo, en la dignidad de la persona humana (artículo 1º) en tanto fin supremo de la sociedad y del Estado, en el derecho a la libertad personal (artículo 2º-24), en el principio de legalidad penal (2º-24, d), en la presunción de inocencia (artículo 2º-24, e), pero también en el deber del Estado de establecer y llevar a cabo la política de persecución criminal como manifestación del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales y de velar por la seguridad y bienestar de la población (artículo 44º).

A partir de estos principios esenciales del Derecho penal, visto desde la perspectiva de la Constitución, es inevitable que las cuestiones fundamentales de la dogmática penal se vean influenciadas de manera directa por el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del Derecho constitucional. De manera especial, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia penal, procesal penal y de ejecución penal. En cada una de estas disciplinas, el Tribunal Constitucional, a través de sus sentencias, ha contribuido, a través de la interpretación y la argumentación constitucionales, a precisar el contenido y alcance de determinadas instituciones jurídico-penales.

De ahí que sea pertinente poner en relevancia, en relación con el Derecho penal, a modo de ejemplo, la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional sobre el control constitucional de la subsunción penal

(STC 2758-2004-HC/TC). De manera similar, esta vez en el ámbito del Derecho procesal penal, cuando se ha pronunciado sobre el control constitucional del auto de apertura de instrucción (STC 8125-2005-PHC/TC); o, finalmente, en referencia al Derecho de ejecución penal, cuando se pronunció sobre la concesión de los beneficios penitenciarios (STC 0607-2009-HC/TC). Las bases del Derecho penal no están, pues, en los Códigos ni en las leyes sino en la Constitución, entendida ésta como orden jurídico-político fundamental del Estado.

Todo ello permite apreciar que el Tribunal Constitucional, a través de la interpretación y argumentación constitucionales, ha contribuido, positivamente, a superar las limitaciones de la dogmática penal para enfrentar, *desde* la Constitución, los delitos de terrorismo, corrupción y narcotráfico, principalmente. Es decir, asumiendo un rol tutelar del derecho a la libertad personal y derechos conexos a través del proceso constitucional de hábeas corpus, pero sin desproteger, al mismo tiempo y como corresponde, otros valores y bienes constitucionales –como la seguridad y la salud de la población–.

*

* *

En vinculación con lo anteriormente señalado, el tema principal de esta tercera entrega de *Justicia Constitucional, Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, está orientada a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en procesos constitucionales de hábeas corpus. En la sección *Jurisprudencia Temática* se da cuenta de las sentencias STC 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias Salaverry), STC 8125-2005-PHC/TC (Caso General Electric), STC 6712-2005-PHC/TC (Caso Magaly Medina), STC 4587-2004-PA/TC (Caso Martín Rivas), ésta última, no obstante estar referida a un proceso constitucional de amparo, se ha considerado pertinente incorporarla debido a la relevancia constitucional de la temática penal abordada en ella.

Acompañan a estas sentencias, sendos estudios del suscrito (*Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal*), de Arsenio Oré Guardia, profesor de DerechP procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú (*Problemas de la aplicación de las medidas de coerción personal en el proceso penal peruano*) y de Camilo Suárez López de Castilla, asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional (*¿De qué hablamos cuando hablamos de legalidad procesal penal? Un concepto nuevo en el proceso penal*).

En la sección *Doctrina constitucional comparada*, Evelyn Haas (magistrada del Tribunal Constitucional Federal Alemán) realiza un análisis de

las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán. Carlos Bernal Pulido (Profesor de Derecho constitucional y de Filosofía del Derecho en la Universidad Externado de Colombia) aborda el tema de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de la legislación penal. Gloria Lopera (Profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad Eafit de Colombia) dedica un estudio al análisis y comprensión de las garantías penales como mandatos de optimización. Asimismo, Peter Häberle (Catedrático Emérito de Derecho público en la Universidad de Bayreuth y Director del Institución de Investigación de Derecho Constitucional Europeo) nos entrega un estudio comparativo de la función y trascendencia de los tribunales constitucionales.

La sección *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, que en el presente número ha estado a cargo de Camilo Suárez López de Castilla, recoge un resumen completo de las sentencias del supremo intérprete de la Constitución en materia de hábeas corpus, dictadas en el semestre enero-junio del presente año. En la sección *Jurisprudencia Constitucional Comparada* se ha incluido, en esta ocasión, la Sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006, de la Corte Constitucional de Colombia referida a la despenalización del aborto; así como los autos 03-334 y 03-343, de 28 de junio de 2004, del Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso *Rasul v. Bush*, vinculado con los derechos de los extranjeros detenidos en Guantánamo.

En *Documentos Constitucionale*s se recoge el discurso del Profesor Gustavo Zagrebelsky (Presidente Emérito de la Corte Constitucional), pronunciado con ocasión de los cincuenta años de actividad de la Corte Constitucional italiana. Finalmente, en la sección *Revista de Revistas* se recogen los sumarios de *Cuestiones Constitucionales* (N.º 14, enero-junio, 2006), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (Nueva Serie Año XXXIX, N.º 115, enero-abril 2006), *Teoría y Realidad* (Año: 2006, N.º 17), *Revista Española de Derecho Constitucional* (Año 26, N.º 76 (enero-abril 2006).

Lima, junio de 2006.

César Landa
Director



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año II, N.º 3, enero - junio, Lima, 2006

Jurisprudencia Temática

- STC Exp. N.° 6167-2005-PHC/TC
  Caso Cantuarias Salaverry
- STC Exp. N.° 8125-2005-PHC/TC.
  Caso General Electric
- STC Exp. N.° 6712-2005-PHC/TC
  Caso Magaly Medina
- STC Exp. N.° 4587-2004-PA/TC.
  Caso Martín Rivas

Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 6167-2005-PHC/TC

(Lima, 28 de febrero de 2006)

EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC
LIMA
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes febrero de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el Fundamento de voto, adjunto, del magistrado Gonzales Ojeda

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Fernando Cantuarias Salaverry contra la Resolución de la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 476, su fecha 19 de julio de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 13 de mayo de 2005, don Renee Quispe Silva interpone demanda de hábeas corpus como procurador oficioso del abogado Fernando Cantuarias Salaverry, contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, señor Silvio Máximo Crespo Holguín, alegando la presunta amenaza de su libertad individual por violación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la contradicción o defensa, puesto que dicho Fiscal formalizó denuncia penal contra Fernando Cantuarias Salaverry, mediante acusación de fecha 10 de mayo de 2005, por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal en agravio de Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. y el Estado, respectivamente.

Fundamentos de hecho:

- Fernando Cantuarias Salaverry fue designado para integrar un Tribunal Arbitral con los señores Jorge Santistevan de Noriega y Víctor Ávila Cabrera, colegiado que llevó a cabo el proceso arbitral entre la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante Algamarca) y Minera Sulliden Shahuindo SAC (en adelante Sulliden).

- En el referido proceso arbitral, el árbitro Fernando Cantuarias Salaverry fue recusado por Algamarca, alegando que su padre se desempeñaba, conjuntamente con el doctor Enrique Lastres Berninzon –representante de Sulliden en el proceso arbitral-, como director de otra empresa llamada Cía. Minera Poderosa S.A. El planteamiento de recusación señala, además, que en 1996 Fernando Cantuarias Salaverry había ejercido la representación legal de esa empresa Cía. Minera Poderosa S.A. en otro arbitraje instaurado entre dicha empresa y Minera Pataz EPS.
- Mediante Resolución N.º 75, de fecha 25 de noviembre de 2004, el Tribunal Arbitral declaró infundada dicha recusación.
- El 2 de diciembre de 2004, Algamarca plantea un pedido de nulidad sustancial de la resolución que declaró infundada la recusación, aduciendo que Fernando Cantuarias Salaverry era socio del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanocich Abogados y, por tanto, se encontraba impedido de intervenir como árbitro teniendo aparente interés personal. Ante este planteamiento, el recurrente afirmó que en junio de 1996 se retiró de la calidad de abogado de planta del estudio de su padre, para aceptar la designación de Gerente Legal de COFOPRI mediante Resolución Suprema publicada en el diario oficial El Peruano.
- Sin embargo, el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N.º 97, de fecha 30 de diciembre de 2004, desestimó la nulidad por considerar que ninguno de los hechos nuevos daban lugar a recusación alguna y, además, declaró improcedente la renuncia presentada por Cantuarias Salaverry.
- Frente a ello, el 27 de enero de 2005 Algamarca acudió a la vía penal, donde el fiscal demandado denunció a Fernando Cantuarias Salaverry por delitos de falsedad genérica y fraude procesal. Contra dicha resolución el recurrente interpone la presente demanda de hábeas corpus.

Fundamentos de derecho:

- En el expediente formado en mérito a la denuncia interpuesta en contra del doctor Cantuarias Salaverry, no se han actuado las pruebas suficientes y necesarias para crear convicción en el titular del despacho de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial de Lima sobre la concurrencia de elementos suficientes que justifiquen el ejercicio de la acción penal en su contra, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94º de la Ley Orgánica del Ministerio Público. De esta forma, se ha vulnerado el derecho constitucional a la tutela procesal efectiva (artículos 4º y 25º, último párrafo del Código Procesal Constitucional).
- Se ha vulnerado el derecho a la obtención de una resolución fundada en derecho, pues el demandado Fiscal Silvio Máximo Crespo Holguín, ha emitido una arbitraria denuncia sin efectuar el proceso de subsunción típica. Es decir, no establece por qué los hechos que describe son típicos conforme a los artículos 438º y 416º del Código Penal, ya que sólo describe hechos sin argumentar jurídicamente, lo que viola, además, el principio de legalidad previsto en el artículo 2º, inciso 14, literal d) de la Constitución Política.
- Se ha afectado igualmente el derecho de defensa, pues el beneficiario de la presente acción no fue citado por la autoridad correspondiente para efectuar su descargos, conforme lo establece el artículo 139º, inciso 14 de la Constitución Política. El Fiscal demandado formalizó denuncia sin que se haya recibido la correspondiente declaración indagatoria de Cantuarias Salaverry.
- Procede la interposición de un hábeas corpus preventivo porque existe la amenaza inminente de que se inicie un proceso penal en contra del beneficiario sobre la

base de una denuncia violatoria de la Constitución y la legalidad. Y se podrían dictar medidas cautelares en su contra que afectarían su libertad o su patrimonio.

2. Contestación de la demanda

Con fecha 18 de mayo de 2005, el doctor Silvio Máximo Crespo Holguín, Fiscal de la Trigésima Octava Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima, se apersona al proceso y formula descargos sosteniendo que no existe vulneración de los derechos constitucionales del demandante, pues durante la investigación indagatoria se le reconocieron las garantías necesarias para hacer valer sus derechos. Agrega que formalizó denuncia porque existen suficientes elementos de cargo que lo vinculan con el ilícito penal investigado, criterio que es compartido por el órgano jurisdiccional, pues el Sexto Juzgado Penal de Lima procedió a abrir instrucción; de modo contrario hubiera dispuesto el No Ha Lugar a la apertura de instrucción.

Con fecha 18 de mayo de 2005 se apersona al proceso el Procurador Público adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial, señor Rolando Alfonzo Martel Chang, y contesta la demanda solicitando que se declare improcedente, por los siguientes fundamentos:

Fundamentos de hecho:

- Pese a que se argumenta que el fiscal accionado procedió a abrir instrucción a escondidas y sin otorgarle al señor Fernando Cantuarias Salaverry derecho de defensa, esta información no se ajusta a la realidad, pues el señor Cantuarias ha tenido pleno conocimiento de esta investigación, habiendo sido citado por el fiscal hasta en cuatro oportunidades para que rinda su declaración indagatoria; sin embargo, no concurrió en ningún momento.
- El señor Cantuarias no argumenta ni prueba las razones por las cuales no serían válidas las notificaciones que él mismo ha acompañado al escrito de su demanda.
- La investigación fiscal no se realizó sin actividad probatoria puesto que el señor Cantuarias tuvo oportunidad de presentar sus descargos con relación al delito imputado. Adicionalmente, atendiendo la solicitud del señor Cantuarias, el fiscal solicitó la declaración del señor Jorge Santistevan de Noriega y del señor Víctor Ávila Cabrera, los mismos que no concurrieron a las citaciones efectuadas.
- Durante la investigación no se privó al accionante del derecho a ser escuchado por el Fiscal porque incluso se programó un informe oral a su petición, que tampoco efectuó alegando que la actividad probatoria no había concluido. Argumento que resultaría impertinente por no contar con asidero legal.
- No se trata de una amenaza cierta e inminente a un derecho constitucional, puesto que existe la posibilidad de que, efectuada la denuncia fiscal, el juez decida archivar el caso.

Fundamentos de derecho:

- En el caso de autos, el fiscal procedió a abrir investigación fiscal conforme a lo dispuesto en el artículo 94º, numeral 2) de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que señala que el Fiscal puede optar entre abrir investigación en el ámbito fiscal o formalizar la correspondiente denuncia penal en su calidad de titular de la acción penal.
- La ley no ordena que el Fiscal actúe la totalidad de medios probatorios que sean ofrecidos por las partes para formalizar la denuncia. Por tanto, el fiscal demandado no habría cometido infracción alguna al actuar los elementos probatorios que consideró necesarios.

- En concordancia con lo dispuesto por el artículo 94º del Ministerio Público, el Fiscal demandado procedió a formalizar su denuncia penal por considerar que contaba con el material probatorio necesario para llevarla a cabo.
- Conforme a lo establecido por el artículo 200º, inciso 1, el hábeas corpus procede cuando se amenaza la libertad individual o derechos conexos. Pero esta amenaza debe ser interpretada como cierta e inminente, para que sea tal; y no meramente subjetiva o conjetural, como ocurre en el presente caso.

3. Resolución de primera instancia

Con fecha 7 de junio de junio de 2005, el Trigésimo Noveno Juzgado Penal de Lima, declara fundada la demanda de hábeas corpus,por los siguientes fundamentos:

a. El demandado violó el derecho de defensa del accionante al haberlo denunciado sin que se le haya tomado su declaración hasta en cuatro oportunidades, las cuales resultaron inválidas, excepto la última de ellas, respecto de la cual se solicitó reprogramación. Así, la primera notificación del juzgado llegó a un domicilio distinto, la segunda al domicilio señalado en autos, pero un día después de programada la diligencia, la tercera nuevamente a un domicilio distinto y la cuarta a su domicilio, que fue la única notificación válida que citaba a Cantuarias Salaverry para el 5 de mayo de 205, ante lo cual la defensa pidió una nueva fecha y hora, obteniéndose por toda respuesta la denuncia fiscal por parte del demandado.

b. Ante esta decisión fiscal, el demandante manifestó la imposibilidad legal de efectuar el informe oral porque no se habían actuado aún los medios probatorios que él había ofrecido en su defensa, sin que el Fiscal atienda dicho pedido. Ello desnaturaliza la finalidad del acto procesal en referencia desde que el informe oral de los abogados ante el magistrado decidor tiene que producirse necesariamente al término de la actividad probatoria, y no antes, ya que se trata de exposiciones finales de defensa cuando el estado de la causa es precisamente el de decisión terminal.

c. Asimismo, la resolución expresa que el Ministerio Público emitió, no contiene pronunciamiento alguno sobre la procedencia o improcedencia de algunos de los descargos, los que servirían para formar un criterio razonable al momento de adoptar la decisión.

d. La investigación fiscal preliminar se ha desarrollado con un desorden que niega la adecuada organización, ya que no existe una resolución que abra dicho proceso de investigación y las pruebas han sido acumuladas de manera irracional y no sistematizada, lo que, a no dudarlo, afecta el derecho del denunciado al debido proceso legal.

4. Resolución de segunda instancia

Con fecha 19 de julio de 2005, la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, emite la resolución de fojas 476 que revocando la apelada, declara infundada la demanda, por los siguientes fundamentos:

a. La denuncia fiscal, porque en ella se llega a establecer la relación laboral indirecta entre el recurrente y el doctor Lastres Berninzon, en la Compañía Minera Poderosa S.A., que contrató los servicios del Estudio Jurídico Cantuarias, Garrido Lecca & Mulanovich Abogados, del cual el doctor Cantuarias Salaverry es socio.

b. El hecho de haberse notificado al denunciado a efectos de que asista a la toma de su declaración indagatoria y el apersonamiento de su abogado al proceso, desvirtúan la indefensión acotada.

c. La denuncia es una prerrogativa que la Constitución y la Ley Orgánica le confiere al Fiscal Provincial en lo Penal para plantearla ante el órgano jurisdiccional, o denegarla, y al no encontrarse regulado un procedimiento especial como para llegar a determinar que ha existido la vulneración del debido proceso, en el presente caso, al existir participación del favorecido en la etapa prejudicial, tanto a través de su abogado defensor como directamente, no se ha producido la vulneración de los derechos constitucionales alegados.

III. DATOS GENERALES

1. Petitorio constitucional

- Se declare la insubsistencia de la denuncia fiscal de fecha 10 de mayo de 2005 formalizada ante el Poder Judicial por el fiscal demandado contra el señor Fernando Cantuarias Salaverry.
- Se ordene notificar al Juez Penal de Lima para que asuma la calificación de la denuncia fiscal, y disponga su devolución a la Trigésimo Octava Fiscalía Penal de Lima, de modo que sea remitida a la Fiscalía Decana correspondiente a fin de que ésta disponga que la denuncia sea calificada por otro fiscal.

2. Materias constitucionalmente relevantes

Respecto a las condiciones de procedibilidad de la presente demanda de hábeas corpus, corresponde señalar que, en el caso, el cuestionamiento de la investigación fiscal de fecha 10 de mayo de 2005 formalizada ante el Poder Judicial en contra del recurrente, hace necesario que este Colegiado, como cuestión previa, efectúe un análisis de los supuestos de excepción que habiliten la intervención de la jurisdicción ordinaria en un proceso arbitral. Ello con el objeto de que pueda proyectarse una interpretación que sirva como doctrina jurisprudencial constitucional para posteriores casos, ya sea tanto a nivel de la justicia ordinaria como de la justicia constitucional especializada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VI, *in fine*, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

1. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL

- Justificación de la institución arbitral.
- Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral.
- Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales.
- Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139º, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad.

2. EL PROCEDIMIENTO PREJUDICIAL PENAL

- Actividad fiscal previa al inicio del proceso penal.
- La investigación y posterior acusación fiscal.
- Ausencia de normatividad en la materia. Principios y criterios aplicables: Principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de legalidad; debido proceso y tutela jurisdiccional.
- Investigación, acusación fiscal y proceso de hábeas corpus.
- Hábeas corpus reparador y procedimiento de investigación fiscal
- Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal

IV. FUNDAMENTOS

1. Según la Constitución, todo acto u omisión que vulnere o amenace la libertad personal o algún derecho conexo amerita la presentación de una demanda de hábeas corpus por quien se sienta afectado (artículo 200º, inciso 1). Tal como lo prescribe el Código Procesal Constitucional, se considera como derecho conexo a la libertad personal el referido a la tutela procesal efectiva (artículo 4º).

Por tal razón, es pertinente que se plantee la presente demanda de hábeas corpus sobre la base de una supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva del demandante, por lo que este Colegiado se encuentra habilitado para responder a las inquietudes formuladas sobre la base de un análisis constitucional estricto y pro homine de la denuncia fiscal cuestionada.

2. Al respecto, la jurisprudencia constitucional, en tanto doctrina sobre las interpretaciones de los derechos fundamentales previstas en la Constitución o en la ley, vincula a todos los jueces en los fundamentos relevantes que han incidido en la solución del conflicto de derechos (*ratio decidendi).* Mas, la identificación del ámbito de vinculación es competencia del juez que va a aplicar la jurisprudencia vinculante en los términos en que lo hace el referido artículo VI del Código Procesal Constitucional. Ello configura una institución constitucional-procesal autónoma, con características y efectos jurídicos distinguibles del precedente vinculante[1], con el que mantiene una diferencia de grado.

§1. El marco constitucional de la jurisdicción arbitral

§1.1. Justificación de la institución

3. A finales del siglo XX y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde «jueces particulares», a través de un laudo, toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

Así, se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo.

4. El desarrollo de esta institución en el derecho comparado ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre estos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional *ad hoc* a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica.

En el Perú el arbitraje es obligatorio, según las normas de contratación del Estado, además forma parte de los contratos de inversión suscritos por el Estado y de todos los contratos de estabilidad jurídica regidos por los Decretos Legislativos N.os 758 y 662.

1. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0024-2003-AI/TC, Caso Municipalidad de Lurín.

§1.2. Naturaleza y características de la jurisdicción arbitral

5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139º, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación». En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).

6. De allí que, en sentido estricto, la función jurisdiccional, siendo evidente su íntima correspondencia con los principios de división de poderes y control y balance entre los mismos, debe entenderse como el fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales, que se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término «jurisdicción» para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringen sus mandatos.

7. Sin embargo, el artículo 139º, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.

Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139º); constitucional (artículo 202º) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149º), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado.

Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado «(...) el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

a) Conflicto entre las partes.

b) Interés social en la composición del conflicto.

c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.

d) Aplicación de la ley o integración del derecho»[2].

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia, y en tal medida, resulta de aplicación en sede arbitral el artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional por el cual los jueces (y por extensión, también los árbitros) quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional; sin perjuicio del precedente vinculante con efectos normativos del artículo VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

2. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0023-2003-AI/TC. Caso Jurisdicción Militar. (Fundamento 13)

9. Asimismo, la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso[3].

10. De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobretodo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.

11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al Derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia,

3. Ibídem, Fundamento 25.

se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la «kompetenz-kompetenz» previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje –Ley N.º 26572–, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este Colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional.

14. Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.

§1.3. Criterios para el control constitucional de las resoluciones arbitrales

§ Principio de autonomía de la voluntad y jurisdicción arbitral

15. Conforme lo señala el artículo 9º de la Ley General de Arbitraje, N.º 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral.

16. La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de Derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2º, inciso 24,

literal a de la Constitución, y que, en relación a la jurisdicción arbitral, puede tener dos vertientes:

a) Una negativa: En cuya virtud permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas[4].

b) Una positiva: En cuya razón el carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje, equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición, es decir, plantea la conceptualización, si bien de modo no absoluto, del arbitraje como un derecho fundamental.

17. Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados.

En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139º de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de pesos y contrapesos, como postula el artículo 43º de la Constitución. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

18. En este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

19. El ejercicio de las potestades jurisdiccionales –ordinaria o constitucional– no puede ni debe ser, desde luego, abusivo, ni supone la imposición de medidas irrazonables y desproporcionadas que lesionen los derechos fundamentales de autonomía de la voluntad y de contenido patrimonial –las libertades de contratar y de empresa–.

§ Principio de interdicción de la arbitrariedad

20. El principio de interdicción de la arbitrariedad[5] es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139º de la Consti-

4. MONTERO AROCA, Juan. «Comentarios al artículo1». En: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Civitas, 1990, p. 20.
5. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. N.º 0090-2004-AA/TC, Caso Juan Carlos Callegari Herazo, Fundamento 12.

tución); por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31º *in fine* de la Carta Fundamental[6].

Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes.

§1.4. Relaciones con la función jurisdiccional (artículo 139º, inciso 1 de la Constitución): Supuesto constitucional de excepción y la apreciación de razonabilidad

21. Quienes se inclinan por la irrevisabilidad de los laudos arbitrales se sustentan en el artículo 4º de la Ley N.º 26572, que establece que, salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral, así como en el artículo 59º, que otorga a los laudos arbítrales carácter definitivo, estableciendo que contra ellos no procede alguno, salvo el recurso de apelación y de nulidad.

Una interpretación formal propia del valorismo legalista de la Ley N.º 26572, concluiría que, sin ingresar en consideración adicional alguna, una resolución expedida por un tribunal arbitral es incuestionable en sede constitucional, incluso en aquellos supuestos en los que afecten los derechos fundamentales de la persona.

Mas, pretender interpretar la Constitución a partir del mandato legal de la Ley N.º 26572, vaciando de contenido el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución (artículo 51º de la Constitución), configurado en el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, no es atendible para defender la irrevisabilidad absoluta de las resoluciones de los tribunales arbitrales.

Además, resulta manifiestamente contrario al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201º de la Constitución).

22. Por otro lado, el último párrafo del artículo 103º de la Constitución establece que ésta no ampara el abuso del derecho, por lo que el ejercicio de poder jurisdiccional ordinario, y con mayor razón el excepcional, será legítimo si es ejercido en salvaguarda del cumplimiento de los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de los mismos y de las resoluciones dictadas por este Tribunal (artículo VI *in fine* del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), el cumplimiento de las sentencias que constituyan precedente vinculante (artículo VII del Código Procesal Constitucional) y el respeto al derecho a la tutela procesal efectiva (artículo 4º del Código Procesal Constitucional).

23. Por los fundamentos precedentes, a juicio de este Colegiado, es un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía del proceso constitucional, una resolución arbitral. Esta, por tanto, debe ser considerada como la única opción válida constitucionalmente, habida cuenta de que bajo determinados supuestos procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto del Poder Judicial como de un Tribunal Militar (artículo 4º del Código Procesal Constitucional). En esa medida, no

6. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Exp. N.º 5854-2005-Pa/TC, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, Fundamento 18.

existe respaldo constitucional que impida recurrir al proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral.

§2. Actividad fiscal previa al inicio del proceso penal

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

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

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

§2.1. Investigación y posterior acusación fiscal

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

---

7. Artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N.º 052

   Son obligaciones del Fiscal Provincial en lo Penal:

   2. (...) Si el fiscal estima procedente la denuncia, puede alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Penal. En este último caso, expondrá los hechos de que tiene conocimiento, el delito que tipifican y la pena con que se sanciona, según ley; la prueba con que cuenta y la que ofrece actuar o que espera conseguir y ofrecer oportunamente. (...)

8. En la actualidad Juez Penal.

28. Respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal, la doctrina ha señalado lo siguiente: «(...) no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados».[9] Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; se requiere de su conformidad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional.

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

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

§ Principio de interdicción de la arbitrariedad

30. Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: «a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad». (Exp. N.º 090-2004 AA/TC).

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

§ Principio de legalidad en la función constitucional

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

9. San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Vol. 1. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2ª ed., 2003. p.470.

§ Debido proceso y tutela jurisdiccional

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

§2.3. Hábeas corpus y procedimiento de investigación fiscal

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

El presunto agraviado sustenta, para tal efecto, la interposición de un hábeas corpus de tipo reparador respecto a los derechos que han sido vulnerados por el demandado al momento de realizar la investigación fiscal; y, asimismo, la interposición de un hábeas corpus de tipo preventivo, frente a la amenaza de su libertad individual y derechos conexos como consecuencia de la denuncia que se ha formalizado en su contra.

§ Hábeas corpus reparador y procedimiento de investigación fiscal

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

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

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

dimiento de investigación fiscal no incide de manera directa en una posible vulneración a algún derecho vinculado a la libertad individual de la persona.

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

§ Hábeas corpus preventivo y procedimiento de investigación fiscal

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

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

40. Como ha sido dicho anteriormente, dado que el fiscal no tiene la facultad de dictar medidas restrictivas de la libertad o derechos conexos, en principio no se configuraría una amenaza cierta e inminente de algún derecho tutelable por el hábeas corpus. No obstante, es preciso tomar en consideración que si bien la denuncia fiscal no vincula al juez –el mismo que sólo abrirá instrucción si considera que de la denuncia fluyen indicios suficientes o elementos de juicio que razonablemente revelen la existencia de un delito–, en cambio, sí constituye un importante indicativo para el juez, el cual podría ser inducido a error sobre la base de una denuncia abiertamente arbitraria, orientada a conseguir que el presunto autor del hecho delictivo sea procesado.

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

42. El recurrente, por tanto, tuvo oportunidad de apersonarse al procedimiento de investigación fiscal y lo hizo a través de su abogado, el mismo que presentó escritos e incluso solicitó que se actuaran diversos medios probatorios. Respecto de esta solicitud, el fiscal no llevó a cabo la actuación de todos los medios probatorios solicitados por el demandante; no obstante, atendió a su pedido en el extremo en el que solicitó se recabara

la declaración indagatoria de los otros dos miembros del tribunal arbitral. Finalmente, esta diligencia no se llevó a cabo porque ambos árbitros solicitaron una reprogramación, lo cual no tuvo lugar pues el fiscal no realizó una nueva citación.

43. De lo actuado también se desprende que el fiscal demandado citó a informe oral a la defensa del recurrente; sin embargo, ésta volvió a solicitar que se programe una nueva fecha porque consideró que se debía esperar a que la investigación preliminar concluya. En este escenario, no resulta desproporcionado que ante las pruebas merituadas y las constantes solicitudes de reprogramación que venían siendo formuladas, el fiscal haya formalizado denuncia sobre la base de los elementos con los cuales, efectivamente, contaba.

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

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

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

47. Se advierte, por tanto, que en el presente caso no se configuran los supuestos necesarios para la procedencia del proceso constitucional de hábeas corpus y que el petitorio constitucional del presunto agraviado –declarar la insubsistencia del auto apertorio de instrucción– sin que se haya acreditado la existencia de una amenaza cierta e inminente de su libertad individual o derechos constitucionales conexos, importaría que este Tribunal se subrogue en las facultades que le han sido constitucional y legalmente conferidas a los representantes del Ministerio Público.

48. Sin perjuicio de la decisión adoptada por este Colegiado, se deja a salvo el derecho del recurrente respecto de la posible injerencia que el proceso penal iniciado en su contra puede suscitar de manera ilegítima en su labor como miembro del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca; ello en tanto y en cuanto se podría estar pretendiendo trasladar, indebidamente, al ámbito penal controversias que tienen carácter civil o comercial y que han sido oportunamente sometidas al ámbito de la jurisdicción arbitral por las partes involucradas. De ser este el caso, el recurrente podrá hacer valer su derecho en la vía ordinaria correspondiente, que deberá seguir los criterios vinculantes de esta sentencia, a efectos de no sesgar la autonomía e independencia con la que cuenta la jurisdicción arbitral en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

49. De conformidad con el artículo VI *in fine* del Título Preliminar Código Procesal Constitucional, los criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos N.º 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

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

HA RESUELTO

1. Declarar ***IMPROCEDENTE*** la demanda de hábeas corpus.
2. Declarar que los fundamentos jurídicos N.os 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18, son vinculantes para todos los operadores jurídicos.

SS.
GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
LANDA ARROYO

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GONZALES OJEDA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas, si bien manifiesto mi acuerdo con la decisión expresada en el fallo, sin embargo, no lo estoy con algunos de los argumentos que allí se expresan.

1. En primer lugar, he de indicar que si bien existen casos anteriores en los que el Tribunal Constitucional ha expresado que los derechos fundamentales también vinculan en el ámbito del arbitraje, al ser componente esencial del llamado orden público constitucional, sin embargo, es la primera vez que este Tribunal se detiene en el análisis de los rasgos constitucionales que le son propios a la institución. Y se ha aproximado, según mi modesto entender, esclareciendo algunos aspectos que en la doctrina y jurisprudencia no estaban del todo claros, pero también en otros –por fortuna los menos–, sin esclarecerlos, sino, contribuyendo a prolongar un debate que, desde un punto de vista constitucional, no debería haberse planteado. Así sucede, por ejemplo, cuando se persiste en denominar a la institución como «jurisdicción arbitral» o como una «jurisdicción de carácter eminentemente privado» y, lo que a mi juicio es más grave, que se señale que los árbitros tienen la competencia de las competencias (Fundamentos 7, 8 y 11, respectivamente), o que el arbitraje, en sí mismo considerado, sea un derecho fundamental (fundamento N.º. 20).

2. Por lo que hace al primer tema, he de indicar que la «Jurisdicción» es una potestad que originariamente corresponde al Pueblo como titular de la soberanía. En el Estado Constitucional de Derecho no hay jurisdicciones (en plural), sino una sola, como recuerda la primera parte del artículo 138º de la Constitución, al establecer que «La potestad de administrar justicia emana del pueblo (...)».

Como única potestad que es, dictada una Constitución, como acto de ejercicio pleno de la soberanía popular, el pueblo soberano, materializado en la decisión constituyente, encomienda su ejercicio al Estado. Éste, en el Estado legal de derecho, lo ejercía únicamente el Poder Judicial. En el Estado social y democrático de derecho, en cambio, el ejercicio de esa potestad se distribuye entre una serie de órganos constitucionales de carácter estatal (v.g Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Poder Judicial), para lo cual define los ámbitos objetivo-materiales de las competencias de cada uno de ellos.

Con ello se quiere decir, por un lado, que en el Estado social y democrático de derecho no hay pluralidad de jurisdicciones y, de otro, que su ejercicio sólo está confiado a determinados órganos estatales. Mediante su ejercicio, se administra la justicia o, como modernamente se suele sostener, se presta el servicio público de tutela jurisdiccional, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas y, secundariamente, para la composición de los litigios, o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase (o adoptar mediadas de seguridad ante ellos), mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.

Así, la función jurisdiccional resulta la expresión de un poder del Estado y esto no sólo es una declaración, sino una clara delimitación de sus alcances en el ámbito constitucional. Pero, asimismo, la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual sólo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquellos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho.

Lo que significa que no hay ejercicio de jurisdicción privada o de «carácter eminentemente privado», como se afirma en el Fund. Jur. N.º. 8 de la sentencia. Es bien cierto que, en diversos apartados, la Constitución ha garantizado formas e instituciones de composición de conflictos no estatales, como el arbitraje o aquella que prestan las comunidades campesinas. Y lo ha hecho señalando, por ejemplo, que «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral» o que «Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas (...), pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (...)». Es decir, dando la sensación, a partir de una interpretación literal de los preceptos en los que se enuncian, que tanto el arbitraje como la composición de conflictos por las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas constituyen ejercicio de una cuota de la jurisdicción.

¿La composición de conflictos mediante dichos institutos o entes constituye un ejercicio de la jurisdicción? La respuesta, a mi juicio, como entiendo sucede en casi toda la doctrina nacional que se ha dedicado seriamente al tema, es que no. No sólo por lo que antes se ha dicho. (que la jurisdicción es única y ésta la ejercen los órganos estatales en nombre del Pueblo); sino, además, porque a la misma conclusión se puede arribar al comprender, en la unidad que representa la Constitución, que el vocablo «jurisdicción» utilizado por los artículos 139.1º y 149º de la Constitución, y también en otros de la misma Ley Fundamental, no tiene un significado unívoco.

En algunos casos, con la expresión «jurisdicción» el constituyente designa lo que en términos de derecho judicial es, una cuestión de competencia (v.g art. 2.24, «f»). En otros, con la misma voz se alude al espacio territorial dentro del cual un órgano del Estado ejerce sus competencias (v.g art. 31 y 74); se declara la reserva de jurisdicción a favor del propio Estado (v.g art. 54), se dispone la posibilidad de exceptuar el conocimiento de determinadas materias a los órganos jurisdiccionales del Estado (art. 63) o se establece los límites a su ejercicio por parte de determinados funcionarios estatales, como los jueces (v.g art. 146).

No hay, pues, un único sentido o significado con el que se haya atribuido a la voz «jurisdicción». De modo que no siempre que se la utilice la Ley Fundamental hay que entenderla en el sentido de la potestad jurisdiccional a la que antes se ha hecho referencia.

Es en el sentido constitucionalmente polisémico del término «jurisdicción» en el que, a mi juicio, debe entenderse el artículo 139.1 de la Constitución. En definitiva, no en el sentido de que el arbitraje, como mecanismo de composición de controversias privadas,

constituya una manifestación estatal de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino como la garantía constitucional de un instituto –el arbitraje en sí mismo–. Por su virtud, pues, se garantiza y otorga validez a una forma compositiva de controversias, de carácter no estatal, en los temas previamente delimitados y limitados por la ley, entre las personas que libremente decidan resolver sus diferencias por medio de éste.

Entonces, puede decirse que el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos y que su fundamento reposa en al voluntad de las partes, por medio de la cual éstas optan por renunciar a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen la libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado, dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal.

Por otro lado, si bien es cierto que el arbitraje resuelve el conflicto sometido a su conocimiento en una forma de litis y que declara derecho, no se puede afirmar que este acto o actos del arbitraje constituyan el factor que lo califican como función jurisdiccional, así se sostenga que dichos actos son jurídicos o tengan connotación jurídica. Además, sus decisiones no son necesariamente definitivas, ya que pueden ser recurridas ante el Poder Judicial en apelación o anulación, y los árbitros carecen de potestad coercitiva, es decir, no están en la capacidad de hacer cumplir sus decisiones cuando las partes se resisten a cumplirlas, en cuyo caso tienen que recurrir al Poder Judicial solicitando su intervención con el propósito de lograr la ejecución forzada de sus mandatos.

Sin duda, la forma del procedimiento del titular de la jurisdicción, el Poder Judicial, es totalmente diferente. Sus decisiones son firmes y en algunos casos causan jurisprudencia, pero además los jueces tienen la capacidad de hacer cumplir sus decisiones e inclusive pueden usar la fuerza pública. En cambio, los laudos arbitrales tienen la característica de incidir en el ámbito declarativo de los derechos, mas nunca en el ejecutivo. Ello explica porque si una parte decide no cumplir con un laudo o con lo pactado en un procedimiento conciliatorio, la única salida que tiene el sujeto afectado con dicho incumplimiento es la vía judicial (precisamente actuando el título ejecutivo –laudo o acta conciliatoria–).

Igualmente, las decisiones expedidas por parte de la jurisdicción estatal tienen la posibilidad de adquirir inmutabilidad absoluta o autoridad de la cosa juzgada. Situación que no se verifica en otras zonas compositivas donde las decisiones pueden ser revisadas, con mayores o menores limitaciones, por la justicia estatal. En estos últimos supuestos se suele hablar de inmutabilidad relativa o preclusión. Pero, definitivamente, la jurisdicción estatal es la única que tiene la característica básica de la universalidad, en el sentido de que las otras técnicas compositivas han sido creadas únicamente para tipos específicos de controversias, mientras que la jurisdicción estatal protege de cualquier tipo de derecho, sin importar que esté o no previsto expresamente por ley.

3. Lo anterior es el presupuesto para señalar también mis diferencias en torno a la afirmación según la cual el arbitraje es un derecho fundamental (Fund. Jur. N.º 16). No hay un derecho fundamental al arbitraje. Al contrario, el derecho fundamental de toda persona, en el Estado social y democrático de Derecho, es la posibilidad de acudir libremente a la jurisdicción estatal o, en los términos que hemos empleado en nuestra jurisprudencia sobre el tema, acceder a un tribunal de justicia. En cambio, el arbitraje es un instituto que, en la medida que se ha previsto en la Constitución, ha quedado constitucionalmente garantizado, de modo que el legislador no puede disponer libremente de él, a no ser que la suprima mediante una reforma constitucional (lo que no se puede hacer con los derechos fundamentales, ni siquiera siguiéndose dicho procedimiento de revisión constitucional).

Salvo que con dicha afirmación se haya querido decir que una determinada controversia puede ser sustraída de su resolución de un órgano de la jurisdicción estatal mediante una decisión que comporta el ejercicio de un derecho fundamental; en cuyo caso estaría plenamente de acuerdo. Y es que cuando se decide libremente que la solución de una controversia se realice mediante el arbitraje, en los casos legalmente permitidos, ello comporta, por un lado, una renuncia al ejercicio del derecho de acceso a los tribunales, pero de otro, también el ejercicio de la libertad de acción.

4. Finalmente, quisiera expresar que la generalidad con la que se ha planteado el tema en la sentencia puede suscitar alguna confusión. Allí se ha dicho que la realización del arbitraje ha de sujetarse al respeto de los derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Y ello es así puesto que, como se tiene dicho en la jurisprudencia de este Tribunal, no hay zona alguna del ordenamiento jurídico en la que los poderes públicos o los particulares puedan actuar desconociendo a la Constitución y su sistema material de valores representados por los derechos fundamentales.

El problema, sin embargo, radica en que dicha afirmación, en su generalidad, adolece de deficiencias e insuficiencias. La primera porque resulta claro que la decisión de someter una controversia a la solución de un arbitraje, comporta la renuncia a una serie de derechos fundamentales de carácter esencialmente procesal. Además del acceso a la justicia, que la presupone, también existe una renuncia al derecho al juez predeterminado por la ley o a la pluralidad de la instancia, por citar algunos casos. En otros casos, el contenido constitucionalmente protegido de alguno de los derechos de orden procesal tienen un alcance menor respecto si la controversia hubiese sido sometida a un tribunal de justicia de carácter estatal. Así sucede, por ejemplo, con el derecho al juez imparcial, puesto que en determinados casos, cada una de las partes elige a un árbitro, y estos, a su vez, a un presidente del Tribunal Arbitral. De modo que si en relación a este último puede predicarse la necesidad de su imparcialidad, no necesariamente sucede lo mismo con los árbitros nombrados por las partes.

Además, la afirmación genérica expresada en el Fund. Jur. N.º 20 de la sentencia peca de insuficiencia, pues resulta claro que no sólo los derechos de orden procesal vinculan en el arbitraje. Todos los derechos fundamentales vinculan a todos, de modo que incluso en las relaciones *inter privatos*, es deber de los individuos cuidar porque estos no resulten lesionados. En ese sentido, es bueno recordar que en abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional se destaca que los derechos fundamentales –todos y no sólo los de orden procesal– tienen como sujetos obligados a su respeto a los poderes públicos (eficacia vertical de los derechos), sino, además, a los propios particulares (eficacia horizontal de los derechos), entre los cuales se encuentra, como antes se ha dicho, la composición privada de conflictos mediante el arbitraje.

Con estas salvedades, que como indiqué en la introducción de este voto, no afectan al sentido de lo resuelto por la sentencia, es que la suscribo.

SR.
GONZALES OJEDA

Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 8125-2005-PHC/TC

(Lima, 14 de noviembre de 2005)

EXP. N.º 8125-2005-PHC/TC
LIMA
JEFFREY IMMELT
Y OTROS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 3 de agosto de 2005, se interpone demanda de hábeas corpus a favor de Jeffrey Immelt, Joseph Anthony Pompei, John Mc. Carter, Nelson Jacob Gurman, César Alfonso Ausín de Iurruarízaga, Jorge Montes, James Campbell, Dave Cote, Donald Breare Fontaine, Steve Reidel, Steve Sedita, David Blair, John Welch, Dennis Dammerman, James K. Harman, Helio Mattar, W. James Mcnerney, James E. Mohn, Robert L. Nardelli, Dennis K. Williams y John Opie, ejecutivos de la empresa General Electric Company contra el Juez del Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, don César Herrera Cassina. Se sostiene que el Juez demandado dictó auto de apertura de instrucción por delito de estafa contra los beneficiarios, disponiendo la detención de todos ellos, sin motivar debidamente su decisión sobre las razones que tuvo para imputarles el delito de estafa, lo que les imposibilita enfrentar adecuadamente el proceso penal (N.º 357-2005) que se les ha instaurado, situación que atenta contra sus derechos constitucionales a la libertad personal y de defensa.

Investigación sumaria

Realizada la investigación sumaria, el Juez demandado rinde su declaración explicativa sosteniendo que el pronunciamiento de su Juzgado ha sido en mérito de lo dispuesto

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

Resolución de primera instancia

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

Resolución de segunda instancia

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§. 1. Cuestión procesal

1. El Tribunal entiende que hay una cuestión preliminar sobre la que debe detenerse a fin de evaluar correctamente el sentido de la pretensión, y es que tratándose de un hábeas corpus contra una resolución judicial como es el auto de apertura de instrucción, se debe precisar primero la aplicación del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, que prescribe la procedencia del hábeas corpus contra resoluciones judiciales firmes.

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

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

4. En efecto, el auto de apertura de instrucción, constituye una resolución que resulta inimpugnable por ausencia de una previsión legal que prevea un recurso con este fin. Siendo así, una alegación como la planteada en la demanda contra este auto, se volvería irresoluble hasta el momento de la finalización del proceso penal mediante sentencia o por

alguna causal de sobreseimiento, lo que no se condice con el respeto del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.

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

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

6. No se trata naturalmente de que el juez constitucional, de pronto, termine revisando todo lo que hizo un juez ordinario, sino, específicamente, que fiscalice si uno o algunos de los derechos procesales con valor constitucional están siendo vulnerados. Para proceder de dicha forma existen dos referentes de los derechos de los justiciables: la tutela judicial efectiva como marco objetivo y el debido proceso como expresión subjetiva y específica, ambos previstos en el artículo 139º, inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido proceso en sus sentencias recaídas en los expedientes N.º 2192-2002-HC/TC (F.J. N.º 1), N.º 2169-2002-HC/TC (F.J. N.º 2) y N.º 3392-2004-HC/TC (F.J. N.º 6).

7. En el supuesto de que una resolución judicial desconozca o desnaturalice algunos de los componentes de cualquiera de los derechos aquí mencionados, estaremos, sin lugar a dudas, ante la circunstancia de un proceder inconstitucional, y ante un contexto donde, al margen de la función judicial ordinaria ejercida y de la exclusividad que se le reconoce, resulta procedente el ejercicio del proceso constitucional como instrumento de defensa y corrección de una resolución judicial contraria a la Constitución. Puntualizado queda, en todo caso, que sólo si vulnera el contenido esencial de alguno de los derechos antes mencionados, estaremos ante un proceso inconstitucional, quedando totalmente descartado que, dentro de dicha noción, se encuentren las anomalías o simples irregularidades procesales –violación del contenido no esencial o adicional–, que no son, por sí mismas, contrarias a la Constitución sino al orden legal. Mientras que el proceso que degenere en inconstitucional se habrá de corregir mediante el ejercicio del proceso constitucional,

la simple anomalía o irregularidad lo será mediante los medios de impugnación previstos al interior de cada proceso. Ese es el límite con el cual ha de operar el juez constitucional y, a la vez, la garantía de que no todo reclamo que se le hace por infracciones al interior de un proceso pueda considerarse un verdadero tema constitucional.

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

§ 3. Análisis del caso materia de controversia constitucional

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

Falta de motivación del auto de apertura de instrucción

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

11. En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139º de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver.

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

> «*Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito,* ***que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe****, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda*

la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción».

13. Como se aprecia, la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal considera que debe ser efectuada con criterio de razonabilidad, esto es, comprender que nada más lejos de los objetivos de la ley procesal el conformarse en que la persona sea individualizada cumpliendo sólo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún, como se hacía años antes, «*contra los que resulten responsables*», hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N.º 126 publicado el 15 de junio de 1981), sino que, al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.

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

15. Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (fs. 175/180), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, es posible afirmar que tal resolución no se adecúa en rigor a lo que quieren tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda que el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que : «*El auto será* ***motivado*** *y contendrá en forma precisa los* ***hechos denunciados****,* ***los elementos de prueba en que se funda la imputación****, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado».*

16. En otras palabras, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo *de* aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una

acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

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

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

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

HA RESUELTO

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

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

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

Publíquese y notifíquese.

SS.
ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
LANDA ARROYO

VOTO SINGULAR DEL DOCTOR JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Emito este voto singular con el debido respeto por la opinión vertida por el ponente, por los fundamentos siguientes:

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

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

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

4. Así, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a impugnaciones contra el auto de apertura de instrucción, en el caso del proceso N.º 0799-2004-HC, señalando que «No resulta atendible la solicitud de dejar sin efecto un auto apertorio de instrucción alegando la inexistencia de pruebas de la comisión del delito, por cuanto es la etapa de la instrucción la que tiene por objeto reunir elementos probatorios de la realización del ilícito penal». Del mismo modo en la STC N.º 2365-2002-HC ha señalado que atendiendo al objeto de dicho proceso, dejar sin efecto el auto de apertura de instrucción constituye «pretensión imposible de satisfacer mediante esta acción de garantía, toda vez que ésta no se puede instrumentalizar con el objeto de impedir que se realicen las investigaciones judiciales derivadas del auto apertorio de instrucción… el Tribunal Constitucional considera que cualquier anormalidad o irregularidad que pueda presentar el auto cuestionado deberá remediarse mediante el ejercicio de los recursos que la ley procesal penal prevé, y no vía este proceso que tiene como finalidad proteger la libertad individual y los derechos conexos con ella». En síntesis, el Tribunal Constitucional, tras reproducir parte del texto del artículo 77º del Código de Procedimientos Penales, ha dicho que no es instancia revisora para dilucidar si los fundamentos que sustentan el auto de apertura de instrucción son suficientes o cumplen con los requisitos legales, dejando en claro que dicha reclamación deberá de ser impugnada al interior del proceso penal en trámite pues es prerrogativa de la judicatura ordinaria resolver dichas controversias.

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

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

7. Debemos tener en cuenta primero que tratándose del cuestionamiento al auto que abre instrucción con el argumento de una indebida o deficiente motivación, la pretensa vulneración no puede ser conocida a través del hábeas corpus sino del amparo puesto que el auto de apertura, en puridad, no está vinculado directamente con la medida cautelar de naturaleza personal que se dicta al interior de dicha resolución, medida contra la que

la ley procesal permite la apelación. Este mandato se emite en función a otros presupuestos procesales, señalando el Artículo 135 del Código Procesal Penal, taxativamente, los requisitos mínimos que deben concurrir para su procedencia, que no son los mismos que los exigidos para el auto que abre instrucción establecidos en el Artículo 77º del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia considero que si se denuncia que el juez ordinario, abusando de sus facultades, abre instrucción contra determinada persona cometiendo con ello una arbitrariedad manifiesta, se estaría acusando la violación del debido proceso ya sea este formal o sustantivo, para lo que resulta vía idónea la del amparo reparador. La medida coercitiva de naturaleza personal sí incide directamente sobre la libertad; empero, contra esta medida existen medios impugnatorios previstos en la ley procesal penal que tendrían que agotarse para obtener la firmeza de la resolución en lo referente a la detención preventiva u otras limitaciones a la libertad personal.

8. Sin perjuicio de lo anterior creo pertinente considerar que si bien es cierto la normatividad procesal penal no ha previsto expresamente un medio impugnatorio para cuestionar el auto de apertura de instrucción, también lo es que de existir vacíos en el tratamiento por dicho ordenamiento procesal, éste se rige supletoriamente por el Código Procesal Civil, en cuanto le sea aplicable, según la previsión de la Primera Disposición Complementaria y Final del aludido Código que a la letra dice: «las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza». Si esto es así, encontramos que en el Artículo 171º del referido complexo legal se prevé que la nulidad de un acto procesal «(...) puede declararse cuando el acto procesal careciera de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad».

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

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

materia precisamente de la investigación en el proceso judicial. Por tanto, no existe la manifiesta vulneración a la libertad individual ni a la tutela procesal efectiva.

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

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

Pero algo más, con el mismo derecho y por la misma puerta, otros miles de emplazados recurrirían también al proceso constitucional cada vez que un Juez Civil admita a trámite una demanda de acuerdo al Artículo 430º del C. Procesal Civil, ley procesal que no ha previsto la vía recursiva para cuestionar la decisión del Juez que da origen a un proceso ordinario. Y para ambos casos –penal y civil– todo imputado y todo emplazado tendrán los «argumentos» necesarios para exigir el mismo tratamiento, lo que, a no dudarlo, al poco tiempo la carga procesal sería inmanejable para este Tribunal ampliando sus facultades cuando hoy las viene reduciendo.

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

S.
JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO BARDELLI LARTIRIGOYEN

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

SS.
BARDELLI LARTIRIGOYEN

Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 6712-2005-PHC/TC

(Lima, 17 de octubre de 2005)

EXP. N.º 6712-2005-HC/TC
LIMA
MAGALY JESÚS MEDINA VELA
Y NEY GUERRERO ORELLANA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Magaly Jesús Medina Vela y por don Ney Guerrero Orellana contra la Resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de julio de 2005, que declara infundada la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

a. Demanda

Con fecha 31 de mayo de 2005, los recurrentes interponen demanda de hábeas corpus contra los miembros de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señores Robinson Gonzáles Campos, José María Balcázar Zelada, Pastor Barrientos Peña, César Vega Vega y Hugo Príncipe Trujillo, solicitando que se declare la nulidad del proceso penal seguido en su contra hasta la fase de instrucción.

Sostienen que acuden al hábeas corpus porque se configura la violación del derecho a la libertad personal por haberse negado la tutela procesal efectiva cuando se vulnera su derecho a la probanza y a la defensa. Consideran que tales transgresiones se produjeron a través de las tres resoluciones judiciales firmes en el proceso penal seguido en su contra (las expedidas en el 2003 por el Trigésimo Noveno Juzgado Penal, en el 2004 por la Sexta Sala Penal Superior y en el 2005 por la Primera Sala Penal Suprema Transitoria).

Expresan que se contraviene su derecho a probar puesto que, habiendo presentado testimoniales (tanto del asesor legal del canal como del administrador del mismo), nunca fueron admitidas ni rechazadas por el juez. La importancia de tales medios se centraba en que, antes de emitir el reportaje materia del proceso penal que se siguió en su contra, ellos

fueron asesorados por abogados, los cuales les aseguraron que no se afectaba el derecho a la intimidad de la 'vedette' con la emisión del mencionado reportaje. Justamente, al no tomarse en cuenta los medios probatorios ofrecidos, consideran que se les ha impedido probar el error de prohibición en sus actos, lo cual llevaría no exactamente a la antijuricidad, sino a la exclusión de culpabilidad. Asumen que tampoco el juez pudo establecer la existencia de tales medios como prueba inútil, pues ésta se configura cuando los hechos alegados no requieren probanza por ser demasiado obvios.

Asimismo, alegan la afectación al derecho a la defensa, pues el juzgador nunca se pronunció sobre el extremo que plantearon como mecanismo de defensa en la declaración instructiva. Éste se refiere a que, al haber propalado un vídeo que probaba la existencia de prostitución ilegal, no se pudo afectar la intimidad de la querellante.

b. Declaraciones instructivas de los demandados

Con fecha 7 de junio de 2005 se toma la declaración de los cinco vocales demandados, los mismos que niegan los presupuestos del hábeas corpus formulado.

Consideran que actuaron dentro del marco de la ley, y como parte de su independencia funcional como jueces. Afirman, además, que la sentencia está debidamente motivada.

c. Resolución de primera instancia

Con fecha 10 de junio de 2005, el Decimotercer Juzgado Penal de Lima declara infundada la demanda por los siguientes motivos:

i. La Ejecutoria Suprema fue expedida dentro de un proceso regular.
ii. Se han respetado las garantías del debido proceso, pues los demandantes contaron con defensa y pluralidad de instancias.
iii. No corresponde aceptar la inhibición planteada por los demandantes, tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 52º y por el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en concordancia con el artículo 305º del Código Procesal Civil. El pedido fue declarado inadmisible.

d. Resolución de segunda instancia

Con fecha 6 de julio de 2005, la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima confirma la sentencia, argumentando que:

i. Con respecto al tema de fondo, lo que pretende la demanda es cuestionar el pronunciamiento emitido por el órgano jurisdiccional.
ii. Sí se aprecia en la resolución cuestionada una correcta valoración de los medios probatorios ofrecidos por los demandantes.
iii. La inhibición, por su parte, al no estar permitida en el Código Procesal Constitucional, debe ser declarada improcedente.

III. DATOS GENERALES

- Violación constitucional invocada

La demanda de hábeas corpus fue presentada por doña Magaly Jesús Medina Vela y por Ney Guerrero Orellana y la dirigen contra los vocales de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señores Robinson Gonzáles Campos, José María Balcázar Zelada, Pastor Barrientos Peña, César Vega Vega y Hugo Príncipe Trujillo.

El acto lesivo se refiere a la expedición de la Resolución en el Recurso de Nulidad N.º 3301-04, de fecha 28 de abril de 2005, en la cual se declara no haber nulidad en la sen-

tencia de fecha 4 de junio de 2004, la misma que condena a los demandantes a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el término de tres años, por la comisión del delito contra la libertad–violación de la intimidad.

- Petitorio constitucional

Los demandantes alegan la afectación de los derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva (artículos 139º, inciso 3, de la Constitución, y 4º del Código Procesal Constitucional) –en correspondencia con la libertad personal (artículo 2º, inciso 24, de la Constitución)–, en lo referido al derecho a probar (artículo 139º, inciso 3, de la Constitución) y al derecho a la defensa (artículo 139º, inciso 14, de la Constitución).

Sobre la base de esta vulneración, solicitan lo siguiente:

- Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que se les permita probar el hecho postulado como defensa material.
- Nulidad del proceso penal hasta la fase de instrucción a fin de que el juez penal en la sentencia se pronuncie sobre el argumento de defensa técnica.

- Materias constitucionalmente relevantes

Con el fin de responder correctamente a las inquietudes de los demandantes, y determinar los límites de la independencia de los jueces al momento de determinar sus sentencias, en esta sentencia se desarrollarán los siguientes acápites:

- ¿Qué implica la utilización del proceso constitucional de hábeas corpus en el presente caso? Por ende,
- ¿Un juez constitucional puede inhibirse?
- ¿Cuándo una resolución puede considerarse firme?
- ¿De qué forma ha de realizarse un análisis de la tutela procesal efectiva?
- ¿Se ha llegado a afectar el derecho a probar de los recurrentes? Por lo tanto,
- ¿Cuál es el ámbito constitucionalmente protegido de este derecho?
- ¿La supuesta violación del derecho a la prueba tiene relación directa con la responsabilidad de los recurrentes?
- ¿Cuáles son los elementos de análisis respecto a la supuesta violación de esta parte de la tutela procesal efectiva?
- ¿Existe alguna vulneración del derecho a la defensa? En tal sentido,
- ¿Cómo se habrá de entender la defensa técnica y en qué sentido se habrá de conectar con un test de razonabilidad?
- ¿Por qué es necesario entender el significado constitucional de los derechos a la información y a la vida privada para resolver este extremo de la demanda?
- ¿De qué manera se inserta la determinación de existencia de prostitución clandestina en el acto ponderativo entre información y vida privada?
- ¿Qué consecuencias genera la presentación de una demanda como la planteada en el presente caso?

IV. FUNDAMENTOS

1. La presente demanda de hábeas corpus cuestiona la validez del proceso penal llevado a cabo contra los actores por el delito contra la intimidad, prescrito taxativamente en el artículo 154º del Código Penal. La materia de análisis constitucional versa sobre la declaratoria de responsabilidad de los querellados (ahora demandantes en el proceso constitucional) en sede judicial. La determinación de culpabilidad de los coinculpados se asienta en hechos claramente establecidos que no pueden ser objeto de análisis por parte

de este Colegiado, sino que se asumen como válidos, al estar definido su vigor en sede judicial.

El día 31 de enero de 2000, en el programa televisivo Magaly TV, se transmitió un vídeo editado que contenía imágenes que revelaban datos íntimos de doña Mónica Adaro Rueda (querellante en el proceso penal), y se le apreciaba manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino, identificado posteriormente como don Eduardo Martín Arancibia Guevara. Tal reportaje fue anunciado como 'Las Prostivedettes', y fue difundido a través de un canal de televisión de señal abierta. En el curso del proceso penal, se estableció que fueron los querellados, el productor del programa (don Ney Guerrero Orellana) y la conductora del mismo (doña Magaly Jesús Medina Vela), quienes contrataron a la persona que se aprecia en las imágenes para que indujera a la querellante a mantener relaciones sexuales por medios que son objeto del reportaje televisivo. Para el plan de los denunciados se contó con el previo ocultamiento de los dispositivos de filmación y grabación de audio en el ambiente en el cual iban a mantener relaciones sexuales.

Sobre la base de estos hechos, y tras la sanción penal de los querellados, son ellos mismos los que acuden ante esta instancia constitucional para que se analice en esta sede si hubo vulneración, o no, de sus derechos fundamentales.

A. Implicancias de la Utilización del Hábeas Corpus en el Presente Proceso

1. Según la Constitución, todo acto u omisión que vulnere o amenace la libertad personal o algún derecho conexo a ella amerita la presentación de una demanda de hábeas corpus por quien se sienta afectado (artículo 200º, inciso 1). Y, tal como lo prescribe el Código Procesal Constitucional, se considerará como derecho conexo a la libertad personal el referido a la tutela procesal efectiva (artículo 4º).

Por tal razón, es pertinente que se plantee la presente demanda de hábeas corpus sobre la base de una supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva de los demandantes, por lo que este Colegiado se encuentra habilitado para responder a las inquietudes formuladas sobre la base de un análisis estricto y pro homine de la resolución judicial cuestionada. Sin embargo, existen algunas cuestiones que deben resaltarse y detallarse respecto al análisis jurídico de la formulación de este tipo de hábeas corpus restringido.

§1. La inhibición del juez

2. El primer tema a resolver se refiere a la capacidad del juzgador para intervenir en un proceso de hábeas corpus. Al respecto, los demandantes alegan que la jueza de primera instancia del proceso constitucional no es imparcial, pues ha hecho público su punto de vista respecto a los procesados:

La señora magistrada a cargo del proceso ha manifestado una evidente animadversión hacia el presente proceso. Su malestar frente a este proceso y sus partes se evidencia del siguiente dicho: 'No me gusta la prensa, no me gusta Magaly, no me gustan los Supremos', frase que manifestó el día de ayer a horas 8:30 a.m., en la oficina de la secretaría cursora de esta causa y en presencia de la señorita abogada Isela Valdez Savid, quien ejerce conjuntamente el patrocinio de los accionantes[1].

1. Escrito del abogado de los demandantes del hábeas corpus (fs. 142, 43 del Expediente).

Aun cuando no lo expresen claramente, los recurrentes solicitan que la magistrada se inhiba de seguir conociendo el hábeas corpus incoado.

3. El principal argumento que sostienen está referido a la independencia que debe tener todo juzgador a la hora de resolver un proceso. Sobre la base del artículo 139º, inciso 2 de la Constitución (que garantiza la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional), aducen que no puede aceptarse que un juez pueda emitir juicios de valor sobre las partes de un proceso.

Sin embargo, debe anotarse que, como derecho fundamental, también los principios de la función jurisdiccional tienen límites. Por ello, es necesario determinar si en los procesos de hábeas corpus existe alguna restricción referida a tal principio, pues sólo así se justificaría que se haya determinado la imposibilidad de la inhibición de la magistrada.

4. Razona la propia jueza, cuando emite la sentencia de primera instancia respecto al presente hábeas corpus, que la inhibición planteada no resulta amparable. Se sustenta en lo dispuesto en el artículo 305º del Código Procesal Civil, en concordancia con el artículo 52º del Código Procesal Constitucional. Sobre tal base declara inadmisible la inhibición[2], aunque en segunda instancia se reforma este extremo de la sentencia y se le declara improcedente. Pero ante ello se debe responder a la interrogante acerca de si una solución de este tipo está permitida por las normas procesales sobre la materia.

Por la peculiaridad que tiene el proceso de hábeas corpus, se ha dispuesto la existencia de normas procesales especiales que rijan su desarrollo. El artículo 33º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional expresa que:

> Este proceso somete además a las siguientes reglas: (...) No caben excusas de los jueces ni de los secretarios (...).

Es decir, explícitamente se ha determinado, en aras de la celeridad del proceso de hábeas corpus, que los jueces constitucionales no puedan alejarse del ejercicio de su función jurisdiccional. Por ello, en el presente caso, no correspondía, por incompatible, aplicar el Código Procesal Civil para pedir que la jueza se inhiba –o, excuse, usando la terminología del Código Procesal Constitucional– del conocimiento de la causa.

Por ello, es valedero el pronunciamiento realizado por la jueza al respecto. Lo que no es válido es la utilización de las normas detalladas en su sentencia. Se usan dispositivos previstos explícitamente para el caso del amparo o para procesos civiles, lo cual no puede ser aceptable tomando en consideración que el hábeas corpus, en tanto proceso constitucional y por su carácter de tutela de extrema urgencia, tiene reglas sumamente especiales y plazos muy breves, que han sido claramente determinadas por el legislador.

Por lo tanto, el pedido de inhibición planteado por los reclamantes debe ser declarado improcedente.

5. Conviene en este tramo mencionar qué caminos proporciona el propio Código Procesal Constitucional a las personas que cuestionan la independencia de un magistrado que resolverá un caso en el cual pueden verse perjudicadas.

Según una interpretación oportuna del artículo 33º, inciso 1, del mencionado cuerpo normativo, puede interponer pedido de recusación el propio afectado (o su representante legal). Es decir, los recurrentes tuvieron la capacidad de recusar a la jueza que vio su

2. Sentencia del Decimotercer Juzgado Penal de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 165 del Expediente).

caso, si es que se consideraban perjudicados con su actuación. De lo que consta en autos, dicho pedido nunca fue realizado.

§2. La firmeza de la resolución

6. Como segundo tema, debe precisarse que se considera como una resolución firme. Ello porque los recurrentes alegan criterios que implicarían una grave desatención respecto a cuáles son los fallos judiciales que pueden ser materia de un proceso constitucional.

A su entender, cada una de las tres resoluciones emitidas en el proceso penal que se siguió en su contra (sentencia condenatoria, sentencia confirmatoria y sentencia no anulatoria) tienen la condición de firmes[3]. Sin embargo, han interpuesto el hábeas corpus tan sólo contra la última de ellas.

Corresponde, entonces, dejar sentado con claridad qué habrá de entenderse por 'resolución judicial firme'; más aún si de una explicación errada puede concluirse que contra cualquier sentencia judicial se podría interponer una demanda de este tipo, desnaturalizando la función de control constitucional de este Colegiado, que quedaría convertido en una instancia judicial más.

7. Según el mencionado artículo 4º del Código Procesal Constitucional, sólo cabría la presentación de una demanda de hábeas corpus por violación de la tutela procesal efectiva cuando existe una 'resolución judicial firme'.

La firmeza de las resoluciones judiciales está referida a aquel estado del proceso en el que no cabe presentar medio impugnatorio y, por lo tanto, sólo cabrá cuestionar la irregularidad de la actuación judicial a través del control constitucional. Por lo tanto, la inexistencia de firmeza comporta la improcedencia de la demanda que se hubiese presentado, tomando en cuenta la previsión legal expresada en el mencionado código.

Por ende, ni la sentencia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado Penal, ni la emitida por la Sexta Sala Penal Superior de Lima en el proceso penal seguido por delito contra la intimidad, podrán considerarse firmes. Sí lo será la emitida en la Corte Suprema y es solamente contra ella que se entenderá presentada la demanda de hábeas corpus.

§3. El control constitucional de la tutela procesal efectiva

8. La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial.

La presente demanda de hábeas corpus se ha planteado sobre una supuesta vulneración de dos derechos-reglas pertenecientes a un derecho-principio más amplio. Se alega que se ha violado el derecho a probar y el derecho a la defensa técnica, pero ambos como ámbitos de la tutela procesal efectiva.

9. Con relación a ello, es un hecho sin duda significativo que la jurisdicción ordinaria, cuando resuelve un proceso constitucional –y así ha sucedido en el presente hábeas corpus– enfatice que se ha respetado irrestrictamente el derecho a la tutela procesal efectiva aduciendo, casi siempre invariablemente, la regularidad en la tramitación del proceso. No se hace uso de argumentos constitucionales, sino, tautológicamente, de fór-

3. Claramente establecido en la Demanda de hábeas corpus (fs. 7 del Expediente).

mulas propositivas que reiteran que el cuestionado es un proceso regular que, precisamente, está siendo criticado por el supuesto incumplimiento irrestricto de su regularidad.

En el caso de autos, los vocales demandados señalan que la causa penal la resolvieron dentro de los límites y formalidades que señala la Ley Orgánica del Poder Judicial[4], que su decisión es correcta desde el punto de vista sustantivo penal[5], y que no han violentado derecho o garantía constitucional alguno que amenace la libertad[6]. Adicionalmente, manifiestan que:

> Este fallo fue recurrido (respeto a la pluralidad de instancias) y el caso llegó hasta la Corte Suprema, de modo que tampoco se produjo la afectación a la 'defensa procesal' como lo denomina la contraria. Pese a ello, ¿cuál es su pretensión?: ¡la nulidad del proceso! ¿No existe acaso el recurso previsto en el ordenamiento procesal ordinario? ¿No han hecho valer, los demandantes, los medios impugnatorios contra las sentencias?[7].

Este Tribunal estima imperativo advertir que estos problemas de argumentación no solamente quedan a nivel de los demandados, sino también se presentan en las resoluciones emitidas por los magistrados constitucionales. El juez de primera instancia señala también que 'la Ejecutoria Suprema se ha expedido en el ámbito de un proceso regular', toda vez que su pretensión es una valoración jurídica de los hechos materia del recurso de nulidad, y de esta forma los juzgadores llegaron a la plena convicción de la responsabilidad de los acusados[8]. La Sala Superior, por su parte, respecto a la sentencia impugnada, precisa que:

> (...) se aprecia que tal pronunciamiento judicial ha sido producto de un proceso penal regular seguido en su contra, al interior del cual tuvieron la posibilidad de ejercer todo el conjunto de derechos y facultades con las que se hallaban investidos a fin de demostrar su inocencia y en el cual no se advierte vulneración alguna a sus derechos como alegan (...)[9].

De ello que se puede observar que, tanto los demandados como los juzgadores judiciales han determinado que no se ha afectado de la tutela procesal efectiva por considerar que el proceso ha sido llevado de manera regular, respetándose el derecho a la defensa o la pluralidad de instancias. Sin embargo, no se realiza argumentación alguna del por qué el examinador llega a esta conclusión.

---

4. Toma de declaración de los vocales supremos, señores Pastor Adolfo Barrientos Peña (fs. 119 del Expediente), Hugo Príncipe Trujillo (fs. 123 del Expediente) y José María Balcázar Zelada (fs. 126 del Expediente).
5. Toma de declaración de vocal supremo César Javier Vega Vega (fs. 125 del Expediente).
6. Toma de declaración de vocal supremo Robinson Octavio Gonzales Campos (fs. 122 del Expediente).
7. Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 160 del Expediente).
8. Sentencia del Decimotercer Juzgado Penal de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 166, 167 del Expediente).
9. Sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 231b, 232 del Expediente).

10. Según el artículo 139º, inciso 5, de la Constitución, toda resolución que emita una instancia jurisdiccional (mandato que no se restringe a los órganos del Poder Judicial, sino también a toda entidad que resuelva conflictos, incluido el Tribunal Constitucional) debe estar debidamente motivada. Ello significa que debe quedar plenamente establecida a través de sus considerandos, la *ratio decidendi* por la que se llega a tal o cual conclusión. Pero una resolución, como la que se observa en el proceso constitucional que se está resolviendo, en que no se precisan los hechos, el derecho y la conducta responsable, ni tampoco se encuentra razón o explicación alguna del por qué se ha resuelto de tal o cual manera no respeta las garantías de la tutela procesal efectiva. La debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso. Este derecho implica que cualquier decisión cuente con un razonamiento que no sea aparente o defectuoso, sino que exponga de manera clara, lógica y jurídica los fundamentos de hecho y de derecho que la justifican, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió en un sentido o en otro, estén en la aptitud de realizar los actos necesarios para la defensa de su derecho. El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.

Además de considerarla como principio y garantía de la administración de justicia, este Colegiado ha desarrollado su contenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1230-2002-HC/TC, donde se precisó que lo garantizado por el derecho es que la decisión expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica. Además, en la sentencia recaída en los Expedientes N.o 0791-2002-HC/TC y N.º 1091-2002-HC/TC, se afirmó, entre otras cosas, que la motivación debe ser tanto suficiente (debe expresar por sí misma las condiciones que sirven para dictarla y mantenerla) como razonada (debe observar la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los factores que justifiquen la adopción de esta medida cautelar). Lamentablemente, nada de esto se cumple en las resoluciones emitidas en los órganos jurisdiccionales que han resuelto el presente hábeas corpus, puesto que ni siquiera se ha respondido a las pretensiones de los recurrentes.

Aparte de la violación de la debida motivación, no puede permitirse ligerezas de este tipo en un Estado social y democrático de derecho, máxime si la vigencia efectiva de los derechos constitucionales es el fin esencial de los procesos constitucionales, tal como lo señala el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En tal sentido, tampoco puede considerarse como adecuado razonamiento de la judicatura de que no pueda criticarse lo resuelto en el Poder Judicial por estar dentro del marco de las atribuciones judiciales. No puede alegarse tal inexistencia de violación sin que se desvirtúen específicamente los argumentos que los recurrentes alegan. Responder judicialmente de esta manera significa confeccionar en la sentencia un simple eufemismo procesal. No puede aceptarse que, al momento de administrar justicia, se señale que no existe vulneración a la tutela judicial efectiva porque se observa la existencia de un indeterminado 'proceso regular', sin que se explique por qué ni cómo éste es 'regular', pues es justamente esta 'regularidad' la que está siendo materia de control por la judicatura constitucional, y una falta de respuesta motivada al respecto constituye un ejercicio contrario a la función de administrar justicia. Quien demanda debe demostrar la irregularidad (máxime si se toma en cuenta la ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales prevista en el artículo 9º del Código Procesal Constitucional), y quien sentencia, descartarla o acreditarla, pero siempre asumiendo la presunción de constitucionalidad de los actos jurisdiccionales.

11. Por ello, es necesario que este Colegiado analice cada uno de los argumentos vertidos por los demandantes respecto a la vulneración de la tutela procesal efectiva en el proceso penal seguido en su contra, básicamente en la sentencia emitida por la Corte Suprema.

El estudio concreto de las dos violaciones aducidas (falta de análisis de las pruebas o carestía de observación de los medios de defensa) podrá franquear una conclusión conveniente respecto a lo pedido por los demandantes. Si el requerimiento es aceptable, podrá declararse fundada la demanda, sin que ello signifique una intrusión en los fueros judiciales. Pero si, por el contrario, lo solicitado tiene por finalidad concretar una artimaña jurídica, no sólo se podrá declarar infundada la demanda, sino que incluso se podría tratar de poner un coto a ejercicio procesales abusivos de este tipo.

Pero lo que no puede permitirse –conviene insistir–, es que sin que se efectúe un análisis de fondo se llegue a conclusiones apresuradas que no hacen bien al fortalecimiento de la justicia en el país. Por ende, debe responderse directamente y con exactitud cada uno de los argumentos esgrimidos por los demandantes.

B. El Análisis de las Pruebas ofrecidas en el Proceso Penal

12. Los recurrentes alegan que durante el desarrollo del proceso penal en que se les sanciona por su responsabilidad en el delito de violación de intimidad, se ha vulnerado su derecho a probar:

> Cuando en las instructivas negamos la imputación de delito de violación de la intimidad, postulamos como defensa material el hecho del asesoramiento legal en la realización del trabajo periodístico de las Prostivedettes, incluso señalando los nombres de los abogados que nos brindaron la opinión jurídica. Técnicamente ofrecimos medios de investigación o pruebas testimoniales que debieron ser admitidos y actuados por el Juez Penal respetando nuestro derecho a probar[10].

Es decir, aducen que ofrecieron medios probatorios pero que en el Poder Judicial tales no sólo no fueron analizados correctamente, sino que, peor aún, no fueron admitidos o fueron rechazados. En ello radicaría la principal vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva. Frente a ello, la Procuraduría Pública del Poder Judicial señala que no existe vulneración alguna respecto a este derecho, sino que una argumentación de este tipo lo que refleja es un interés para que nuevamente se evalúen los aspectos de fondo de la responsabilidad penal[11].

Entonces, para determinar con claridad la existencia de la violación a la probanza, se debe analizarse específicamente cuál es el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, para advertir si dentro de él se encuentra comprendida la supuesta vulneración planteada.

10. Demanda de hábeas corpus (fs. 13 del Expediente).
11. Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 158 del Expediente).

§1. El sentido constitucional del derecho a la prueba

13. El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional.

Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente N.º 200-2002-AA/TC, esta tutela:

> (...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc.

En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.

14. Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción, de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: «la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad».

Éste es el enunciado utilizado en el artículo 2º, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11º, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14º, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8º, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aún así, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconocer, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.

15. Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188º del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez

respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Reconocido el derecho a la prueba desde el punto de vista constitucional, este Tribunal considera pertinente señalar que no todos los supuestos de su contenido merecen protección a través de un proceso constitucional de la libertad (amparo o hábeas corpus). Tal como lo establece el artículo 200º de la Constitución, estos tipos de procesos han sido establecidos para proteger derechos de rango constitucional. Los derechos que tengan su sustento en normas de rango legal o inferior no podrán ser acogidos mediante estos procesos; el artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala, *contrario sensu*, que solamente serán amparables en sede constitucional aquellas pretensiones que estén referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, tal como se expresara en la sentencia del Expediente N.º 1417-2005-AA/TC.

Por ello, y a efectos de resolver el presente caso, corresponde ir fijando cuáles son los supuestos del derecho a la prueba que merecen ser tutelados a través de un proceso constitucional a la libertad.

16. Para lograr este cometido, se debe partir del derecho que engloba a la prueba. Es el derecho a la tutela procesal efectiva, uno que también debe ser determinado correctamente en el terreno constitucional. La vulneración del contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva no puede ser identificada con cualquier irregularidad procesal, si es que ella implica una infracción de las garantías cardinales y primordiales con las que debe contar todo justiciable. Por ello, atañe a este Colegiado restringir la protección de la tutela procesal efectiva a determinados supuestos, excluyéndose aquéllos que no están relacionados directamente con el ámbito constitucional del derecho.

Una muestra de este trabajo interpretativo se encuentra en lo desarrollado con relación al derecho a la defensa. Este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el mismo tiene aspectos que no inciden en el contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva y que, por lo tanto, no pueden ser susceptibles de protección en estos procesos. En la sentencia del Expediente N.º 3914-2004-HC/TC, se expresa lo siguiente:

> (...) si bien se demuestra una cierta limitación del derecho de defensa de la persona, no es la sede del hábeas corpus la pertinente para criticar tal acto. Tal limitación no es una restricción que afecta bienes constitucionales.

Por ende, en el derecho-regla a la prueba, este Colegiado está en la capacidad de delimitar y circunscribir cuál es su ámbito de protección en sede constitucional. Veamos cómo se puede ir estableciendo éste.

§2. La supuesta vulneración del derecho a la prueba

17. Un componente básico para el control jurisdiccional solicitado es determinar el acto que constituye la vulneración del derecho fundamental. En el caso concreto, los recurrentes advierten una doble violación: una falta de respuesta respecto a su admisión y una inadecuada calificación como «prueba inútil».

Cabe recordar que las transgresiones alegadas tienen su origen en un mismo hecho. Se trata de la postulación realizada por los actores de un medio probatorio. Éste se refiere a la declaración de testigos, y en virtud del cual consideran que se pudo haber evidenciado la existencia de informes jurídicos previos a la emisión del vídeo materia del control penal, que opinaban por la legalidad de su propalación.

18. En primer lugar, se encuentra la falta de respuesta. No obstante haberse ofrecido el medio probatorio de la declaración de testigos, que según los querellados era parte importante para su defensa, los juzgadores ni los admitieron ni los rechazaron. Esto sucedió tanto en primera como en segunda instancia. En las dos sentencias emitidas no se hace mención alguna a la declaración ofrecida.

Según los demandantes del proceso de hábeas corpus, estas resoluciones constituyeron el mejor ejemplo de vulneración de un derecho fundamental:

> (...) ni el Trigésimo Noveno Juzgado Penal, ni la Sexta Sala Penal Superior, ni la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, han argumentado que no se admitieron y actuaron los medios de investigación o prueba que ofrecimos por el vencimiento del plazo probatorio (...)[12].

Es decir, pese a la obligación exigible a cualquier juzgador de resolver un pedido realizado por un justiciable, no se dio respuesta en el plazo correspondiente.

Para contradecir esta evidencia de vulneración, el representante del Poder Judicial explica la razón de esta falta de contestación. Si bien concluye en que todo magistrado está en la facultad de admitir los medios probatorios que considere pertinentes para valorarlos en la sentencia, y de esta manera sustentar su razonamiento jurídico, su principal razón consiste en que:

> (...) no se expidió una resolución que admitiera o denegara directamente este medio probatorio y no ocurrió por un hecho muy simple, nos encontrábamos en aquella oportunidad en un proceso especial, en una sumaria investigación señala el Código (...). Si bien es cierto en aquel proceso no se respetaron estrictamente los plazos, se trató de expedir una sentencia en un tiempo corto y razonable, así efectivamente se hizo en cinco meses, once días (...)[13].

Además, refiere que, al tratarse de un proceso de naturaleza especial, con plazos expeditivos, los plazos prescritos son cortos, por lo que sólo correspondía hacer una valoración de la prueba ofrecida al momento de sentenciar en la Corte Suprema.

En pocas palabras, no se respondió a lo solicitado por los demandantes aduciéndose que el proceso no podía demorar mucho tiempo, tomando en cuenta para ello la celeridad exigida en el proceso penal sumario.

19. En segundo lugar, luego de no haber sido ni admitida ni rechazada la prueba ofrecida, en la Corte Suprema se señaló claramente la inconveniencia de un medio probatorio como es la declaración de los testigos del caso concreto.

Así, en la máxima instancia judicial se consideró que la prueba presentada por los querellados en el proceso penal era, casi, una prueba inútil:

---

12. Demanda de hábeas corpus (fs. 15 del Expediente).
13. Declaración del Procurador Público del Poder Judicial (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

Ante la presencia de tal calidad de elementos probatorios, se declara improcedente la denuncia sobre del derecho a probar la falta de antijuricidad de los hechos. Ante tal dimensión de evidencias, la existencia o no de una consulta jurídica favorable que dicen los denunciados haber obtenido previamente a la propalación del vídeo, en nada hará cambiar el sentido de la presente resolución al estar acreditada la manera provocada, vejatoria e innecesaria con la que se ha actuado (malicia calificada)[14].

Sin embargo, los recurrentes alegan que los medios probatorios presentados no pueden ser considerados como una prueba inútil, precisando que el rechazo de la prueba invocando su inutilidad, asumiendo que la defensa de los procesados es equivocada, supone adelantar en la etapa probatoria el juicio que debe efectuarse en la fase de sentencia[15]. Frente a este argumento, el *ad quem* constitucional considera que la actuación del juzgador penal se ajustó a una correcta valoración probatoria, máxime si los medios probatorios ofrecidos no eran necesarios para determinar su responsabilidad penal[16].

De lo expresado, queda claro que se tiene que determinar si un juez como el del proceso penal está en la capacidad de considerar una prueba como inútil, y si ello termina vulnerando, o no, el derecho a la prueba por parte de los demandantes.

20. Tanto porque los juzgadores no admiten una prueba postulada, como porque la califican como inútil, los recurrentes han considerado que la vulneración alegada se centra en que, a su entender, se les impidió invocar una circunstancia de la pena privilegiada, la del error de prohibición vencible, figura prevista en dos normas del Código Penal: los artículos 14º, último párrafo, y 21º[17]. Este Colegiado debe insistir en que no es objeto de la presente sentencia señalar si, en efecto, el error de prohibición se encontraba debidamente acreditado en autos, sino tan sólo determinar si la omisión de consentir el recibo de determinadas testimoniales constituye una vulneración del derecho a la prueba.

Ahora bien, lo que buscaron atacar los propios actores con esta postulación probatoria, según ellos mismos afirman, era el establecimiento de su inculpabilidad. Este principio, si bien no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución (de forma tácita se presenta en el artículo 2º, inciso 24, acápite e), se trata de uno implícito que limita la potestad punitiva del Estado.

La esencia de la culpabilidad no reside (...), sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto (...). El principio de culpabilidad determina las siguientes consecuencias: (...) Se debe reconocer el error sobre los hechos y, al menos, sobre la antijuricidad (....)[18].

Asimismo, este Tribunal concuerda con la doctrina cuando se señala que:

> (...) Conforme a la naturaleza de la culpabilidad –y de la inculpabilidad– la evitabilidad de la falta de comprensión de la criminalidad de la conducta debe valorarse siempre en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades[19].

---

14. Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria Corte Suprema en el proceso de delito de violación a la intimidad. R.N. N.º 3301-04 (fs. 94 del Expediente).
15. Demanda de hábeas corpus (fs. 20 del Expediente).
16. Sentencia de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima en el proceso de hábeas corpus (fs. 231b del Expediente).
17. Demanda de hábeas corpus (fs. 38 del Expediente).
18. Bacigalupo, Enrique. Derecho penal – Parte General. Lima, Ara, 2004. p. 160
19. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho penal – Parte General. 2ª ed. Buenos Aires, Ediar, 2002. p. 728.

Independientemente de la postulada conexión entre error de prohibición y culpabilidad (por no ser materia de un proceso constitucional), este Tribunal buscará contrastar si los dos actos aducidos por el recurrente para sustentar la violación de la prueba en el proceso penal vulneran el derecho constitucional a la defensa alegada por los recurrentes.

§3. Elementos de análisis respecto a la prueba ofrecida

21. Una de las manifestaciones del derecho a probar se encuentra en la presentación de testigos, figura que es totalmente aplicable al caso concreto.

Tal como claramente lo ha expresado el artículo 14º, inciso 3, acápite e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (posteriormente reproducido en el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la persona acusada tendrá derecho, en plena igualdad, durante todo el proceso:

A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Sin embargo, como todo derecho, éste tampoco es ilimitado o irrestricto, sino que debe estar sujeto a las propias líneas divisorias que en la normatividad se desarrollan. Pero, ¿qué se ha dicho respecto a la postulación probatoria en el proceso penal sumario, como es el caso de autos?

Para llegar a una respuesta adecuada, es necesario conciliar lo que el ordenamiento jurídico estima necesario para proteger el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba y los hechos existentes en el caso sometido a control constitucional. Para cumplir este objetivo, surgen diversas aristas que pasamos a explicar a continuación.

3.a. Eficacia de la prueba

22. Su importancia radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su conservación y su valoración.

El Tribunal Constitucional español (la N.º 33/1992), en una sentencia atinente concretamente a la denegación de medios probatorios, ha señalado que:

> (...) es indiscutible la existencia de una relación entre denegación indebida de pruebas e indefensión, pero no existe indefensión de relevancia constitucional cuando aun existiendo alguna irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, bien porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas rechazadas o bien porque quede acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo en todo caso proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Tal como se puede observar, para que la que prueba ofrecida por un inculpado tenga un grado de eficacia tal que pueda ser admitida en un proceso, debe presentar elementos de juicio irrebatibles a la luz de la responsabilidad penal atribuida.

23. Como premisa básica, la presentación de testimoniales por parte de los querellados resulta ser una prueba inútil. Ella en sí misma no permite establecer la existencia o inexistencia del hecho que se pretende probar o verificar con su ofrecimiento o actuación, que es, finalmente, la capacidad de reacción normativa y la internalización de la norma por parte del sujeto.

Justamente, se ha señalado que la prueba del error de prohibición versa:

> (...) sobre si el sujeto es responsable de la ausencia de motivación conforme a derecho (...). A esa conclusión difícilmente puede llegarse a partir de una prueba directa distinta de las propias manifestaciones del acusado, de modo que si el propio sujeto invoca error, sólo una manifiesta contradicción a partir de máximas de experiencia puede hacer decaer su propia declaración al respecto (...)[20].

En el presente caso, como se ha podido establecer, la parte demandante pretendió acreditar que incurrió en error de prohibición con la postulación de un medio probatorio que parece no cumplir con el nivel de validez exigido. En realidad, la actuación de las testimoniales no hubiera llegado a asegurar la existencia del error de prohibición. Lo único que se hubiera llegado a expresar es el hecho de que el asesor legal externo de Frecuencia Latina y también el asesor legal interno emitieron un informe favorable, pero no que hubo un error subjetivo de apreciación al momento de cometer el delito.

24. En este sentido, es ilógico que se planteen como medio probatorio, la declaración de testigos, si bastaba con presentar un informe escrito sobre el tema requerido. Para probar realmente la existencia de un estudio jurídico previo sobre la materia (sobre si la prostitución clandestina estaba o no tutelada por el derecho a la vida privada), no era preciso mostrar declaraciones, sino, por el contrario, mostrar documentos.

Durante la audiencia pública realizada en la sede de este Tribunal, se formuló a los recurrentes una pregunta al respecto; ¿por qué era necesaria la declaración de dos personas: el asesor legal y el representante del canal, si bastaba con haber presentado el informe externo? La respuesta reflejaba su indecisión sobre este aspecto:

> Por lo siguiente, primero no había un informe escrito, no existía un informe escrito, por eso es que se ofrece la prueba testimonial y lo que se iba a testimoniar en ese momento es que antes de la difusión de ese video, se consulta a estos profesionales y olvidaba un tercer testimonio que es incluso el administrador del canal de ese entonces. Entonces, esta es la prueba que se ofrece al momento de la declaración de instructiva que tranquilamente se pudo haber admitido su actuación y de repente en la valoración no creerle, pero, el problema señor vocal es que no se admite la prueba, no se señala la razón de su no admisión, ni siquiera se notifica y, en la Corte Suprema se dice, no sea admitida porque no tenía la razón, eso me parece que lesiona frontalmente el derecho a probar[21].

No es creíble la versión planteada por el abogado de los demandantes respecto a que tanto el abogado externo como el interno presentaron informes, pero solamente verbales. En un proceso judicial no es consistente una argumentación como la vertida. Asumir esta posición coadyuva a considerar adecuada la respuesta de la judicatura respecto a la postulación probatoria denegada.

25. Un último punto al respecto. El delito por el que fueron sentenciados los recurrentes en la querella por delito contra la intimidad, está prescrito claramente en el artículo 154º del Código Penal:

---

20. Perez del Valle, Carlos. *Estudios sobre la independencia judicial y el proceso penal*. Lima, Grijley, 2005. pp. 164, ss.

21. Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

> El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista. Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.

En tal configuración, el delito no sólo se restringe a la responsabilidad por captar imágenes, sino que avanza hasta la difusión de las mismas. Fue en cuanto a la difusión que los recurrentes solicitaron los informes respectivos, pero también fluye de autos que respecto a captar imágenes no hubo informe alguno que supuestamente lo autorice. Es decir, así se hubiese comprobado la existencia de un informe, ello no hubiera podido exculpar o disminuir la responsabilidad de los querellados respecto al momento en que se preparó y se filmó el acto sexual de la querellante.

3.b. Momento de postulación de la prueba

26. Para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad. Ante ello, este Tribunal considera necesario efectuar un análisis de la presunta vulneración del derecho a la prueba respecto de los presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido.

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos.

En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos[22].

En tal sentido, es imperioso que se realice un análisis de cuál es el rol que cumple el medio probatorio, ya que así se podrá determinar, entre otras cosas, si el momento en que fue postulado era el que correspondía según las normas procesales sobre la materia.

Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

- Pertinencia: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.
- Conducencia o idoneidad: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.
- Utilidad: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no

22. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Lima, Grijley, 2003, p. 817.

controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

- Licitud: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.
- Preclusión o eventualidad: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

A partir básicamente de esta última exigencia, corresponde analizar qué sucede en el caso nacional con relación a los plazos en las solicitudes probatorias.

27. Según el proceso establecido en el Código de Procedimientos Penales para el procesamiento de delitos que son objeto de persecución privada (artículos 302º y siguientes), en caso de no haber conciliación en la audiencia de comparendo, el juez examinará al querellante, al querellado y a los testigos de ambas partes, en la forma que el propio Código indica.

Asimismo, es de observarse que, conforme al artículo 303º del Código de Procedimientos Penales, la documentación existente, así como los testigos y peritos que hubiere, serán examinados en la misma audiencia conjuntamente con las partes:

> El juez instructor citará al querellado mediante cédula, expresando en ella el delito que se le imputa, el nombre de los testigos ofrecidos, el de los peritos nombrados, si los hubiere, y el día y hora en que deben comparecer juntos, querellante, querellado, testigos y peritos. Estos últimos, con su respectivo dictamen. En la misma cédula se expresará que el querellado tiene derecho para llevar hasta tres testigos que rectifiquen los hechos imputados, o demuestren la parcialidad de los testigos ofrecidos por el querellante, y si hay prueba pericial, un perito que discuta los dictámenes de los peritos judiciales o los presentados por el querellante. A esta cédula se acompañará una copia de la querella.

Como es de verse, la oportunidad para ofrecer testimoniales o cualquier otro medio probatorio en un procedimiento de querella es antes de la audiencia, ya que es en ella cuando tendrá lugar su actuación. Pero, ¿cuándo se presentó el medio probatorio en el proceso penal seguido contra los querellados?

28. Se ha alegado que la postulación se produjo cuando las instructivas fueron realizadas. De lo que se puede observar de ellas es que, básicamente, lo que los recurrentes señalan son datos necesarios para ejercer su derecho a la defensa. Nada más. En su declaración, los dos coinculpados coincidieron en señalar que:

> (...) luego de consultar con los asesores internos legales del canal encabezados por el doctor Leopoldo Valdez, quien a su vez realizó una inter consulta con el asesor legal externo del canal, el doctor Rolando Souza, luego de recibida la asesoría legal necesaria para evitar que violemos algún tipo de ley, decidimos emitir el informe[23].

23. Instructivas de Magaly Jesús Medina Vela, del 28 de enero de 2003 (fs. 62 del Expediente) y de Ney Edgardo Guerrero Orellana, del 28 de enero de 2003 (fs. 67 del Expediente).

Lo que se puede colegir de esta manifestación judicial no es que se esté ofreciendo medio probatorio alguno, sino tan sólo que se está relatando un hecho particularmente necesario para su defensa. No se puede concluir, de ninguna manera, en que a través de esta declaración los recurrentes –querellados, en su momento–, postularon un medio probatorio.

Situación distinta se advierte cuando se presentó un escrito ante el juzgador penal en el que sí, con claridad, se ofrece un medio probatorio:

Como acto probatorio de parte destinado a demostrar la verdad de los hechos que forman mi defensa material, aporto los siguientes medios probatorios: 1.- Medios probatorios: a) La declaración testimonial de don Emilio Leopoldo Valdez Castañeda (...) b) La declaración testimonial de don Mendel Percy Winter Zuzunaga (...). 2.- Significado probatorio del acto de defensa.- El objeto de los testimonios ofrecidos tiene por finalidad acreditar que dado el interés público de la investigación periodística que motivó la difusión del informe se decidió emitirlo al aire previa consulta con el apoderado especial del canal y abogados externos de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A.[24].

De esta forma se consolida la idea de que existe un medio probatorio ofrecido por los demandantes que debió ser observado por el juzgador penal recién a partir del 12 de mayo de 2003.

Entonces, pese a que, según la normatividad procesal penal, en el proceso penal de autos el plazo para postular medios probatorios (la comparecencia de testigos es uno de ellos) era antes de la audiencia realizada el día 28 de enero de 2003, recién se realizó el pedido casi cinco meses después. Del propio escrito de demanda fluye que los accionantes realizaron el ofrecimiento probatorio –cuya inadmisión y consiguiente imposibilidad de actuación se cuestiona– fuera del plazo establecido por ley, perdiendo así toda oportunidad para ofrecer dicho medio probatorio, ya que las testimoniales, de haber sido ofrecidas, debieron haber sido actuadas en la misma audiencia en la que el juez examinó a los querellados.

29. En conclusión, debe enfatizarse que, si bien ha de procurarse la rapidez y la prontitud para llegar a una resolución en todo proceso judicial, inclusive penal, y más aún en uno sumario, ello no puede desvirtuar la protección de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución). Todo acto de celeridad debe tener como propósito esencial el respeto del derecho a la tutela procesal efectiva. Tal sentido fluye de lo dispuesto por el artículo 125º del Código de Procedimientos Penales, el mismo que determina que si el inculpado invoca hechos o pruebas en su defensa, estos deben ser verificados por el juzgador en el plazo más breve.

El hecho que aducen los recurrentes no puede ser apreciado como una vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva en el ámbito relacionado con el derecho a probar. No puede haber violación de este derecho básicamente por dos motivos. En primer lugar, porque el medio probatorio fue postulado fuera de los plazos legales para hacerlo, por lo que era incorrecto que el juzgador lo aceptase. En segundo lugar porque, finalmente, el propio Poder Judicial, a través de la Corte Suprema, subsanó la deficiencia formal en que habían incurrido los juzgadores de primera y segunda instancia al no pronunciarse al respecto, considerando acertadamente que tal prueba era irrelevante.

24. Escrito N.º 25 de la defensa, recibido el 12 de mayo del 2003 (fs. 71, 72 del Expediente).

Por ello, es oportuno subrayar que lo pedido por los recurrentes no se inserta en el contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba, motivo por el que este extremo de la demanda se inserta en lo prescrito por el Código Procesal Constitucional en el artículo 5º, inciso 1, y debe ser declarado improcedente.

C. El Argumento de Defensa respecto al Ámbito de Protección del Bien Jurídico Intimidad

30. Además de aducir la violación del derecho a la prueba, los recurrentes refieren que, en el proceso penal seguido en su contra, se ha afectado su derecho a la defensa, precisando los siguientes motivos:

> Desde la fase de instrucción del proceso penal hemos alegado como argumento de defensa técnica la atipicidad del hecho por el que se nos atribuye ser autores de delito contra la intimidad, porque los actos de prostitución clandestina, por ser ilícitos, no se encuentran dentro del ámbito de protección del bien jurídico intimidad. Este argumento de defensa técnica no ha sido tratado o considerado en las sentencias dictadas en las 3 instancias de la causa penal (...)[25].

En la sentencia de primera instancia del proceso penal, el juzgador reseñó claramente cuál era la estrategia de defensa utilizada por la defensa de los recurrentes: que la prostitución clandestina, por constituir un ilícito administrativo, no se encuentra dentro de la esfera de la vida privada; y que la conducta realizada se encuentra justificada en la medida que los querellados actuaron en el ejercicio regular de la libertad de información[26]. Pese a tal reconocimiento, los ahora recurrentes alegan que la vulneración de la defensa técnica se produjo cuando se les impidió vindicar su acción, obstaculizando la comprobación de la existencia de la mencionada prostitución clandestina[27].

En consecuencia, lo que corresponde determinar en este punto de la sentencia es si los argumentos de defensa esgrimidos por los querellados del proceso penal debieron ser analizados obligatoriamente por el juzgador al momento de resolver, o si por el contrario, tenía éste la posibilidad de desconocerlos cuando redactó su sentencia.

§1. La defensa técnica como derecho

31. La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva.

Sobre su reconocimiento normativo, debemos remitirnos a la Constitución cuando reconoce en su artículo 139º, inciso 14, la existencia de

---

25. Demanda de hábeas corpus (fs. 43 del Expediente).
26. Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N.º 396-2001 (fs. 80 del Expediente).
27. Recurso de agravio constitucional en el proceso de hábeas corpus (fs. 250, 251 del Expediente).

> El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).

Los instrumentos internacionales ponen énfasis en ámbitos específicos del derecho a la defensa. El artículo 11º de la Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en que se aseguren a la persona todas las garantías necesarias para su defensa. A su vez, el artículo 14º, inciso 3, acápite «d» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera pertinente requerir una defensa no sólo realizada a título personal, sino también a través de un abogado. Por su parte, el artículo 8º, inciso 2, acápite c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede al inculpado el tiempo y medios convenientes para que prepare y realice su defensa.

32. Teniendo en cuenta tales dispositivos, conviene preguntarse cuándo se produce una violación del derecho de defensa. Ello ocurrirá cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega. Pero no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho.

A colación de lo expuesto, el Tribunal Constitucional español ha señalado, como parte de la Sentencia N.º 237/1999, que

> (...) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial (...) ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (...). Por ello hemos hablado siempre de indefensión 'material' y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. Puestas así las cosas en su punto final, parece claro que la omisión denunciada, podría ser reprochable en el plano de la legalidad y con efectos quizá en otros ámbitos, pero está desprovista de trascendencia constitucional para considerar enervada o debilitada la efectividad de la tutela judicial.

Por ende, queda claro que también corresponde determinar si lo que están alegando los demandantes se puede considerar como una forma de vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva.

33. Para comprobar la vulneración de la defensa técnica, los recurrentes solicitan que este Colegiado reexamine el criterio vertido por el órgano jurisdiccional respecto al carácter de la prostitución clandestina, presumiendo que sólo así se podrá determinar que no existe violación de la vida privada si existe un ilícito de por medio.

Ante ello, este Colegiado reitera el pleno respeto de la independencia judicial al momento de resolver, de modo que únicamente determinará si los juzgadores observaron, o no, los argumentos de defensa presentados. No se pronunciará ni emitirá reflexión alguna respecto a lo que decidió la Corte Suprema en este caso, puesto que ello implicaría que resuelva como una instancia judicial ordinaria.

Cabe resaltar que según el artículo 138º de la Constitución,

> La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (...).

Una norma de este tipo sólo puede significar respeto pleno de las resoluciones judiciales y que ningún otro órgano puede afectarlas, ni siquiera el Tribunal Constitucional,

a no ser que haya vulneración de algún derecho fundamental, situación en la cual la proscripción prevista en el segundo párrafo del artículo 139º, inciso 2 de la Norma Fundamental cedería ante la posibilidad de interponer una demanda de algún proceso constitucional, según lo permite el artículo 200º.

Ahora bien, a grandes rasgos y *prima facie*, lo que se advierte es que en las tres sentencias emitidas en el Poder Judicial sí se observaron los argumentos de defensa pero no se creyó conveniente asumirlos como válidos para resolver el caso. En cada una de las instancias, los juzgadores establecieron que era irrelevante averiguar la existencia de prostitución ilegal, pues ello no era objeto de juzgamiento, lo que en cierta forma ha terminado confirmando que en su criterio la vida privada de las personas no tiene relación alguna con la finalidad con la que realizan sus actos.

34. Pese a lo que se acaba de determinar, este Colegiado reseñará algunos parámetros constitucionales sobre los derechos que estuvieron en juego en el proceso judicial penal sometido a control constitucional, por ser ello necesario en virtud de la profilaxis interpretativa que corresponde al Tribunal Constitucional en su calidad de órgano supremo de interpretación de la Norma Fundamental (artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Ello no significa que se está volviendo a resolver sobre el caso del fondo, sino únicamente que se analizará la decisión judicial en el extremo planteado en la demanda, toda vez que sólo así se desvirtuará, o validará, la tesis esgrimida por los recurrentes, además de sentar las bases conceptuales para el estudio de derechos fundamentales poco desarrollados jurisprudencialmente.

Asimismo, se pondrá énfasis en que los jueces, como miembros partícipes del Estado, deben cumplir con las obligaciones que la propia Constitución reconoce en el artículo 44º: una de ellas referida a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Frente a ello, al ser el órgano de control de la Constitución, según lo previsto en el artículo 201º de la propia Norma Fundamental, este Tribunal está capacitado para resguardar el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

En los siguientes puntos, se tratará de insistir en el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a la información y a la vida privada, para que a partir de allí se pueda realizar un juicio de ponderación respecto al vídeo propalado en el programa Magaly TV. Gracias a este estudio, se determinará en el último extremo y dentro de los márgenes que impone la presente demanda de hábeas corpus, si hubo, o no, vulneración del derecho a la defensa técnica.

§2. La urgencia de definir los ámbitos de los derechos a la información y a la vida privada

35. Sólo se podrá analizar la supuesta afectación del derecho a la defensa de los recurrentes, si previamente se ubica correctamente el reconocimiento judicial de la existencia de prostitución en la relación entre derechos fundamentales de los querellados y la querellante.

Al respecto, los recurrentes buscaron ejercer, al momento de emitir el reportaje mencionado, su derecho a la información. Sin embargo, a partir de un inadecuado ejercicio de éste, el Poder Judicial determinó su responsabilidad por la afectación de la vida privada, toda vez que ésta aparece como un límite a tal derecho. Pero, ¿qué habrá de entenderse por derecho fundamental a la información? Constitucionalmente, se ha previsto que toda persona puede emitir las noticias que considere pertinentes, configurándose lo que se conoce como el derecho a la información. En tal sentido, en el artículo 2º, inciso

4, se ha admitido la existencia del derecho a la libertad de información. Además, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 19º, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 19º, inciso 2, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo IV, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13º, inciso 1, reconocen el derecho a la investigación, recepción y difusión de las informaciones.

Como todo derecho fundamental, la información posee un elemento constitutivo que le da sentido a su tutela constitucional, componente conocido como su contenido esencial, concepto cuyo desarrollo se puede encontrar en la sentencia del Expediente N.º 0050-2004-AI/TC y otros, donde se desarrolla una idea institucional del mismo. En el caso de la información, y tal como se ha desarrollado en la sentencia del Expediente N.º 0905-2004-AA/TC, su contenido esencial se encuentra en la veracidad de lo que se manifiesta, lo cual no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información.

Entonces, solamente se debió ingresar a analizar la afectación de la vida privada de la querellante si se comprobaba la veracidad de la información. Caso contrario, ni siquiera se podría mencionar la existencia de un ejercicio del derecho a la información. Si bien no hay dudas respecto a la autenticidad de las imágenes presentadas (nunca la querellada las criticó), la veracidad del reportaje emitido en el programa Magaly TV no se puede considerar una parte del derecho a la defensa, sino simplemente el cumplimiento de lo mínimo que se le podría exigir a un programa de índole periodística.

36. El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Sólo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia.

Es importante que en el ordenamiento internacional se haya determinado la existencia de límites a los derechos comunicativos. En tal sentido, tanto el artículo 19º, inciso 3, acápite a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 13º, inciso 3, acápite «a» de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisan que el ejercicio del derecho a la información 'entraña deberes y responsabilidades especiales', por lo que está sujeto a una restricción como es la de asegurar

(...) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

En el ámbito constitucional, se ha prescrito respecto al derecho a la información, como parte del artículo 2º, inciso 4, que los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social se encuentran tipificados en el Código Penal, sancionándose *ex post* la afectación a un derecho fundamental, y reconociéndose de manera explícita un límite externo en la vida privada.

De otro lado, sobre la base del principio interpretativo de la unidad de la Constitución, la vida privada de las personas aparecerá como límite al derecho a la información, en el sentido que el ejercicio de uno no podrá realizarse vulnerando el espacio del otro. Así, y tomando en cuenta su naturaleza de derecho-principio de ambos, se buscará la optimización de sus contenidos. Por ende, es imprescindible determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se

configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del *balancing* o ponderación.

37. La vida privada de las personas es un límite válido del derecho a la información. Por ello, corresponde fijar algunos contenidos básicos del primero de los derechos mencionados con el fin de controlar jurisdiccionalmente el segundo.

Lo importante de dotar de un contenido constitucionalmente protegido a la vida privada en el presente caso se centra en que los recurrentes aseveran que la violación a su derecho a la tutela procesal efectiva, en el sentido de derecho a la defensa técnica, se basa en una consideración equívoca. Debe determinarse, por tanto, si dentro del derecho a la vida privada se puede dejar de abrigar un ámbito como el de la prostitución clandestina, máxime si el Poder Judicial ya tomó una decisión clara y concreta, al considerar que sí la protege.

En primer lugar, es menester observar cómo ha sido reconocida en el ordenamiento jurídico. En la Constitución, como derecho-regla base se ha prescrito en el artículo 2º, inciso 7, que toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar. Además, existen otros dispositivos que siguen refiriéndose a este tema dentro del mismo artículo 2º: el impedimento de que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar (inciso 6); la inviolabilidad de domicilio (inciso 9); el secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados (inciso 10); entre otros. Y pese a que el desarrollo constitucional de la materia es disperso, lo cierto es que la Declaración Universal de Derechos Humanos le da cierta coherencia y unidad. Así, en el artículo 12º se sostiene que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, motivo por lo cual se expresa el derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques. Un planteamiento similar se puede encontrar en el artículo 17º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sobretodo incisos 2 y 3). Menos amplio es el reconocimiento mostrado en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que se restringe a señalar que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su vida privada y familiar.

Como se observa, existe disimilitud de conceptos entre la normatividad nacional e internacional, que por ello exige su reconducción hacia un criterio unitario, básicamente planteado a partir de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo V del Código Procesal Constitucional. Básicamente planteamos que el derecho-principio reconocido es la vida privada, y la intimidad, uno de sus derechos-regla.

38. Con respecto al bien jurídico tutelado en la Constitución, no cabe duda que la vida privada refleja uno de muy difícil comprensión, tanto así que algunos consideran que se trata de un concepto jurídico indeterminado. No obstante ello, juzgamos que es necesario plantearse sobre él un concepto inicial y preliminar.

Son diversas las posturas para explicar el significado de la vida privada. Algunas la conciben como aquella zona de la persona que no es pública, por lo que nadie debe tener acceso a ella. Sin embargo, más correcto es tratar de otorgar un sentido positivo. Así, sobre la base del *right to be alone* (derecho a estar en soledad)[28], se ha estimado apropiado afirmar que es el ámbito personal en el cual un ser humano tiene la capacidad de desarrollar y

28. WARREN, Samuel y Louis BRANDEIS. *El derecho a la intimidad (The Right to Privacy,* 1890). Madrid, Cívitas, 1995. pp. 24, ss.

fomentar libremente su personalidad. Por ende, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo y de un grupo reducido de personas, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño[29]. De esta forma se ha llegado a definirla, argumentando su faz positiva, como

> (...) el reducto de lo personal no encuentra su confín en la cárcel de la propia individualidad (...) sino que ella sirve de plataforma para la integración del ser humano con el círculo de ciertos allegados (especialmente a través de los lazos familiares), con un ambiente físico (el domicilio) y con el ambiente inmaterial de sus manifestaciones espirituales (la correspondencia, las comunicaciones de todo tipo, los papeles privados)[30].

En la jurisprudencia tampoco se ha rehusado la posibilidad de definir un concepto como éste. Este Colegiado ha señalado, a través de un fundamento de voto en la sentencia del Expediente N.º 0072-2004-AA/TC, que la vida privada implica necesariamente la posibilidad de excluir a los demás en la medida que protege un ámbito estrictamente personal, y que, como tal, resulta indispensable para la realización del ser humano, a través del libre desarrollo de su personalidad, de conformidad con el artículo 2º inciso 1 de la Constitución. De esta manera, no sólo se hace hincapié en un ámbito negativo de su configuración, sino también en el positivo.

Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso von Hannover c. Alemania (Application N.º 59320/00), del 2004, estableció que

> (...) la importancia fundamental de la protección de la vida privada desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad que tiene todo ser humano. Esa protección (...) se extiende más allá de círculo privado familiar e incluye también la dimensión social. El Tribunal considera que cualquier persona, aun si es conocida por el público, debe poder gozar de una 'legítima expectativa' de protección y respeto de su vida privada.

De ello se concluye que únicamente a través del reconocimiento de la vida privada la persona podrá crear una identidad propia, a fin de volcarse a la sociedad, toda vez que aquel dato y espacio espiritual del cual goza podrá permitírselo.

La vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El último de ellos tiene una protección superlativa dado que configura un elemento infranqueable de la existencia de una persona; la vida privada, por su parte, la engloba y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas, vinculándose inclusive con otros derechos como la inviolabilidad de domicilio, prevista en el artículo 2º, inciso 9 de la Norma Fundamental.

39. En el presente caso, el ámbito de la vida privada que estaría siendo objeto de violación es la intimidad personal, zona que también merece protección superlativa a tra-

29. FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia.* Buenos Aires, Editorial Universidad, 1982. p. 52.

30. ZAVALA DE GONZALES, Matilde. *El derecho a la intimidad.* Buenos Aires: Abeledo–Perrot, 1982. p. 82.

vés del tipo penal descrito en el artículo 154º del Código Penal. En ella, la persona puede realizar los actos que crea convenientes para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona ajena a los demás en que tiene uno derecho a impedir intrusiones y donde queda vedada toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre al margen y antes de lo social[31]. Como lo señala este Colegiado en su sentencia del Expediente N.º 1797-2002-HD/TC, es el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas.

De esta forma, la intimidad protegía todo acto dentro de un espacio personal de la querellante, como puede ser las relaciones sexuales que practique, con prescindencia de la motivación o la causa de dicho hecho. Queda claro, entonces, que su derecho a la vida privada sí protegía la posibilidad de evitar que otros se inmiscuyan y reproduzcan en un canal de televisión los actos sexuales que realizó. Sin embargo, esto no quiere decir que, si se presenta un ilícito, la investigación periodística que se realice no puede estar también protegida, haciendo disminuir la protección del contenido accidental del derecho a la vida privada de la persona. Pero, sobre la base objetiva del contenido esencial de cada uno de los derechos en juego (vida privada e información), se efectuará a continuación un análisis ponderativo para comprobar si la judicatura ordinaria analizó correctamente, o no, el medio de defensa utilizado por los querellados respecto a la existencia, o no, de prostitución clandestina.

§3. La ponderación entre la información y la vida privada

40. Si bien la relación existente entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred fredoms* al sistema constitucional, postura doctrinal que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales. Pero, de otro lado, también se manifiesta y se presencia una prevalencia de la información, basándose en el efecto irradiante que posee respecto al resto de derechos. Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución.

Por eso, lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Sólo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos).

3.a. La razonabilidad de la medida

41. La razonabilidad es un estándar de control de una acción que, como en el caso concreto, está referido a la emisión de imágenes respecto a los actos sexuales cometidos por la querellante con otro sujeto.

31. Carranza, Jorge A. *Los medios masivos de comunicación y el Derecho privado. Un problema contemporáneo: Los avances de la tecnología comunicacional sobre el individuo y la sociedad.* Buenos Aires, Lerner, 1975. p. 41.

Incluye, dentro de sí, tres juicios claramente establecidos: la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad, en cada uno de los cuales se debe dejar sentado si los argumentos de los recurrentes tienen, o no, sentido.

3.a.i. El juicio de adecuación

42. A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo. Este juicio aplicado a la relación entre información y vida privada permite determinar que sólo existirá una solución adecuada, si es que la noticia sobre la cual versa la información no desconoce el objetivo previsto en la Constitución en su artículo 1º (la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado) y que se materializa en la vigencia del respeto de los ámbitos de la vida privada de una persona, por más pública que ésta sea.

Por tanto, ¿es permisible que el derecho a la información pueda tocar temas tan sensibles como las relaciones sexuales de una persona, por más que haya estado en un supuesto de prostitución clandestina? Este Colegiado considera que no.

La sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso Lawrence c. Texas, del 2003 (se trata de un caso en que hubo una intervención estatal a un domicilio en el cual dos personas practicaban relaciones homosexuales), también está en la misma línea:

> La libertad protege a la persona de intrusiones gubernamentales arbitrarias en una vivienda u otro lugar privado (...). El derecho de la libertad se extiende más allá de los límites espaciales. La libertad supone una autonomía de la persona que incluye libertad de pensamiento, credo, expresión y cierta conducta íntima. El presente caso involucra la libertad de la persona tanto en su dimensión espacial como en sus más trascendentes dimensiones.

43. En el caso de autos, el reportaje emitido en el programa Magaly TV, tal como había sido propalado, no respetaba de ningún modo a la persona sobre la cual versaba el mismo. Como se puede apreciar de su transmisión, no existe la más mínima consideración por la querellante ni por su vida privada. Además, no se ha respetado la inviolabilidad de domicilio (artículo 2º, inciso 9 de la Constitución), derecho que protege también las actividades realizadas por una persona en la habitación un hotel.

Independientemente del fin con el que se realiza el reportaje, lo importante en este punto es analizar si con él se respetaban los valores y principios previstos en la Norma Fundamental: ni la democracia se veía favorecida con un reportaje de este tipo y menos aún la dignidad de la persona podría ser argüida como sustento jurídico del mismo. Nada productivo para el Estado democrático y constitucional de derecho se ha de conseguir con el vídeo sobre 'Las Prostivedettes', ni con la emisión de imágenes que muestran partes íntimas de la querellante, máxime si los medios de comunicación social están obligados a colaborar con el Estado en la educación y formación moral y cultural de la nación, tal como lo precisa el artículo 14º, *in fine*, de la Constitución.

Queda claro, entonces, que la utilización del argumento de la prostitución clandestina no ayudaba ni ahondaba en nada en el tema de la adecuación de la medida realizada por los demandantes.

3.a.ii.El juicio de necesidad

44. El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

Asumiendo este argumento, se ha señalado que la vida privada

> (...) es un derecho fundamental, razón por la cual las leyes que pretendan limitarlo han de contar con una muy sólida justificación. Deben ser necesarias para satisfacer un imperioso interés estatal[32].

Es relevante, por tanto, para evitar afectar la vida privada de una persona, que el ejercicio del derecho fundamental a la información se realice sin excesos. Y de otro lado, en pos de la optimización de cada derecho en juego, buscar que la medida utilizada permita el mejor desarrollo posible del derecho a la vida privada, tal como ha debido suceder en el presente caso.

45. La propia Corte Suprema, en el proceso penal seguido contra los demandantes, precisó que

> (...) en el caso materia de incriminación se evidencia una injerencia ilegítima a la intimidad, pues el reportaje televisado 'Las Prostivedettes' exhibe a Mónica Adaro Rueda manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino. Que filmaciones de tal naturaleza constituyen formas de cómo se puede penetrar y quebrantar las fronteras del entorno de la intimidad propia de cada persona, ya que evidentemente no era una información de interés público. Más reprobable y desvalorada resulta la conducta sub examen, al haber reconocido los propios sentenciados que provocaron el encuentro sexual instruyendo al llamado 'contacto' para que oficie de instigador[33].

Lo importante en un caso como éste es determinar si la propalación del reportaje en un canal televisivo de señal abierta era necesario para cumplir con el objetivo de informar, y si la forma en que éste se realizó se puede considerar como válida a partir de la búsqueda de protección de la vida privada de las personas. Por ello, este Colegiado se centrará en dos aspectos relevantes; el primero, relacionado con el tipo de imágenes emitidas y, el segundo, con la urgencia de descubrir una red de prostitución clandestina.

46. Un tema que vale la pena resaltar está referido al tipo de imágenes que el reportaje emitió. En primer lugar, debe tomarse en cuenta el momento en que se emitieron las imágenes: la transmisión se produjo a las nueve de la noche, horario en que se transmitía -y aún hoy se transmite- Magaly TV. En ese momento, ese horario era considerado ya de carácter familiar[34], y por lo tanto no era correcta la difusión de imágenes como las contenidas en 'Las Prostivedettes', máxime si, según el artículo 27º del Texto Único Ordenado de la Ley de

---

32. Schneider (*State interest analysis in Fourtenth amendment 'privacy' law*), cit. por Pablo Lucas Murillo de la Cueva. «El derecho a la intimidad». En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, año XLVIII, N.º 14 (ene. - mar. 1998). p. 92.

33. Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria Corte Suprema en el proceso de delito de violación a la intimidad. R.N. N.º 3301-04 (fs. 96 del Expediente).

34. Actualmente, en el artículo 40º de la Ley de Radio y Televisión, Ley N.º 28278, se señala que el horario familiar «(...) es el comprendido entre las 06:00 y 22:00 horas».

Telecomunicaciones, Decreto Supremo N.º 013-93-TCC, vigente en el momento en que se emitió el reportaje, se demandaba a los medios de radiodifusión que puedan

> (...) difundir una programación que mantenga los principios formativos que relieven la dignidad eminente de la persona humana y la defensa de la familia como célula básica de la sociedad, así como los demás valores que proclama la Constitución Política del Perú como factores de integración, de identidad nacional y de pacificación.

Nada de lo previsto en esa norma fue respetado en la emisión del reportaje. Es más, se debió evitar la difusión de imágenes que puedan afectar algún derecho de las personas, tal como ocurre cuando se cubre el rostro de alguien (el ejemplo más clásico de ello es cuando aparece un menor de edad, o también cuando testifica alguien que no desea ser reconocido), ya sea tanto con su consentimiento o sin él, cosa que tampoco ha ocurrido en el caso de la querellante. Un discurso visual requiere, además de veracidad, ser necesario para cumplir su objetivo.

47. En el caso de autos se ha dicho que el reportaje buscaba demostrar una red de prostitución en el vedettismo nacional, y que para ello era necesario mostrar a una bailarina, como era la querellante, justamente manteniendo relaciones sexuales sin autorización legal para hacerlo. Supongamos que estuviese permitida la filmación de la persona en la habitación de un hotel, tal como sucedió en este caso, ¿se faculta, aun así, que el medio de comunicación pueda mostrar las partes íntimas de la persona involucrada? En el vídeo presentado[35], se observa con claridad cómo la querellante se desnuda –sin saberlo– frente a la cámara, y son vistas sus partes más íntimas (zonas pudendas), sin que se busque evitar tal hecho. Las únicas imágenes cubiertas (a través de un cuadrado negro en la pantalla) fueron las del rostro de la persona que mantuvo relaciones con la querellante.

Queda claro, además, que no hubo consentimiento de la querellante para la filmación y menos para la difusión del vídeo del que fue parte, tal como se ha señalado *supra,* y esto hace aún más ilícito el reportaje.

48. Otro tema que se debe mencionar está relacionado con la ilegalidad aducida respecto a la prostitución no autorizada. He aquí el tema principal de la supuesta afectación del derecho a la defensa, pues se constituye como soporte del argumento presentado por los recurrentes en el proceso penal que se siguió en su contra, y que fue supuestamente desconocido por el juzgador.

Se considera, en el fondo, que los querellados actuaron de acuerdo a derecho, toda vez que presentaron un reportaje, haciendo uso de su derecho a la información, con el fin de descubrir una red de prostitución en la farándula limeña. Queda claro que la prostitución clandestina debe estar proscrita por ser un oficio no permitido en nuestro ordenamiento.

Al respecto, alegan los demandantes a través de su abogado, que la prostitución clandestina es un acto no aceptado en Derecho, por lo que habría que considerarlo como un ilícito o injusto administrativo[36]. Por ello, a su entender, debía analizarse en primer término si existía dicha red para que, en segundo lugar, se pueda desconocer una protección superlativa de la vida privada. Considera que le incumbió al juzgador averiguar si el ilícito aducido se había producido en la realidad, pues sólo así se hubiese protegido plenamente a los recurrentes.

---

35. Vídeo del programa (anexado al Expediente).

36. Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia pública del 17 de octubre de 2005).

Frente a ello, para justificar la irrelevancia penal del ejercicio de la prostitución clandestina de la querellante en la responsabilidad de los recurrentes en el delito contra la intimidad, el Procurador Público del Poder Judicial consideró pertinente afirmar que

> (...) el juez penal, en una extensa sentencia que consta en autos, ha señalado lo siguiente: 'No importa, que lo que realizó la señora Adaro en aquel cuarto de hotel, sea un acto de prostitución o no, no importa que haya estado libando licor con el señor Arancibia o que hayan estado jugando a las escondidas porque no es materia del proceso penal, lo que importa es que existió una violación flagrante de su derecho a la intimidad[37].

Por ende, la discusión en sede constitucional debe restringirse a determinar si era importante que el juez analice la aducida prostitución clandestina, y concluir en si ello comportaba dejar de proteger la vida privada de las personas.

En realidad, ¿qué implica la actividad de la prostitución clandestina? Su ejercicio está regulado básicamente a través de la Ordenanza N.º 141 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, Sobre Obligatoriedad de Portar Carné de Salud, la misma que señala en su artículo 6º que

> Las personas que ejerzan el meretricio y/o se desempeñen como acompañantes de baile en boites, clubes nocturnos, cabarets y similares, además del Carné de Salud, están obligadas a poseer un Certificado de Control Periódico epidemiológico, serológico y tebeciano, los cuales serán expedidos por la Autoridad Sanitaria Municipal por períodos quincenales, trimestrales y semestrales, según corresponda.

En caso de que no se cumplan estas exigencias, según el artículo 14º, la Dirección de Salud y Bienestar Social de la Municipalidad podrá sancionar inclusive con una multa a la persona infractora dedicada a tal actividad.

49. ¿Era o no relevante la comprobación de prostitución clandestina en el caso de autos? A criterio de este Colegiado, la existencia de este tipo de prostitución es un hecho que sí ameritaba ser conocido por la sociedad, máxime si a través de su conocimiento podría llegar a protegerse convenientemente la salud en tanto derecho social previsto en el artículo 7º de la Constitución.

Pero una cosa es que se llegue a informar sobre la supuesta red de prostitución existente y otra muy distinta que se vulnere ilícitamente los derechos fundamentales de las personas, en este caso el derecho a la vida privada. Es necesario informar, pero no traspasar los límites externos de la vida privada. Bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado democrático y social de derecho, que una cámara se introduzca subrepticiamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo. Con la propia transmisión del mensaje (desnudo), se ha terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo (presumible prostitución clandestina).

Por ser irrelevante analizar el fin del reportaje (ilícito administrativo manifestado), no puede considerarse superado el juicio de necesidad en el caso planteado, pues lo único claro

37. Declaración del Procurador Público del Poder Judicial (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

del vídeo emitido es que éste terminó afectando el derecho fundamental a la vida privada de la querellante.

Lo que también debe tenerse en consideración es que un periodista no es fiscal o juez para, en su investigación, calificar figuras delictivas y, sobre la base de ello, afectar derechos fundamentales ilícitamente. Lo que le corresponde hacer en tal caso es dar cuenta al Ministerio Público o al Poder Judicial, para que estos actúen de acuerdo a sus competencias.

3.a.iii. El juicio de proporcionalidad

50. A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.

En el caso de la relación entre vida privada e información, se procura que ambos derechos tengan la mayor efectividad posible, y que uno y otro sean protegidos de una manera adecuada, máxime si ha habido circunstancias que demuestran la desproporcionalidad del reportaje emitido.

Según este juicio, quizás hubiese bastado, para concretar el propósito del reportaje, que éste mostrase a la persona teniendo relaciones sexuales, pero es excesivo y exagerado haber presentado públicamente (a través de un medio de comunicación social) el cuerpo desnudo de la querellante. Es decir, en este caso era irrelevante saber si había, o no, prostitución clandestina. La violación de la vida privada se concretaba con la emisión de imágenes como las del vídeo.

51. En este tema, resulta particularmente llamativa la actuación realizada por los querellados en la comisión del delito de violación de la intimidad, pues demuestra el poco interés mostrado en la protección del derecho a la vida privada de la víctima.

Así, debe constar cómo los propios inculpados del proceso penal, ahora demandantes en el proceso constitucional, propiciaron la comisión del ilícito administrativo, el cual, a su vez, es alegado ahora como parte de su derecho a la defensa. Ellos mismos pusieron a la persona que tuvo relaciones sexuales con la querellante, tal como la propia recurrente lo relata:

> (...) como parte de una investigación periodística y debido a que habían muchos indicios que señalaban que la prostitución clandestina se había enquistado entre las vedettes de nuestro medio (...) decidimos averiguar qué tan ciertos eran estos indicios. Fue así que después de una larga investigación llegamos hasta una proxeneta conocida con el nombre de 'Corín', quien aseguró tener entre las mujeres que ella ofrecía vedettes conocidas de la televisión, fue así que luego de llamar a la persona que se hizo pasar como cliente logramos comprobar en la investigación que la vedette Yesabella y Mónica Adaro se dedicaban a la prostitución clandestina (...)[38].

De ello se advierte la intencionalidad de los propios querellados para que las imágenes sean captadas, pues colocaron una cámara de filmación de manera oculta (y pese a que la querellada la buscó, no la encontró, tal como se observa en el vídeo del programa[39]),

38. Instructiva de Magaly Jesús Medina Vela, del 28 de enero de 2003 (fs. 62 del Expediente). Lo mismo fue señalado por el otro coinculpado [Instructiva de Ney Edgardo Guerrero Orellana, del 28 de enero de 2003 (fs. 67 del Expediente)].

39. Vídeo del Programa (anexado al Expediente).

y enviaron una persona para que contacte intencionalmente a la bailarina que querían descubrir. Como se puede ver, los recurrentes nunca tuvieron interés alguno en proteger la vida privada de la víctima, ni en poner a conocimiento de la autoridad policial o fiscal supuestos ilícitos penales (o administrativos), sino propalar un reportaje sobre un tema reservado para las investigaciones de las autoridades públicas –o en todo caso, presumir tal ilícito–. De esta forma, y tal como el mismo abogado de los demandantes lo reconoce[40], hubo afectación del principio de proporcionalidad en el reportaje realizado.

3.b. El desarrollo colectivo en la medida

52. Luego de concluir con el análisis de la ponderación según parámetros genéricos, debe efectuarse un examen desde el punto de visto específico.

En cuanto a la relación entre los derechos a la información y a la vida privada, debe insistirse en la correspondencia existente en derecho entre lo público y lo privado. Una buena muestra de esta distinción se constata en el Constitucionalismo Histórico nacional. Así, el artículo 20º de la Norma Fundamental de 1867 consideraba que no existía responsabilidad de la prensa cuando los asuntos eran de interés general, situación que variaba completamente cuando mediaba un interés privado, o como ella misma denominaba, 'publicaciones sobre asuntos personales'.

En conclusión, debe establecerse cuándo se está realmente frente a un 'discurso público', teniendo en cuenta que este incluye un desarrollo colectivo de la sociedad. Este tipo de discursos

> (...) está en la base de una serie de distinciones (...): asuntos de interés público (*matters of public interest*) por oposición a los que no la tienen, intimidad (*privacy*), figuras públicas y simples particulares (*public figures, private persons*)[41].

En el análisis de la validez del derecho a la información o a la vida privada se tendrá como característica esencial e imprescindible su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad. Sólo de este forma podrá ser entendido el interés público en una información vertida por los medios de comunicación social. Este desarrollo colectivo se materializa en dos ámbitos: uno subjetivo (proyección pública) y otro objetivo (interés del público).

3.b.i. El juicio de proyección pública

53. Un primer aspecto respecto a la formación de la opinión pública por intermedio de la información vertida por los recurrentes se refiere a la validez de la proyección pública en el caso concreto. Se asume que el grado de conocimiento de la población respecto a ciertos personajes conocidos hace que la protección de su vida privada puede verse reducida.

En el caso concreto, por lo tanto, se aduce la proyección pública de la querellante para justificar la intromisión en su vida privada. Para justificar ello, el abogado defensor de los demandantes señala que

40. Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005): considera desproporcional la actuación de sus defendidos.

41. Análisis del proyecto de Meiklejohn, rec. por Pablo Salvador Coderch. *El mercado de las ideas*. Madrid, CEC, 1990. p. 28.

Magaly Medina es la principal exponente de la prensa chicha televisiva y (...) la prensa no convencional tiene dos temáticas fundamentales, que son los dos arquetipos de la sociedad cuantitativamente más importantes de este país (...). Entonces, dentro de esa sociedad, los dos arquetipos fundamentales son la vedette y el futbolista (...). De lo que acontece es esto, para el público y la temática que había estaba dentro del formato del canal, si ésa es la idea, dentro del formato del programa estaba la temática»[42].

Frente a tal aseveración, en el proceso penal que se les siguió por violación a la intimidad, el juzgador señaló que

> (...) aun cuando admitamos de manera forzada que la agraviada Mónica Adaro es líder o corriente de opinión en nuestro país, justo es señalar que las revelaciones hechas sobre ella nada tienen que ver con la actividad por la cual es públicamente conocida: su labor como cantante y bailarina (...)[43].

Con dos posiciones encontradas como las que mostramos, corresponde formular algunas precisiones sobre lo que puede aseverarse con relación al juicio de proyección pública y su relación con los derechos fundamentales involucrados.

54. Cuando un suceso involucra a una persona conocida por todos, existe una mayor preocupación del resto de gente en saber sobre ella o conocer lo que los otros opinan sobre la misma. No es que haya una protección desigual con respecto a su vida privada, sino que simplemente se está reconociendo una diferenciación.

Pero, ¿por qué brindarle mayor protección las personas sin proyección pública frente a los que sí la tienen? Para responder a esta interrogante se impone un análisis tanto de la importancia de sus actividades como de su posibilidad de respuesta ante un ataque desmedido, toda vez que el acceso que tienen a los medios de comunicación social es mucho mayor que el que de los particulares.

Lo que también es cierto es que existen diversos tipos de personas con proyección pública, cada una de las cuales cuenta con un nivel de protección disímil. Según el grado de influencia en la sociedad, se pueden proponer tres grupos de acuerdo con el propósito de su actuación:

- Personas cuya presencia social es gravitante: Determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular.
- Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad: Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama.
- Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad: Sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos.

Como se puede dar uno cuenta, la querellante y uno de los querellados se insertan en el segundo grupo de personas con proyección pública.

---

42. Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

43. Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N.º 396-2001 (fs. 82 del Expediente).

55. Lo que queda por dilucidar en el caso es si era relevante para determinar la intromisión de la vida privada de la persona el hecho de que ella era una bailarina conocida, y si es que para tal propósito se requería averiguar la existencia de prostitución clandestina.

En un caso de Jurisprudencia Comparada, se publicaron en un semanario diversos artículos titulados 'Mi vida' como si la propia artista, protagonista de estas historias, los hubiese escrito, lo cual era falso. Por ello, se señaló en la Corte de Apelaciones de París, en el caso de Marlene Dietrich, que

> (...) las vedettes están protegidas por los mismos principios (generales), y no corresponde hacer una excepción en lo que a ellas concierne, bajo el pretexto espacioso de que ellas buscan una publicidad indispensable a su celebridad.

Entonces, las personas que se dedican al vedettismo también gozan de la protección de su derecho a la vida privada, y más aún de su intimidad, por más proyección pública que realicen de sus actividades. Es inaceptable, por ello, que en el caso de autos se asevere, o se deje sentado, que porque la querellante era una persona pública, podía vulnerarse o transgredirse su derecho a la vida privada, y exponerla gratuitamente a un fútil escrutinio de la comunidad.

3.b.ii. El juicio de interés del público

56. El segundo gran tema respecto al desarrollo colectivo está referido a los asuntos que merecen una atención especializada de la sociedad. En él se demuestra cómo una persona puede terminar informando un asunto que imperiosamente merece ser conocido por los demás, y que ello justifica alguna intromisión de la vida privada de alguien. Ello tampoco ha de impedir la protección de los derechos de los afectados, sino simplemente la disminución de los límites externos de uno de ellos.

Respecto a la filmación realizada, se afirma que ésta versaba sobre una cuestión de interés general, lo cual justificaría la posibilidad de invadir la esfera personal de la querellante, pues

> (...) debido a que era un tema de interés público, había que demostrar la penetración de la prostitución en el ambiente artístico y al espectáculo ya que muchas personas utilizan los medios de comunicación como artistas y finalmente no lo son, dejando en claro que el fin fue hacer conocer un hecho de interés público[44].

Por tanto, corresponde ahora analizar qué se entiende por juicio del interés del público, pues solamente a partir de ello se podrá determinar si el juzgador estuvo acertado en no tomar en consideración una defensa técnica como la referida a la prostitución clandestina de la querellante.

57. El criterio en mención está en relación directa con la formación de la opinión pública. Lo público es una garantía de respeto a lo privado si se asume el rol del Estado, pero no debe olvidarse que la sociedad se preocupa también del respeto de sus miembros y de evitar la invasión de los ámbitos personales.

De esta forma, no se puede argüir como válida, por más interés del público que exista, una intromisión ilegítima en el ámbito privado de las personas, ya que al medio de comunicación social

---

44. Instructiva de Ney Edgardo Guerrero Orellana, del 28 de enero de 2003 (fs. 67 del Expediente).

> (...) sólo le corresponde protección en el tratamiento de cuestiones que afecten lo público. Pero la prensa pierde la protección jurídicamente reforzada de su función política cuando injustificadamente penetra en la esfera puramente privada para exponer, sin interés público, la vida privada de las personas o a una discusión que dañe su honor»[45].

Para determinar correctamente la formación de la opinión pública, se ha considerado pertinente observarla desde un doble punto de vista. Normativamente, se protege exclusivamente el discurso cuya importancia implica una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva, en clara referencia a las materias relevantes para el proceso democrático de autogobierno. Descriptivamente, es el discurso que interesa a una parte del público o a todo él en el sentido de presentarse, en el ámbito ético-político, como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes y necesidad ajenas, y, de forma jurídica, como un compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material.

58. No debe confundirse interés del público con mera curiosidad. Es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieran saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano fisgoneo.

Este Colegiado ha reconocido la importancia del derecho a la información, pero en estrecha vinculación con su rol democrático, cosa inexistente cuando se está ante un acto de curiosidad. Lejos de él, su protección debería disminuir. Hablando de la expresión y la información, se ha señalado, en la sentencia del Expediente N.º 0905-2001-AA/TC, que

> (...) ellas no constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. También se encuentra estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública.

De otro lado, en un caso de Jurisprudencia Comparada (Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, Causa 1985-B-114, Caso Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida), el juzgador afirmó que si bien es cierto que es de interés público conocer la salud de un político célebre, no lo es menos que dicho interés no justifica invadir su vida privada ni tampoco difundir las fotos de dicha persona en estado agonizante.

Asimismo, en el ámbito internacional, se ha dejado sentado claramente qué significa el interés del público referido a la toma de imágenes relacionada con la vida privada de las personas. Este criterio marca claramente el límite del derecho a la información. Así, en el ya nombrado caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Von Hannover c. Alemania (Application N.º 59320/00), del 2004, se estableció lo siguiente:

> (...) el Tribunal considera que la publicación de fotos y artículos en cuestión, respecto de las cuales el único propósito era satisfacer la curiosidad de un sector particular de lectores de conocer los detalles de la vida privada de la demandante, no puede ser con-

45. SCHEUNER (*Pressfreiheit*), cit. por Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA. «La libertad de expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 11, N.º 32. p. 107.

siderado o juzgado como contributivo al debate alguno de interés general para la sociedad a pesar que la demandante sea conocida públicamente (...). Estas fotos fueron tomadas –sin el conocimiento o consentimiento de la demandante– y el hostigamiento sufrido por muchas figuras públicas en su vida diaria no pueden ser completamente desestimados (...). Además, el Tribunal considera que el público no tiene un legítimo interés de saber dónde se encuentra la demandante y cómo ella actúa o se desenvuelve generalmente en su vida privada, aunque ella aparezca en lugares que no siempre puedan ser descritos como aislados y pese al hecho que ella sea muy conocida públicamente.

Por tal razón, cuando una información no cumple un fin democrático y se convierte en un malsano entrometimiento que afecta el derecho a la vida privada de un tercero, el grado de protección del primer derecho fundamental habrá de verse distendido, sobretodo si se afecta la protección de la dignidad de las personas, establecida en el artículo 1º de la Constitución.

59. Regresando al caso concreto, la existencia de prostitución clandestina no puede ser considerada como un dato periodístico que revista el carácter de interés público. Mejor dicho, tal reconocimiento no puede ser usado en el proceso penal llevado a cabo contra los querellados como una noticia de interés público.

Quizás la proscripción de la prostitución clandestina en aras de proteger la defensa de la salud pública, prevista en el artículo 7º de la Constitución, puede ser materia de control mediático, pero la utilización de imágenes que exponen partes íntimas de la querellada no puede considerarse como válida porque no aporta nada a la investigación realizada. No contribuye al desarrollo de la sociedad peruana saber que una o dos bailarinas se hayan dedicado al meretricio. Y sí es más bien indefendible y refutable plenamente que se exponga no sólo el cuerpo desnudo de una persona pública, sino que se la muestre manteniendo relaciones sexuales, con el objeto de alegar un interés del público en una noticia de este tipo. Interés del público no es, ni puede ser, sinónimo de fisgoneo, impertinencia o curiosidad. El elemento objetivo de una noticia difundida a través de un programa de farándula no puede ser admitido en un Estado democrático y social de derecho que desea proteger realmente los derechos fundamentales de la persona.

De lo expuesto, por más trascendente que sea para la sociedad la investigación sobre la prostitución clandestina en el país, no justifica de ningún modo la vulneración de la vida privada de una persona. Coincidimos en que es innecesario un análisis judicial, pese a lo que alegan los recurrentes, respecto a la existencia de la prostitución clandestina. En primer lugar, porque era excesivo realizar indagación alguna sobre ella, puesto que la vulneración del derecho a la vida privada de la querellante se sustentaba en la emisión de imágenes que no tenían valor constitucional con el supuesto fin del reportaje de Magaly TV. Y, en segundo lugar, porque someter a estudio judicial esta materia no correspondía a la sede penal en la cual se llevaba a cabo el proceso por violación de la intimidad.

60. Un análisis ponderativo, tanto de los criterios genéricos como de los específicos, de los dos derechos en relación, lleva a la conclusión de que la defensa técnica de los recurrentes realizada en el marco del proceso penal que se siguió en su contra no ha sido afectada de forma alguna. Ahora sí se puede señalar que todo ha sido llevado de manera regular en el ámbito judicial.

Si bien es aceptable que una persona pueda informar sobre un asunto como es la prostitución clandestina, no puede ser válido que ello se realice presentando uno o dos casos (pues también se presentó otro vídeo de similares connotaciones), a través de la transmi-

sión de imágenes inútiles para la investigación periodística. Se puede decir que los demandantes buscaron ejercitar su derecho a la información, cumpliendo con el respeto a su contenido esencial de veracidad, pero el problema se encuentra en mantener incólume su contenido accidental. Justamente, el derecho a la vida privada es uno de los límites que posee el derecho a la información, y es precisamente este derecho el que protegía a la querellante. Ante tal circunstancia, era necesario determinar cuál era el contenido de cada uno de estos derechos.

Aparte de establecer que las sentencias judiciales cumplen con un test de razonabilidad, se debe convenir en que existen suficientes elementos de juicio para que el juzgador haya declarado la culpabilidad de los querellados. Para insistir en el carácter doloso de la actuación de los ahora demandantes, el juzgador de primera instancia señaló que, aparte de no contarse con el consentimiento de la querellada, las imágenes no sólo fueron transmitidas un solo día (31 de enero del 2000), sino también fueron reproducidas los días 2, 3, 4 y 7 de febrero del mismo año[46].

La reincidencia de la conductora de televisión con respecto a la vulneración de los derechos de la bailarina fue justificada por uno de los demandantes:

> (...) sí volvimos a propalar algunos extractos del vídeo original debido a que la vedette Mónica Adaro declaró públicamente que la persona con la que había sido grabada era su pareja sentimental, declaró que no había recibido dinero, declaró que el video era una trampa entre otras acusaciones sin sentido por lo que nos vimos obligados a responderle con imágenes que hablan más que las palabras. Estas acusaciones públicas, ella las hizo a través de sintonizados programas y en noticieros de la televisión, por lo tanto nos vimos obligados a responderle por el mismo medio[47].

Frente a ello, el juzgador de segunda instancia insistió correctamente en el dolo existente en la conducta de los querellados, precisando que con la reiteración de las imágenes se ha seguido penetrando de manera arbitraria en los ambientes íntimos de una persona, o en los acontecimientos íntimos de ésta[48].

Para los recurrentes, era elemental terminar favoreciendo a la información en virtud de la existencia de una supuesta red de prostitución clandestina, dato que fue revisado y analizado en sede judicial, aunque sin la acuciosidad que los recurrentes reclamaban. Sin embargo, tras realizar un examen ponderativo adecuado (con cinco juicios ampliamente explicados), queda claro que tal pedido es irrelevante a fin de resolver correctamente el caso concreto. Por tal razón, la demanda en este extremo es claramente infundada.

D. Efectos de la Presente Sentencia

61. Este Tribunal, en la resolución del caso, consideró indispensable e indefectible analizar detenidamente los argumentos vertidos por los recurrentes respecto a la violación del derecho a la defensa constitucionalmente recogida.

---

46. Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N.º 396-2001 (fs. 75 del Expediente).
47. Instructiva de Magaly Jesús Medina Vela, del 28 de enero de 2003 (fs. 63 del Expediente).
48. Sentencia de segunda instancia emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres. Exp. N.º 1836-03 (fs. 89, 90 del Expediente).

Este desarrollo expositivo no afecta la independencia judicial en la resolución de un caso en concreto, pues su fin exclusivo fue examinar la alegada vulneración de un derecho fundamental por parte de quienes acudieron a la vía del hábeas corpus.

Este Colegiado enfatiza en que el objetivo de este examen ha sido, y debe ser, estrictamente constitucional. Esta intervención tutelar del órgano de control, entonces, tuvo como propósito concordar la actuación de la magistratura con la protección de la persona. No ha habido intromisión, sino simplemente una búsqueda de compatibilizar dicha actuación jurisdiccional con los preceptos constitucionales.

62. Lo expuesto no obsta para que se llame la atención a los magistrados de primera y segunda instancia del proceso penal.

Las normas pertinentes del Código de Procedimientos Penales deben ser aplicadas al caso concreto y analizadas en su plenitud para ver si su inobservancia acarrea una responsabilidad de índole constitucional por parte de los demandados. Respecto a cómo debe responder el Poder Judicial ante un ofrecimiento de pruebas, se asevera que por más dificultades temporales de los juzgadores para resolver, siempre habrá de explicarse las razones para la que se llega a esta conclusión. Por ello, se debe reiterar la importancia de que el Poder Judicial responda ante los requerimientos de las partes de un proceso con la responsabilidad que dicha institución posee, y según el rol constitucional que se le ha asignado.

Finalmente, por más que en el extremo de la violación del derecho a la prueba se haya declarado improcedente la demanda, ello no justifica el modo como fue llevada a cabo la actuación judicial en este caso. Por eso, se requiere de los magistrados mayor compromiso con su actividad, en el sentido de dar respuesta (así sea negativa, como correspondió en este caso) dentro del plazo que corresponda, como derecho de todo justiciable. Esperamos que estos pedidos puedan, en siguientes oportunidades, ser contestados en el plazo debido.

63. De otro lado, del estudio de los actuados queda claro que la decisión del órgano jurisdiccional ha sido plenamente válida, y que el pedido de los recurrentes ante esta sede no sólo desatiende las resoluciones emitidas en sede judicial, sino que pretende que este Colegiado se constituya en una instancia más del proceso penal, procurando en la demanda de hábeas corpus inducir una supuesta actitud temeraria de parte de los magistrados emplazados.

En conclusión, este Colegiado comparte la posición de los demandados en el sentido de que los recurrentes pretenden desconocer una decisión judicial dictada con todas las garantías legales[49], y que la demanda es una mera maniobra mediática para eludir el cumplimiento de una resolución ejecutoriada que tiene la autoridad de cosa juzgada[50].

Este Tribunal reafirma que cualquiera de las resoluciones emitidas en un proceso judicial adquiere calidad de cosa juzgada, y que la judicatura constitucional sólo podrá intervenir cuando haya vulneración de los derechos fundamentales de los litigantes, cosa que no ha sucedido en el caso de autos.

---

49. Toma de declaración de vocal supremo Robinson Octavio Gonzales Campos (fs. 122 del Expediente).

50. Apersonamiento y absolución de traslado de la demanda de hábeas corpus por parte del Procurador Adjunto a cargo de los Asuntos Judiciales del Poder Judicial (fs. 160 del Expediente).

64. Por tal razón, este Colegiado considera necesario referir un tema que nos causó extrañeza al momento de analizar tanto el expediente de hábeas corpus como el penal. El asunto se refiere a que si bien se solicita la prueba testimonial, no se presenta a los dos abogados que supuestamente emitieron informe, sino simplemente a uno de ellos.

La duda de este Tribunal surgió cuando, a la hora de observar los escritos presentados por los recurrentes en la querella iniciada en su contra, el nombre del estudio al cual pertenece el abogado de los recurrentes incluye el apellido de quien precisamente es el abogado externo del canal, y que es esta persona la que no ha sido presentada como testigo. Así, respecto al informe interno, es lógico que se solicite la intervención del abogado interno de Frecuencia Latina, pues él lo debió haber elaborado. Sin embargo, respecto al informe externo, resulta extraño que se solicite interrogar al representante del canal, y que no se hubiese pedido la declaración del mencionado abogado externo.

Ante ello, en la audiencia pública le preguntamos explícitamente al abogado defensor si alguno de los letrados que realizaron los informes pertenecía a su estudio. La respuesta fue la siguiente:

> En esa época, no. Uno, sí; uno, no[51].

Lógicamente, se estaba aceptando que el abogado Souza era –y es– el socio del abogado Nakazaki, cuyo Estudio Jurídico es el que patrocina a los demandantes en la presente demanda de hábeas corpus. Según se puede observar, quienes promueven la emisión del reportaje sobre 'Las Prostivedettes', gracias a un informe externo, son los mismos que posteriormente patrocinan a los recurrentes en un proceso penal, y actualmente los respaldan jurídicamente en el proceso constitucional.

Inclusive, en el mismo proceso penal, utilizando los argumentos de la propia defensa, se pudo haber terminado investigando a dichos abogados (externo e interno) por una posible instigación en la comisión del delito de violación de la intimidad. Debemos recordar que, según alegan los propios recurrentes, estos cometieron el delito simplemente porque ambos abogados les señalaron que no existía un problema de legalidad en sus actos.

65. Según el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales tienen como fin la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona. En conjunción con ello, estos procesos deben ser desarrollados sobre la base de un principio como es la celeridad, tal como lo señala el artículo III del mismo cuerpo normativo. Sobre esta base, corresponde a este Colegiado tutelar los derechos a las personas en un tiempo adecuado. En un análisis objetivo de esta afirmación, queda claro que no podrá permitirse actuaciones procesales que lo único que buscan es, antes que proteger derechos, crear supuestos temerarios asentados en la irreflexión y osadía, con el único propósito, tal como se constata en el petitorio de la demanda, de demorar la conclusión final del proceso originario.

Por más tutelar que sea la función del Tribunal Constitucional, no puede permitirse que se utilice dispendiosa y maliciosamente los recursos procesales que tiene a su disposición cualquier justiciable, lo que a su vez, acarrea una desatención de otras causas que merecen atención, y que, por analizar casos como el planteado, deben esperar una respuesta más lenta de la que podría haberse realizado si es que no estuviesen permitidas actuacio-

51. Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia pública, del 17 de octubre de 2005).

nes como la realizada por los recurrentes. Al respecto, según el artículo 56º del Código Procesal Constitucional, se podrá condenar al pago de costas y costos al demandante cuando se incurra en manifiesta temeridad.

Si bien la norma está relacionada con los procesos de amparo, este Tribunal estima oportuna su utilización para el caso de autos, pues una interpretación extensiva coadyuvará a que los fines de los procesos constitucionales (proscripción de procesos no céleres) sean cumplidos. Este Colegiado considera, asimismo, que, para que haya una verdadera protección objetiva, y cuando las circunstancias así lo obliguen, es pertinente imponer multas, y no sólo para los demandados, sino cuando medie mala fe por parte de los demandantes.

Como se ha podido advertir, la actitud de los recurrentes ha sido plena y absolutamente irreflexiva. Varios hechos demuestran esta disposición a lo largo del proceso; entre otros, se pueden mencionar: presentar un pedido de inhibición cuando ello no procedía; reclamar el uso de los procesos constitucionales contra cualquier tipo de sentencia; dejar de presentar testigos; evitar relacionar la intervención de los miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional; presentar una demanda cuando se sabía perfectamente que iba a ser desestimada; pretender rectificar en sede constitucional lo que había sido ya perdido en la ordinaria. La realización de este tipo de actos ha contraído consecuencias negativas a este Colegiado, perturbando el cumplimiento adecuado de sus funciones constitucionales, motivo por lo cual se impone aplicar a los demandantes el pago de costos y costas del proceso, así como una multa (según el artículo 22º, su determinación es discrecional del juez) de veinte unidades de referencia procesal (20 URP).

66. Pese a que el pago se impone contra los recurrentes por una desestimación del petitorio de la demanda, de los datos presentados a lo largo del proceso seguido, este Colegiado ha advertido algunas cuestiones respecto a la práctica profesional de la defensa. Ésta, por principio, no amerita una utilización arbitraria de los medios procesales que el sistema jurídico provee, sino más bien comporta la necesidad de patrocinar convenientemente a los defendidos. Así, no es posible que los miembros de un estudio jurídico primero manifiesten a sus clientes que pueden realizar un acto porque no lo asumen como delito, cuando sí lo es; luego defenderlos en el proceso penal que se investiga por la comisión de tal acto; y, posteriormente, conducirlos hasta un proceso constitucional como modo de infundir esperanzas –muchas veces infundadas– a quienes confiaron en ellos.

La Norma Fundamental es muy clara cuando prescribe, en su artículo 103º, que no se puede amparar el abuso del derecho. La actuación inapropiada de un abogado defensor, más que beneficiar a sus defendidos, puede terminar impidiéndoles un adecuado patrocinio y protección jurídica, cuestión que, indudablemente, merece ser evaluada a la luz de la deontología forense en el país.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

1. Declarar ***IMPROCEDENTE*** la solicitud de inhibición del juez.

2. Declarar ***IMPROCEDENTE*** la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la prueba.

3. Declarar ***INFUNDADA*** la demanda de amparo de autos en el extremo que alega la violación del derecho a la defensa.

4. ***EXHORTAR*** a los magistrados del Poder Judicial mayor compromiso en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sobretodo en lo relativo a dar respuesta a los pedidos de los justiciables, por más infundados o improcedentes que estos sean.

5. Disponer la sanción a los recurrentes de la multa de 20 URP, imponiéndoseles el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable.

Publíquese y notifíquese.

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

Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 4587-2004-AA/TC

(Lima, 29 de noviembre de 2005)

EXP. N.º 4587-2004-AA/TC
LIMA
SANTIAGO MARTÍN RIVAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por Santigo Martín Rivas contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 6 de agosto de 2004, de fojas 69 del segundo cuaderno, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de amparo.

ANTECEDENTES

El recurrente interpone demanda de amparo con fecha 11 de agosto de 2003, y la dirige contra la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, solicitando se deje sin efecto las resoluciones de fechas 1 de junio y 4 de junio de 2001, mediante las cuales se anuló la resolución que confirma el sobreseimiento definitivo de los hechos investigados en la causa N.º. 494-94 (Barrios Altos), así como la que anula la resolución de sobreseimiento definitivo de la Sala de Guerra, por considerar que se viola sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, seguridad jurídica, cosa juzgada, debido proceso y la prohibición de revivir procesos fenecidos.

Alega que en el proceso penal (Exp. N.º. 494-94) que se le siguiera ante los tribunales militares por los delitos derivados de los hechos conocidos como Barrios Altos, la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar dictó, en julio de 1995, una resolución de sobreseimiento definitivo, al amparo del artículo 559º, inciso 3º, del Código de Justicia Militar. Refiere que una vez que dichos actuados se elevaron a la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante resolución de fecha 26 de julio de 1995, ésta confirmó dicha resolución, alcanzando el carácter de cosa juzgada. Sostiene que, pese a que en dicha resolución no se hizo aplicación de las leyes de amnistía (N.os 26479 y 26492) y, por tanto, que no le alcanza los efectos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos, posteriormente, con fecha 4 de junio

de 2001, la misma Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar declaró nula aquella resolución y se inhibió del conocimiento de la causa a favor del fuero común, violando de esa forma la cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica.

Con fecha 21 de agosto de 2003, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente, *in límine*, la demanda, tras considerar que la resolución que se cuestiona se dictó con el propósito de cumplir la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que mediante el amparo no se puede cuestionar lo resuelto por un organismo supranacional de protección de los derechos humanos.

La recurrida, por su parte, confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se deje sin efecto las resoluciones de fecha 1 de junio de 2001 y 4 de junio de 2001, expedidas por la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, mediante las cuales se anuló la resolución que confirma el sobreseimiento definitivo de los hechos investigados en la causa N.º. 494-94 (Barrios Altos) por considerar el actor que se viola sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, tutela jurisdiccional, cosa juzgada, seguridad jurídica y la prohibición de revivir procesos fenecidos.

§2. Aspectos formales

2.1. Rechazo liminar de la demanda

Apreciación de las instancias judiciales ordinarias

2. Tanto la resolución recurrida como, en su momento, la apelada, liminarmente declararon improcedente la demanda tras considerar que la resolución que se cuestiona se dictó con el propósito de cumplir la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos y que mediante el amparo no se puede cuestionar lo resuelto por un organismo supranacional de protección de los derechos humanos.

Apreciación del demandante

3. Al interponerse el recurso de agravio constitucional, el recurrente ha sostenido que el objeto de su demanda es obtener una resolución que se pronuncie en torno a si, en el caso de autos, se lesionó la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada y, por tanto, el derecho a la cosa juzgada.

Frente a lo afirmado por la recurrida, ha sostenido que

> «(...) en el caso que dio origen a la presente Acción de Amparo; no se trata de una simple irregularidad sino de una agresión al derecho constitucional»[1].

En ese sentido, aduce que su

> «(...) acción está basada en el artículo 5 de la Ley N.º. 23506, el cual dispone que las acciones de garantía son pertinentes si una autoridad judicial emite una resolución, o cualquier disposición que lesione un derecho constitucional; como es de su conocimiento, el suscrito está pidiendo el respeto de la Cosa Juzgada prevista en el Art.

1. Escrito de 3 de noviembre de 2004, folios 81 del segundo cuaderno.

139º inciso 13, derecho que viene siendo vulnerado mediante diversas resoluciones judiciales.[2]»

3. Posteriormente, con fecha 9 de junio de 2005, el recurrente presentó ante este Tribunal copias de las STC 2492-2003-AA/TC y 0410-2003-AA/TC, indicando que ambas

«(...) admiten a trámite las demandas de Acción de Amparo cuyo fundamento es el respeto `al principio de la Cosa Juzgada y el *ne bis in ídem´*, tal y como se trata en la acción de amparo interpuesta por el suscrito.[3]»

Apreciación del representante de la entidad emplazada

4. Por su parte, el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar ha sostenido que mediante el proceso constitucional de amparo, el recurrente aspira

«(...) imponer un criterio personal para no ser juzgado en el fuero competente que en su caso es el Ordinario, y no como pretende el de ser juzgado en el Fuero Militar, por todo esto, clara y meridiamente se concluye que las Ejecutorias Supremas cuestionadas por el accionante tienen la razón y el sustento legal ordenados por una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...), por lo que dichas Ejecutorias ahora cuestionadas, se han dado teniéndose a bien todas las garantías procesales y con la observancia a las normas y leyes establecidas para la materia. De lo que se deduce, es que el accionante pretende vía Acción de Amparo, la revisión de resoluciones firmes dictadas dentro de un proceso regular y con la observancia legal y expedida por un órgano jurisdiccional competente, cuya autonomía está plenamente garantizada por la Constitución Política.[4]»

Apreciaciones del Tribunal Constitucional

5. El artículo 14º de la Ley N.º. 25398, aplicado por las instancias judiciales precedentes para rechazar liminarmente la demanda, disponía que

«Cuando la acción de garantía resultase manifiestamente improcedente por las causales señaladas en los artículos 6 y 37 de la Ley, el juez puede rechazar de plano la acción incoada (...)».

A su vez, el artículo 23 de la misma Ley N.º. 25398, establecía que:

«Cuando la Acción de Amparo resulte manifiestamente improcedente por la causal señalada en el Artículo 27 de la Ley y no fueran aplicables las excepciones del Artículo 28 de la Ley, el juez denegará de plano la acción».

6. La doctrina sentada por este Tribunal en torno a los alcances de dichas disposiciones, actualmente derogadas, esencialmente, era la de considerar que el rechazo liminar de una demanda se encontraba sujeto al principio de legalidad, de manera que sólo podía efectuarse por cualquiera de las causales establecidas en los artículos 6, 27 y 37 de la Ley N.º. 23506.

2. Escrito de 3 de noviembre de 2004, folios 82 del segundo cuaderno.
3. Escrito de 9 de junio de 2005, folios 3, del cuaderno del Tribunal Constitucional.
4. Escrito de fecha 6 de agosto de 2004, a folios 49 del segundo cuaderno.

7. A su vez, tratándose de la causal establecida en el inciso 2) del artículo 6º de la Ley N.º. 23506, según el cual

«No proceden las acciones de garantía:

(...)

2) Contra resolución judicial o arbitral emanadas de proceso regular»,

la jurisprudencia de este Tribunal era uniforme en exigir que ésta se aplicase sólo en aquellos casos donde la pretensión resultaba «manifiestamente» improcedente, ya sea porque los hechos y la pretensión no estaban referidos a un derecho directamente reconocido en la Constitución o porque era notoriamente manifiesto que mediante el amparo se pretendía que el juez constitucional se superponga y sustituya al juez ordinario en el ejercicio de sus competencias.

8. En todos los demás casos, y particularmente en aquellos donde se había alegado la violación de un derecho fundamental de orden procesal, este Tribunal fue de la opinión que el supuesto de «manifiesta improcedencia» de la demanda, como supuesto para el rechazo liminar, era una cuestión que sólo podía determinarse con un pronunciamiento sobre el fondo, lo que presuponía, como es obvio, la admisión de la demanda, así como la realización de un mínimo de debate en torno a la lesividad o no del acto reclamado.

Así, por ejemplo, en la STC 0757-2004-PA/TC sostuvimos que

> «(...) es necesario hacer una primera precisión respecto del rechazo liminar dictado por las instancias precedentes, en cuanto a que toda pretensión que cuestione la regularidad de un proceso judicial requiere, necesariamente, la admisión a trámite de la demanda y su correspondiente traslado a los emplazados, con el objeto de que estos expliquen las razones que habrían motivado la supuesta agresión, así como la actuación de todos los medios probatorios que coadyuven a verificar la regularidad de la actuación jurisdiccional (...)» (Fund. Jur. N.º. 3).

9. Dicho criterio, por cierto, ha sido acogido por el artículo 47º del Código Procesal Constitucional, el mismo que, si bien ahora no contempla explícitamente la hipótesis del rechazo liminar de la demanda dirigida a impugnar resoluciones judiciales, sin embargo, establece que:

> «Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarará así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del presente Código (...)».

10. Una revisión de los supuestos contemplados en el artículo 5º del Código Procesal Constitucional, al que reenvía su artículo 47º, permite constatar que, si bien ya no existe una disposición semejante al inciso 2) del artículo 6º de la Ley N.º 23506, sin embargo, esto no quiere decir que no pueda rechazarse liminarmente un amparo cuando se impugna una resolución judicial, puesto que el supuesto para declararlo ahora se encuentra previsto en el inciso 1) del artículo 5º del referido Código Procesal Constitucional[5].

---

5. Complementado por el artículo 38º del mismo Código Procesal Constitucional, en cuanto establece que:

> «No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo».

En efecto, el juez podrá declarar liminarmente improcedente una demanda de amparo contra una resolución judicial, ya sea cuando de una evaluación de los hechos y el petitorio se infiera que éstos no están referidos a un derecho reconocido en la Ley Fundamental, o cuando habiéndose alegado la lesión de un derecho constitucional procesal, sin embargo, es evidente que el acto reclamado no incide sobre el ámbito constitucionalmente protegido del mismo.

11. En el caso, si bien el recurrente, en diversos escritos, ha expresado diversos juicios de valor en torno a la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos –y ello podría interpretarse como que mediante el presente amparo se está cuestionando la sentencia de dicho órgano supranacional–, lo cierto es que se tratan de apreciaciones formuladas colateralmente a su pretensión, que no es otra que denunciar que los órganos de la jurisdicción militar lesionaron diversos derechos fundamentales tras la aplicación de dicha sentencia de la Corte Interamericana a su caso.

En efecto, en el petitorio de la demanda, el recurrente expresó:

> «Interpongo Acción de Amparo contra las resoluciones emitidas por la demandada anulando su Resolución que confirma (el) sobreseimiento definitivo que alcanzó el carácter de cosa juzgada en la causa N.º. 494-94 (Barrios Altos) del 01 de junio 2001 y contra la resolución del 04 junio 2001 que anula la resolución de sobreseimiento definitivo de la Sala de Guerra (...)»[6].

12. Por tanto, no encontrándose en discusión la validez de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino las resoluciones emitidas por los órganos emplazados, la demanda debió admitirse y, en su momento, resolverse mediante una sentencia de fondo.

Dado que no se ha hecho así, la cuestión que ahora es preciso esclarecer es si, pese a ello, podemos dictar una sentencia sobre el fondo; o, por el contrario, si tal rechazo liminar debe llevar a este Tribunal a declarar la nulidad de todo lo actuado y ordenar que se admita la demanda.

2.2. Competencia para expedir una sentencia de fondo

13. Frente a casos como el que ahora nos toca decidir, esto es, si pese al rechazo liminar de la demanda este Tribunal podría (o no) dictar una sentencia sobre el fondo, nuestra jurisprudencia es constante, uniforme y consolidada.

14. Si hemos de atenernos a la diferencia que formuláramos en la STC 0569-2003-AC/TC, entre actos procesales defectuosos, inválidos y nulos[7], la aplicación del segundo

---

6. Escrito de demanda, de 11 de agosto de 2003, folios 136 del primer cuaderno.

7. «(...) Los actos defectuosos son aquellos que se realizan sin que concurran todos los presupuestos, requisitos y condiciones que determinan su admisibilidad, pero que no generan afectación de principios o de derechos procesales constitucionales de relevancia y, por ese hecho, son inocuos. Por su parte, los actos inválidos son aquellos que se realizan incumpliendo los requisitos y condiciones que la ley prevé, dando lugar, a su vez, a la afectación de derechos o principios constitucionales, pero que, sin embargo, pueden ser subsanados o reparados por sí mismos, o eventualmente por medio de la intervención del juez (Binder Alberto. *El incumplimiento de las formas procesales*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2000. Pág. 96). Finalmente, los actos nulos son aquellos que, habiendo

párrafo del artículo 20º del Código Procesal Constitucional y, por tanto, la anulación de todo lo actuado tras un indebido rechazo liminar de la demanda sólo podría decretarse tratándose de la eventual formulación de un acto nulo; entendiéndolo como aquel

> «(...) que, habiendo comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados»[8]

15. Desde esta perspectiva, la declaración de invalidez de todo lo actuado sólo es procedente en aquellos casos en los que el vicio procesal pudiera afectar derechos constitucionales de alguno de los sujetos que participan en el proceso. En particular, del emplazado con la demanda, cuya intervención y defensa pueda haber quedado frustrada como consecuencia precisamente del rechazo liminar.

16. Tal construcción jurisprudencial, realizada incluso antes de que entrara en vigencia el Código Procesal Constitucional, se ha sustentado en diferentes principios propios a la naturaleza y fines de los procesos constitucionales y, particularmente, en los de a)economía, b)informalidad y c)la naturaleza objetiva de los procesos de tutela de derechos fundamentales.

17. a) Por lo que hace al principio de economía procesal, tenemos dicho que si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante todo el tiempo transcurrido.

Con ello, no sólo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes.

18. b) Por lo que hace al principio de informalidad, este Tribunal tiene dicho que si en el caso existen todos los elementos como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, éste se expedirá respetándose el derecho de las partes a ser oídas por un juez o tribunal,

> «en la sustanciación de cualquier acusación penal, formulada contra ella[s], o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter»[9],

entonces, una declaración de nulidad de todo lo actuado, por el sólo hecho de servir a la ley, y no porque se justifique en la protección de algún bien constitucionalmente relevante, devendría en un exceso de ritualismo procesal incompatible con el «(...) logro de los fines de los procesos constitucionales», como ahora establece el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

19. c) Finalmente, y no en menor medida, el rechazo liminar de la demanda tampoco ha impedido que este Tribunal, después de percatarse que los derechos de las partes hayan quedado salvados, expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la controversia era de notoria trascendencia nacional y, por tanto, de alcances que trascendían al caso concreto.

20. Así por ejemplo, en la STC 4549-2004-PC/TC, donde después de advertirse lo innecesario que resultaría declarar la nulidad de todo lo actuado, tras el impertinente re-

---

comprometido seriamente derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados» STC 0569-2003-AC/TC, Fund. Jur. N.º 4.

8. STC 0569-2003-AC/TC, Fund. Jur. N.º 4.

9. Artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

chazo liminar de la demanda, el Tribunal afirmó que su competencia para expedir sentencias sobre el fondo obedecía a

> «(...) la necesidad de pronunciamiento inmediato justificada en la particular naturaleza de los hechos discutidos en el presente proceso, los que por otra parte y dado que revisten importancia e incidencia en el ordenamiento, precisan ser abordados de manera prioritaria por este Tribunal en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución» (Fund. Jur. N.º. 2).

21. En el caso, como se ha expuesto antes, los jueces de las instancias precedentes debieron admitir la demanda. Y, si bien no lo hicieron, una evaluación de los actuados evidencia:

a) en primer lugar, que existen todos los recaudos necesarios como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo; y,

b) en segundo lugar, que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa de los emplazados, quienes fueron notificados[10], y si bien no participaron directamente, sí lo hicieron mediante el procurador público encargado de los asuntos judiciales de la Justicia Militar[11].

c) por último, es innegable la importancia y trascendencia del caso por las cuestiones que el conlleva, particularmente en lo relativo al cumplimiento de sentencias expedidas por órganos internacionales en materia de derechos humanos y su incidencia en la comprensión y delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser objeto de una doble persecución penal.

Por tanto, este Tribunal es competente para resolver el fondo del asunto.

§3. Aspectos de fondo

3.1. Alegación de violación del derecho de igualdad en la aplicación de la ley

22. El recurrente ha alegado la lesión del derecho de igualdad[12]. Sin embargo, no ha expresado concretamente las razones por las cuales dicho derecho habría sido lesionado, ni acreditado la existencia de un *tertium comparationis* a partir del cual este Tribunal pueda determinar que el tratamiento realizado con él, al no tener justificación, afecte el derecho alegado.

En efecto, en la STC 0031-2004-AI/TC, este Tribunal sostuvo que

> «(...) para plantear un supuesto de tratamiento discriminatorio basado en la diferencia de personas es preciso que se proponga un *tertium comparationis* válido, esto es, un término de comparación que sea suficiente y adecuado, a partir del cual sea posible constatar que, ante situaciones fácticas iguales, uno de los sujetos de la relación ha sufrido un trato diferente, sin mediar razones objetivas y razonables que lo legitimen [STC N.os 0015-2002-AI; 0183-2002-AA/TC; 0552-2002-AA/TC, entre otras]»[13].

10. Cf. Oficio de 11 de junio de 2004, folios 44 del segundo cuaderno.
11. Escrito de 6 de agosto de 2004, folios 46 del segundo cuaderno.
12. Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 145.
13. Cf. también, STC 1337-2004-AA/TC, Fund. Jur. N.º 2 y STC 0435-2004-AA/TC, Fund. Jur. N.º 3.

No satisface dicha carencia que el recurrente, al exponer las razones por las cuales considera que se ha violado un derecho distinto (cosa juzgada), haya expresado que los órganos emplazados sí respetaran la autoridad de cosa juzgada de resoluciones dictadas en los casos «Loayza Tamayo», «El Frontón» y «La Cantuta»[14]. No sólo porque una afirmación como la contenida en la demanda no acredita la existencia del término de comparación que se exige en estos casos, sino también porque la exigencia de la referida acreditación no se satisface mediante la presentación de recortes periodísticos que hacen alusión al tema.

Por ello, el Tribunal es de la opinión que este extremo de la pretensión debe desestimarse.

3.2. Alegación de violación del derecho a la tutela jurisdiccional

Apreciación del demandante

23. A juicio del demandante, los actos practicados por los órganos de la jurisdicción militar lesionan su derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución.

Tal lesión se habría producido en la medida que este derecho

> «(...) no sólo comprende la admisión de demandas o denuncias sino además la protección de la parte durante todo el proceso y el cumplimiento de resoluciones que han alcanzado el carácter de cosa juzgada, por cuanto la tutela jurisdiccional significa la obligación que tiene el Estado de proteger al ciudadano en todo lo que la ley como derecho otorga»[15].

Apreciación del representante de los emplazados

24. El procurador público a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar ha sostenido que las resoluciones cuestionadas respetan el derecho alegado, puesto que fueron expedidas en

> «(...) razón y sustento legal ordenada por una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo internacional al que el Estado Peruano se encuentra circunscrito y cuyos efectos son de carácter vinculante y por ende de cumplimiento obligatorio, la misma que ordena al Perú investigar hechos para determinar a las personas responsables de violaciones de derechos humanos; por lo que, dichas Ejecutorias ahora cuestionadas, se han dado teniéndose a bien todas las garantías procesales y con la observancia a las normas y leyes establecidas para la materia.[16]»

Apreciaciones del Tribunal Constitucional

25. El Tribunal Constitucional constata que la alegación formulada por el recurrente en torno a la violación del derecho a la tutela jurisdiccional reproduce el mismo agravio que se expone en relación al derecho al respeto de la cosa juzgada.

---

14. Cf. también el agravio expresado al interponer el recurso extraordinario en el escrito de 3 de noviembre de 2004, a folios 81 del segundo cuaderno.
15. Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 146.
16. Escrito de 6 de agosto de 2004, del segundo cuaderno, folios 49-50.

En ese sentido, considera pertinente recordar su doctrina según la cual, en nuestro ordenamiento constitucional, la tutela jurisdiccional es un derecho «continente» que engloba, a su vez, 2 derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste

«(...) comprende el acceso a la justicia y el debido proceso (...)»

26. También tiene dicho este Tribunal que, al igual que lo que sucede con el derecho a la tutela jurisdiccional, el derecho al debido proceso es un derecho que tiene la propiedad de albergar en su seno una serie de derechos fundamentales de orden procesal.

Uno de esos derechos es el derecho a que no se revivan procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

27. Por tanto, el Tribunal es de la opinión que, en la medida que el derecho a la tutela jurisdiccional no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce como consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden, dentro del cual se encuentra el respeto de la cosa juzgada, un pronunciamiento sobre el fondo en relación a aquel derecho presupone, a su vez, uno en torno al derecho reconocido en el inciso 13 del artículo 139º de la Constitución.

De modo que la determinación de si el derecho a la tutela jurisdiccional resultó lesionado (o no) en el presente caso, habrá de reservarse para el momento en que nos pronunciemos sobre el derecho a no ser objeto de una doble persecución penal.

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

Apreciaciones del demandante

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

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

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

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

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

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

Recuerda que contra dichas leyes se interpuso una demanda de inconstitucionalidad, la misma que fue declarada improcedente por este Tribunal mediante sentencia de fecha 9 de mayo de 1997,

> «(...) alcanzando también esta resolución el carácter de cosa juzgada por imperio de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional[19]»

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

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

31. A su juicio, esta deliberada omisión,

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

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

33. No obstante que la resolución de sobreseimiento definitivo dictada en el proceso penal que se le abrió no se fundó en la aplicación de las leyes de amnistía, refiere que la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar

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

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

> «(...) fuera del procedimiento requerido para poder anular una resolución con carácter de Cosa Juzgada, que sólo procede por un Recurso de Revisión interpuesto por el condenado o cuando éste ha obtenido una resolución supranacional que protege uno de sus derechos, esto es, de conformidad con el artículo 29 literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referido a que nadie puede interpretar la Con-

19. Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 137.
20. Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 138.
21. Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 138.
22. Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 142.

vención en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes; la indicada Sala Revisora irregularmente se valió del uso de un procedimiento que cabe sólo para los casos citados líneas arriba, pero que no puede ser utilizado para anular una resolución con carácter de Cosa Juzgada, que no sólo no guardaba relación con el fallo del 14 de marzo-2001 emitido por la Corte Interamericana, sino que contiene un derecho adquirido como es la santidad de Cosa Juzgada.[23]»

Apreciaciones del representante de los emplazados

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

«(...) los hechos imputados (Caso Barrios Altos) y por el que se apertura en el Fuero Castrense, en contra del ahora accionante y otros fueron materia de Leyes de Gracia (amnistía), razón por la cual se dispuso el sobreseimiento de la Causa Militar en su contra y la de otros, pero conforme a la Sentencia de fecha 14 de marzo de 2001 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dichas normas de gracia, que motivaron el sobreseimiento de la Causa Militar en contra de los inculpados y que posteriormente fueron declarados nulos ya que eran contrarios e incompatibles a los dispositivos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que conforme a dicha sentencia Supranacional el Fuero Castrense se INHIBE a favor del Fuero Común que es el competente para conocer y juzgar los delitos imputados tanto al ahora accionante y otros»[24].

35. A su juicio,

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

Apreciaciones del Tribunal Constitucional

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

«Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
2) La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

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

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

23. Escrito de 11 de agosto de 2003, folios 145.
24. Escrito de 6 de agosto de 2004, folios 49.

> «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
> (...)
>
> 13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada».

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

39. La determinación de si una resolución que no constituye una sentencia definitiva (pero que ha puesto fin al proceso penal) se encuentra también garantizada por este derecho, a la luz de dichas disposiciones de derechos fundamentales, debe absolverse por este Tribunal en sentido afirmativo. No solamente porque en la dicción de dichas disposiciones se ha evitado circunscribir el ámbito de protección sólo al caso de las sentencias, y se ha comprendido también a los autos que ponen fin al proceso (al referirse, por ejemplo, a las resoluciones que importen el sobreseimiento definitivo de una causa)[25], sino también porque ese es el sentido interpretativo que se ha brindado a una disposición aparentemente más limitativa de su ámbito de protección, como puede ser el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por los órganos de protección de los derechos humanos en nuestra Región.

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

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

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

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

42. Del mismo criterio ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, en el Caso Loayza Tamayo (Sentencia del 17 de septiembre de 1997), consideró que

---

25. Cf. artículo 139º, inciso 13, de la Constitución.
26. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N.º 1/95 (Caso 11.006, Alan García Pérez c/ Perú).

el Estado peruano lesionó el derecho reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos al iniciar un proceso penal ante la jurisdicción ordinaria contra María Elena Loayza Tamayo, después de haberse sobreseido la causa ante un tribunal militar por un delito (traición a la patria) cuya conducta antijurídica era semejante a la que sirvió para abrirse el nuevo proceso penal en la jurisdicción ordinaria.

43. En tal ocasión, la Corte Interamericana consideró

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

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

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

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

Tras el criterio de interpretación de los derechos fundamentales conforme con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, este Tribunal tiene dicho que este último concepto no se restringe sólo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte (IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), sino que comprende también a la jurisprudencia que sobre esos instrumentos internacionales se pueda haber expedido por los órganos de protección de los derechos humanos (Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

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

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

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

cosa juzgada es la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona.

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

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

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

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

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

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

50. Entre tanto, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar ha sostenido que dicha decisión de anular la resolución que sobreseyó la causa seguida contra el recurrente, tiene como fundamento la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barrios Altos, de 14 de marzo de 2001, que dispuso que se dejara sin efecto las resoluciones judiciales donde se hayan aplicado las leyes de amnistía, de manera que no se habría producido una lesión del derecho a no ser juzgado dos o más veces por un mismo hecho[27].

51. A efectos de esclarecer si en el caso se lesionó el derecho del recurrente a no ser enjuiciado dos o más veces por un mismo hecho, este Tribunal debe advertir que, pese a que se ha alegado que las resoluciones que sobreseyeron la causa penal que se le siguiera al recurrente ante los tribunales militares no se dictaron en aplicación de las leyes de

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

amnistía N.os 26479 y 26492, sino como consecuencia de no habérsele encontrado responsabilidad penal, sin embargo, éstas no se han adjuntado como prueba anexa a la demanda por el demandante.

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

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

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

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

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

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

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

---

28. Anexo 1-C a la demanda, folios 5.
29. Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 3.
30. Copia de la Resolución de 4 de junio de 2001, folios 4.

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

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

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

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

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

> «(...) la Corte decidiera que hubo violación, por parte del Estado del Perú (en adelante «el Perú», «el Estado» o «el Estado peruano»), del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana, en perjuicio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, Luis Antonio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquiñigo, Odar Mender Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo».

56. Asimismo, que la Corte decidiera:

> «(...) que el Estado violó el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en perjuicio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvítez (...).
>
> «(...) que decidiera que el Estado peruano violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492. Finalmente, solicitó a la Corte que determinara que, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492 y de la violación a los derechos señalados, el Perú incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos».

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

internacional por los hechos descritos en el fundamento precedente[31], señalándose como parte de la agenda la consecución de

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

así como

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

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

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

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

> «(...) omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y de no haber sancionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas (...)»

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

> «38. Con base en las manifestaciones de las partes en la audiencia pública de 14 de marzo de 2001, y ante la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Perú, la Corte considera que ha cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso.
>
> 39. En consecuencia, la Corte tiene por admitidos los hechos a que se refiere el párrafo 2 de la presente sentencia. La Corte considera, además, que tal como fue expre-

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

samente reconocido por el Estado, éste incurrió en responsabilidad internacional por la violación del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana (...). Además, el Estado es responsable por la violación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492. Finalmente, es responsable por el incumplimiento de los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N.º 26479 y N.º 26492 y de la violación a los artículos de la Convención señalados anteriormente»[32].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

61. En opinión del Tribunal Constitucional, las obligaciones de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos por el caso «Barrios Altos» ordenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordinal 5 del fallo de la sentencia, no se circunscriben, como ha sido interpretado por el recurrente, sólo a

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

los supuestos contemplados en los ordinales 3 y 4 de dicho fallo; es decir, en relación a aquellas resoluciones judiciales que se dictaron aplicando las leyes de amnistía dejadas sin efecto. Comprende, también, al ordinal 2, en todos los aspectos que allí se desarrollan; esto es, la declaración de que el Estado peruano violó el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y las garantías y protección judiciales de las víctimas y sus familiares.

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

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

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

64. Ese también ha sido el criterio de la Sala Revisora del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 4 de junio de 2001, quien

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

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

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

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

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

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

a) El procesado debe haber sido condenado o absuelto;
b) La condena o absolución debe sustentarse en una resolución judicial firme;
c) La nueva persecución penal debe sustentarse en la infracción del mismo bien jurídico que motivó la primera resolución de absolución o condena[34].

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

«(...) los elementos constitutivos del principio, bajo la Convención, son:
1. el imputado debe haber sido absuelto;
2. la absolución debe haber sido el resultado de una sentencia firme; y
3. el nuevo juicio debe estar fundado en los mismos hechos que motivaron la sustanciación de la primera acción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Análisis del caso concreto

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

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

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

78. A juicio del Tribunal, existen numerosos elementos objetivos que demuestran que el juzgamiento realizado al recurrente por los delitos de lesa humanidad en el caso que

se ha venido en denominar «Barrios Altos», no tuvo el propósito de que realmente se le investigara y sancionara en forma efectiva.

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

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

> «(...) siendo una de las garantías fundamentales del debido proceso, la sustentación del proceso ante el `Juez Natural´, es decir, ante el órgano jurisdiccional del Estado, legítimamente constituido y competente para intervenir en el proceso de que se trate, de acuerdo a la legislación vigente, ello es una garantía para el justiciable, ya que a través de ella se propone asegurar la imparcialidad del juzgador e impedir que el recto curso de la justicia sea alterado; que, los hechos de `Barrios Altos´, por el tipo penal imputado, los agentes intervinientes y las circunstancias que rodearon su ejecución delictiva, corresponde su conocimiento, investigación y juzgamiento al Fuero Común y no al Privativo Militar como órgano jurisdiccional de excepción (...)[35]»

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

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

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

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

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

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

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

puesto que normas de esta naturaleza hacen

---

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

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

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

85. (iii) El retiro (nulo) de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hecha conocer a dicho órgano supranacional mediante la entrega de la Nota N.º. 5-9-M/49, de 24 de agosto de 2000, y que fuera aprobada por la también nula Resolución Legislativa de fecha 8 de julio de 1999.

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

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

87. Por ello, en la medida que dicha resolución de sobreseimiento carece de efectos jurídicos, el Tribunal Constitucional considera que la iniciación de un nuevo proceso penal, esta vez ante los órganos de la jurisdicción ordinaria, no viola el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho y, por tanto, el derecho a la cosa juzgada.

88. Finalmente, en mérito de las razones expuestas en los fundamentos precedentes, tampoco considera el Tribunal Constitucional que la iniciación de un nuevo proceso penal en el ámbito de la jurisdicción ordinaria pueda comprometer el derecho a la libertad del recurrente, tras haberse dictado allí (y hecho efectivo) un mandato de detención.

Al no encontrarse transgredida la libertad física como consecuencia de haberse dictado dicho mandato de detención, el régimen jurídico de la detención preventiva de la que es objeto el recurrente ha de sujetarse a la doctrina establecida por este Tribunal en la STC 2915-2004-HC/TC.

89. En dicho precedente sostuvimos que la eventual afectación del derecho al plazo razonable de la detención preventiva ha de determinarse en función no sólo a las características de dicha medida cautelar (excepcional y subsidiaria), sino en base a ciertos criterios, como son la actuación de los órganos judiciales, la complejidad del asunto así como la actividad procesal del detenido.

Por ello, entre otras cosas, en la referida STC 2915-2004-AA/TC dejamos establecido que la eventual ampliación del plazo de 36 meses contemplado en el artículo 137º del Código Procesal Penal

«(...) sólo podría tener fundamento en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta `complejidad del asunto´»

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

90. Dicha interpretación,

«(...) en base a la cual pueda prevalecer la razonabilidad de un plazo de detención dilatado, se desprende de una interpretación sistemática del mismo artículo 137º (del Código Procesal Penal), cuando en su sexto párrafo establece que `no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufriere dilaciones maliciosas imputables al inculpado o a su defensa».

De ahí que,

«(...) toda resolución judicial que pretenda prolongar el plazo de detención provisional por un periodo superior a 36 meses, debe encontrarse necesariamente motivada en causas suficientes y objetivamente atribuibles al procesado, so pena de vulnerar el derecho fundamental de toda persona a no ser sometida a detención provisional más allá de un plazo razonable»

91. De modo que el Tribunal considera no sólo que la emplazada (ni los órganos de la jurisdicción ordinaria) no vulneraron los derechos fundamentales de orden procesal que se han alegado con la demanda, sino tampoco la libertad personal del recurrente.

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

HA RESUELTO

Declarar ***INFUNDADA*** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.
ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

VOTO SINGULAR DEL DOCTOR JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Emito este voto singular con el debido respeto por la opinión vertida por el colegiado, por los fundamentos siguientes:

1. Considero inapropiada la argumentación del fundamento 21, en tanto y en cuanto se recusa en forma inapropiada el rechazo liminar en los procesos constitucionales, pero a la vez se ingresa al análisis del fondo de la materia controvertida para terminar por un pronunciamiento final de desestimación de las pretensiones propuestas (demanda) con el que precisamente se santifica el recusado rechazo liminar.

2. No obstante la recusación de la decisión ab initio a la que hago referencia precedentemente, se afirma en la ponencia (antecedente 4) que a pesar del rechazo in limine, la institución demandada, a través del Procurador Público encargado de la Justicia Militar, ha contestado la demanda en términos que se expresa, motivo por el cual al analizarse las

razones de dicha defensa se llega a conclusión que estaríamos admitiendo los fundamentos expuestos por las Instancias Inferiores en las resoluciones que se les recusa.

3. En todo caso, estando ante un proceso con cabal y efectivo contradictorio en temática respecto a la que nada podría agregarse, pues se trata propiamente de un conflicto con contenido de «puro derecho», ya que lo que se discute son los alcances de resoluciones de la justicia militar en el caso sub materia y su concordancia con el precedente emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la recusación del rechazo liminar y la decisión de fondo que desestima la demanda, considero que vienen a constituir posiciones implicantes.

SR.
JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Presentación



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año II, N.º 3, enero - junio, Lima, 2006

Análisis y Comentarios

- CÉSAR LANDA
  «Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal»
- ARSENIO ORÉ GUARDIA
  «Problemas de la aplicación de las medidas de coerción personal en el proceso penal peruano»
- CAMILO SUÁREZ LÓPEZ DE CASTILLA
  «¿De qué hablamos cuando hablamos de legalidad procesal penal? Un concepto nuevo en el proceso penal»

Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal peruano

CÉSAR LANDA
Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de Derecho constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con la colaboración de Jorge León.

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN. II. BASES CONSTITUCIONALES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO. *2.1. Tutela procesal efectiva. 2.2. Presunción de inocencia. 2.3. Principio de ne bis in ídem. 2.4. Rol del Ministerio Público. 2.5. Rol del Poder Judicial. 2.6. Principio de legalidad de las medidas limitativas de derechos. 2.7. Ley procesal penal: vigencia e interpretación. 2.8. Legitimidad de las pruebas. 2.9. Derecho de defensa. 2.10. Naturaleza de las normas del Título Preliminar.* III. CONCLUSIÓN.

I. PRESENTACIÓN

Los intentos de reforma del proceso penal en el Perú, en los últimos años, han fracasado por diversas razones. En primer lugar, por la falta de voluntad política para llevar adelante las modificaciones legales en la materia; en segundo término, por la falta de perspectiva en la implementación de dichas reformas. Se suma a ello, el hecho que la mayoría de los jueces todavía no han logrado superar su visión positivista del Derecho en general[1], con lo cual, todavía rezan el credo de que «el juez debe limitarse a la aplicación de la ley»[2].

De ahí que todavía persista, en nuestra cultura judicial, y en detrimento del principio de fuerza normativa de la Constitución, la renuencia a aceptar y aplicar los principios y disposiciones constitucionales, los cuales no son aplicables sólo a un determinado ámbito del ordenamiento jurídico, sino que son de alcance general.

Se ha olvidado, por tanto que en todo Estado constitucional democrático, la potestad de administrar justicia debe estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales; es decir, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce. Esto es así porque la Constitución, a partir del principio de supremacía constitucional,

1. LANDA, César. «Constitucionalismo y cultura judicial». En AA.VV. *Visión iberoamericana del tema constitucional*. Caracas: Fundación Manuel García Pelayo, 2003. pp. 303 y ss.
2. BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1987. p. 23.

sienta las bases constitucionales sobre los cuales se edifican las diversas instituciones del Estado; a su vez, dicho principio, exige que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico deben ser acordes con lo que la Constitución señala.

Es que el proceso judicial, en general, y el proceso penal, en particular, en nuestro medio, siempre ha sido analizado desde la perspectiva estrictamente procesal, soslayando, de esta manera, sus bases constitucionales. En tal sentido, es positivo que el nuevo Código Procesal Penal (en adelante CPP)[3], en su Título Preliminar, no haya hecho otra cosa que recoger los principios y derechos constitucionales que la Constitución prevé y que son de aplicación al proceso penal. Por ello, en este trabajo corresponde analizar las bases constitucionales que el nuevo CPP ha incorporado en su Título Preliminar en concordancia con la Constitución Política de 1993.

II. BASES CONSTITUCIONALES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

2.1. Tutela procesal efectiva

> «ARTÍCULO I. Justicia Penal.- 1. La justicia penal es gratuita, salvo el pago de las costas procesales establecidas conforme a este Código. Se imparte con imparcialidad por los órganos jurisdiccionales competentes y en un plazo razonable.
>
> 2. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral, público y contradictorio, desarrollado conforme a las normas de este Código.
>
> 3. Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código. Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan o dificulten su vigencia.
>
> 4. Las resoluciones son recurribles, en los casos y en el modo previsto por la Ley. Las sentencias o autos que ponen fin a la instancia son susceptibles de recurso de apelación.
>
> 5. El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales».

La Constitución de 1993, en su artículo 139º, establece determinados principios y derechos relacionados con la tutela procesal efectiva, que consiste en el derecho de toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales con el objeto de que pueda obtener un pronunciamiento (sentencia o auto) que resuelva una controversia de relevancia jurídica. Se deriva de este derecho

3. El nuevo Código Procesal Penal, promulgado mediante el Decreto Legislativo N.º 957, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 29 de julio de 2004.

fundamental, las siguientes exigencias[4]: 1) acceso a órganos propiamente judiciales; 2) prohibición de exclusión del conocimiento de las pretensiones en razón de su fundamento; 3) prohibición de impedir su acceso (principio del *favor actionis* o *pro actione*), el cual se manifiesta a través del respeto al debido proceso y el acceso a la justicia.

En concordancia con esta disposición constitucional, en el artículo I del nuevo Código Procesal Penal se puede identificar determinados principios y derechos relativos a la tutela jurisdiccional en el ámbito del proceso penal. El inciso 1, por ejemplo, relaciona el principio y derecho de la gratuidad de la administración de justicia y el principio de independencia de los órganos jurisdiccionales.

La tutela procesal efectiva, como hemos señalado, se manifiesta en el debido proceso y el acceso a la justicia. El derecho fundamental al debido proceso está reconocido en el artículo 139º-3 de la Constitución y su aplicación no sólo se circunscribe al ámbito judicial, sino que también alcanza a todo tipo de procesos y procedimientos de naturaleza distinta a la judicial[5].

En cuanto al contenido de este derecho fundamental cabe señalar que es amplio, porque no sólo se refiere a que, en el proceso penal, se respete el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional y el derecho de defensa del justiciable, sino que también se refiere a la igualdad procesal entre las partes, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, a obtener una resolución fundada en Derecho, a acceder a los medios impugnatorios, etc.

Por otro lado, el nuevo Código, en este artículo, también ha incorporado el *principio de igualdad* procesal, el cual se deriva del derecho fundamental del derecho a la igualdad (artículo 2º-2 de la Constitución), y consiste en que las partes en el proceso penal –que es el caso que ahora nos ocupa– se encuentren en condiciones paritarias y dispongan de los mismos instrumentos para hacer valer sus pretensiones en el proceso (*igualdad de armas*). Es decir, por este principio, las partes de un proceso deben tener «los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni a favor ni en contra de alguna de ellas»[6].

El nuevo Código ha reconocido, además, el derecho a la instancia plural (denominado también como derecho al recurso), que no es sino el derecho

4. GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid: Civitas, 2001, pp. 61 y ss.

5. LANDA, César. *Teoría del Derecho procesal constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2004. p. 196.

6. MONTERO AROCA, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional I. Parte General*. Valencia: tirant lo blanch, 9.a edición, 2000. p. 322

que tienen las partes del proceso de recurrir ante el órgano jurisdiccional de instancia superior, con el objeto de que revise una resolución judicial. Este derecho (enunciado en el artículo 139º-6 de la Constitución), implica, por lo demás, acceder a los recursos previstos por ley y la prohibición de exigir formalismos irrazonables en su concesión.

No obstante, es del caso añadir que el derecho a la instancia plural adquiere toda su fuerza en el ámbito penal, al proscribir la reforma peyorativa –*reformatio in peius*–; vale decir, la prohibición que la situación jurídica del recurrente se viese agravada como consecuencia de su propio recurso.[7]

Finalmente, este artículo también hace referencia al derecho a la indemnización frente al error judicial. No se trata de un mecanismo de subsanación, sino de un auténtico derecho que se encuentra reconocido en el inciso 7 del artículo 139º de la Constitución y, en particular, en el inciso 6) del artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho que tiene toda persona que haya sido objeto de error judicial en un proceso penal –y también ante una detención arbitraria–, para que sea indemnizada en la forma que la ley lo disponga[8].

2.2. Presunción de inocencia

> «ARTÍCULO II.- Presunción de inocencia.- 1. Toda persona imputada de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado.
>
> 2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido».

La presunción de inocencia que la Constitución consagra en el artículo 2º-24-e, en el ámbito constitucional, es un derecho fundamental, pero también un principio constitucional. En efecto, la *presunción de inocencia*, en el primer caso, es el derecho fundamental que asiste a toda persona a que sea considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

---

7. RAMOS MÉNDEZ, Francisco *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, Bosch Editor S.A., Barcelona, 1993, pp. 407 ss.

8. LANDA, César. «Los derechos humanos como fundamento constitucional del Derecho penal». En *Actualidad Jurídica*, Tomo, 100, marzo, Gaceta Jurídica, Lima, 2002. p. 48.

El fundamento de este principio es el *in dubio pro homine*, el mismo que está relacionado en tanto se reconoce que la defensa de la persona humana y de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado, según lo establece el artículo 1º de la Constitución, y que constituye la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico[9]. En el segundo caso, es decir, como principio, la presunción de inocencia es el fundamento del proceso penal del moderno Estado constitucional democrático, porque de él se derivan no sólo límites para el legislador, sino que también constituye un elemento importante de interpretación de las disposiciones[10].

Ahora, desde el punto de vista constitucional, el derecho fundamental a la presunción de inocencia tiene deferentes manifestaciones[11], a saber: 1) la carga de la prueba es responsabilidad de la parte acusadora, lo cual quiere decir, en otras palabras, que el inculpado no tiene la obligación de probar su inocencia; 2) la aplicación del principio *in dubio pro reo* recogido en el artículo 139º-11 de la Constitución, según el cual, el juez está obligado a la absolución del imputado debido a la ausencia de elementos probatorios que puedan enervar la presunción de inocencia; 3) en cuanto se presuma la inocencia del imputado, su detención será una circunstancia excepcional. En forma concordante con esta disposición constitucional, el artículo II del Título Preliminar del nuevo CPP.

Cabe decir, no obstante, que el principio a la presunción de inocencia no es absoluto, sino más bien relativo, pues la quiebra de dicho principio se produce cuando se demuestra la culpabilidad de la persona mediante una sentencia firme y debidamente motivada.

Por último, debemos resaltar un aporte importante del nuevo CPP, en lo que se refiere a la prohibición de las autoridades o funcionarios públicos de mostrar a una persona como culpable de un delito o brindar información de la cual se pueda colegir en ese mismo sentido.

Esto es especialmente relevante frente a la arraigada costumbre de las autoridades o funcionarios del Estado (congresistas, jueces, fiscales, policías) e incluso de los medios de comunicación de no respetar el principio-derecho a la presunción de inocencia.

9. LANDA. César. «Dignidad de la persona humana». En *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N.º 7, julio-diciembre, México D.F., 2002. p. 110.

10. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). *Derecho constitucional*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1999. pp. 214-215.

11. QUISPE FARFÁN, Fany. *El derecho a la presunción de inocencia*. Lima: Palestra Editores, 2001. pp. 42 y ss.

2.3. Principio de ne bis in ídem

> «ARTÍCULO III.- Interdicción de la persecución penal múltiple.- Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El Derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en algunos de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código».

El principio *ne bis in ídem* es un principio de naturaleza sustantiva y procesal. En un primer término, viene a configurarse como el derecho de la persona a no ser sancionada dos veces por un mismo hecho –delito, falta o infracción–, este es el *ne bis in ídem* sustantivo. De otro lado, se presenta como el derecho de la persona de no ser procesada, nuevamente, por un hecho que ya fue objeto de prosecución judicial, en este segundo supuesto estamos frente al *ne bis in ídem* procesal[12].

No obstante, debemos señalar que el principio *ne bis in ídem* está relacionado, estrechamente, con el principio de cosa juzgada, contenido en el artículo 139º-2 y 139º-13 de la Constitución. En efecto, el principio de cosa juzgada consiste en que el justiciable (agraviado y acusado) obtenga una resolución judicial firme, inmutable y; por lo tanto, oponible a cualquier pretensión análoga ulterior, siempre que ésta no haya vulnerado los derechos fundamentales de terceros. Por ello, en última instancia, sólo la cosa juzgada material –no la formal– es la que otorga seguridad jurídica a los fallos judiciales.

Este principio ha sido acogido por el legislador en el artículo III del Título Preliminar del nuevo CPP, que no es sino la prohibición de la persecución penal múltiple. En este sentido se señala, en dicho artículo, que nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Sin embargo la relevancia de esta disposición no está solamente en la referencia a este principio en el ámbito penal, sino en la extensión de este principio al Derecho administrativo sancionador, que, por lo demás tiene preeminencia sobre el Derecho administrativo

2.4. Rol del Ministerio Público

> «ARTÍCULO IV. Titular de la acción penal.- 1. El Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber

12. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Vol. I.* Lima: Grijley, 2001. pp. 61 y ss.

de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.

2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición».

El Ministerio Público, en nuestro ordenamiento, es un organismo de relevancia constitucional, pero no tanto porque dicha institución esté prevista expresamente en la Constitución, sino por lo roles constitucionales a los que está llamado a desempeñar. En efecto, según la Constitución de 1993 (artículo 159º), el Ministerio Público cumple, básicamente, las siguientes funciones: 1) promover de oficio o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos que el Derecho tutela; 2) velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia; 3) representar en los procesos judiciales a la sociedad; 4) conducir desde su inicio la investigación del delito, para lo cual la Policía Nacional está obligada a prestar colaboración de los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función; 5) ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte; 6) emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos previstos por la ley; y 7) ejercer la iniciativa legislativa en la formación de leyes. Como puede apreciarse, las funciones del Ministerio Público no sólo se limitan al ámbito del proceso penal, sino que también cumple funciones constitucionales.

No obstante, corresponde analizar el rol del Ministerio Público en la forma como ha sido prevista en el artículo IV del Título Preliminar del nuevo CPP. En concordancia con lo que establece la Constitución, el nuevo Código atribuye, en exclusiva, al Ministerio Público la titularidad de la acción penal, lo cual quiere decir que el Ministerio Público actúa de acuerdo al *principio de legalidad*, es decir, que no se rige por criterios de oportunidad al momento de ejercitar la acción penal[13].

De ahí que el Código señale que el Ministerio Público «debe actuar con objetividad», con lo cual queda fuera de lugar la promoción de la acción penal por motivos subjetivos o de conveniencia particular. Pero, además, se le atribuye una función importante de control frente a los «actos de investiga-

13. Montero Aroca, Juan y otros. *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. Valencia: tirant lo blanch, 9.a edición, 2000. p. 63.

ción» que realiza la Policía, con lo cual asume una responsabilidad determinante en orden a controlar los excesos, siempre latentes, de los actos que la Policía lleve a cabo, que, por lo demás, como establece la Constitución en su artículo 166º, debe estar relacionado con la finalidad fundamental de garantizar, mantener y restablecer el orden interno, y con la prevención y lucha contra la delincuencia.

Otro aspecto sobre el cual debemos llamar la atención es en lo que se refiere a la posición del Ministerio Público frente a la Policía Nacional. En este sentido, es claro que la Constitución y el nuevo CPP han asignado al Ministerio el rol de conductor de la investigación preparatoria, para la cual puede solicitar el apoyo de la Policía Nacional. Esta precisión es sumamente importante, por cuanto, permite delimitar claramente cuál es el papel de la Policía Nacional frente al Ministerio Público, lo cual puede contribuir positivamente a desterrar la inconstitucional práctica de los atestados policiales de tipificar el delito, pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de una persona.

Por ello, debe quedar claro, que la relación entre ambas instituciones es la de conductor de la investigación preparatoria y colaborador de ella, respectivamente, lo cual no excluye que el actuar de ambas instituciones debe realizarse de acuerdo al principio de mutua colaboración[14].

Finalmente, también es de relevancia que el artículo IV del Título Preliminar, en su párrafo final, haya definido la naturaleza de las funciones del Ministerio Público, al señalar que los actos que realiza él ni los de la Policía Nacional tienen carácter jurisdiccional.

Es que, como se señala en la doctrina, el Ministerio Público es una institución distinta del Poder Judicial, puesto que no posee funciones jurisdiccionales, «no es un Poder Judicial; no ejerce jurisdicción (no es órgano revestido de la potestad de resolver disputas aplicando el Derecho en un procedimiento contradictorio entre partes, dictando una decisión tendencialmente irrevocable)»[15].

2.5. Rol del Poder Judicial

> «ARTÍCULO V. Competencia judicial.- 1. Corresponde al órgano jurisdiccional la dirección de la etapa intermedia y, especialmente, del juzgamiento, así como expedir las sentencias y demás resoluciones previstas en la Ley.

14. AZABACHE, César. *Introducción al procedimiento penal*. Lima: Palestra Editores, 2003. p. 153.

15. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). *Derecho constitucional. Vol. II…, op, cit.* p. 448; DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio. *El modelo constitucional de investigación penal*. Valencia: tirant lo blanch, 2001. p. 123.

2. Nadie puede ser sometido a pena o medida de seguridad sino por resolución del órgano jurisdiccional determinado por la Ley».

Desde que en los inicios de constitucionalismo se formuló el principio de división de poderes como mecanismo de garantizar la independencia de los tres poderes clásicos del Estado, tal principio ha sufrido, en la actualidad, una transformación que ha llevado al tránsito de su rigidez a uno de mayor flexibilidad. Prueba de ello es que en el actual Estado constitucional democrático, el Poder Ejecutivo desarrolla una función legiferante bastante importante, con lo cual la función legislativa ha dejado de ser privativa del Parlamento.

Del mismo modo, las funciones del Poder Ejecutivo se han ido trasladando a otras entidades y organismos a través de mecanismos de descentralización, que convierte al Ejecutivo ya no en el Poder único y exclusivo encargado de llevar a cabo las políticas de gobierno en los distintos ámbitos del Estado.

Lo mismo no ha sucedido, sin embargo, con el Poder Judicial, que desde sus orígenes y hasta la actualidad ha conservado, para sí, privativamente, la potestad de administrar justicia. Esto es, el Estado reserva al Poder Judicial la potestad de *decir*, *decidir* y *declarar* el Derecho a aplicar en un conflicto entre particulares o entre ellos y el Estado. Esta potestad exclusiva se manifiesta, aún más claramente, cuando se encarga al Poder Judicial de ejercer el *ius puniendi* del Estado, es decir, la facultad de sancionar las infracciones y las afectaciones de bienes jurídicamente protegidos.

De ahí que nuestra Constitución, en su artículo 139º-19 prohíba el ejercicio de la función jurisdiccional por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución y las leyes.

En esta línea de pensamiento, la Constitución de 1993 (artículo 138º) dispone que la «potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. […]»[16]. Sobre esta disposición constitucional se plantean dos problemas sobre los cuales debemos llamar la atención: la legitimidad del Poder judicial y la exclusividad que la Constitución reconoce, al Poder Judicial, para el ejercicio de esa potestad.

Con respecto al primer punto cabe señalar, como regla, que en nuestro ordenamiento, la legitimidad de los jueces, en general, no proviene de la elección por voluntad popular. Pero entonces cabe indagar de dónde le viene

16. López Guerra, Luis. *El Poder Judicial en el Estado constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2001. p. 22.

dada esa legitimidad. El mismo artículo 88º nos ofrece una primera aproximación a su respuesta.

En efecto, si bien la legitimidad de los jueces, en nuestro ordenamiento, no proviene de un sufragio universal o de una elección popular, sí cabe afirmar que es una legitimidad indirecta, es decir, de su vinculación a la Constitución, que es una norma jurídico-política.

Por otro lado, la Constitución (artículo 139º-1) reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, estableciendo, a su vez, la prohibición de establecer jurisdicciones independientes de la Poder Judicial, a excepción de la justicia militar y la arbitral.

En este mismo sentido, el artículo V del Título Preliminar del CPP ha reservado para el Poder Judicial dos fases, a nuestro entender determinantes, del proceso penal: 1) la dirección de la etapa intermedia del proceso penal, es decir, de aquella en la que el juzgador va a decidir si existe mérito suficiente para que se pase a la etapa del juzgamiento; y 2) la etapa de juzgamiento propiamente.

Cabe señalar que en ambas etapas del proceso penal, el juez debe actuar dentro del marco que establecen, no sólo las disposiciones del nuevo CPP, sino también en observancia del *principio de independencia judicial* (artículo 139º-2 de la Constitución) y de *fuerza normativa de la Constitución*, es decir, que las actuaciones de los jueces no sólo tienen que ser legales, sino que, especialmente en lo que se refiere a sus facultades (dictar sentencias, medidas cautelares, etc.), constitucionales, esto es, observando los principios y valores superiores que la Constitución reconoce, así como el respeto de los derechos fundamentales. Ello, por cuanto que los jueces, como es obvio, también están sometidos a la Constitución[17].

2.6. Principio de legalidad de las medidas limitativas de derechos

> «ARTÍCULO VI. Legalidad de las medidas limitativas de derechos.- Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad».

17. DE OTTO, Ignacio. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1989. p. 70.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos de las personas, pero también instituciones objetivas valorativas que informan todo el ordenamiento jurídico[18]. En tal sentido, no son derechos absolutos, sino más bien relativos y, como tales, pueden ser restringidos.

Pero las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales no pueden dictarse por cualquier autoridad ni bajo cualquier circunstancia, sino que se encarga a una autoridad específica y bajo supuestos claramente establecidos que deben ser previstos en el ordenamiento jurídico.

Pero además de ello, las limitaciones de los derechos fundamentales, especialmente dentro de un proceso penal, dentro de la estricta observancia del procedimiento previsto para tal efecto y con las garantías que se derivan tanto de la Constitución como de las leyes pertinentes. En nuestro ordenamiento, como regla general, se ha encargado a la autoridad judicial la limitación de derechos.

De otro lado, desde el punto de vista constitucional, el artículo VI del Título Preliminar del nuevo CPP, ha recogido lo previsto por la Constitución en su artículo 139º-5, que exige la motivación escrita de las resoluciones judiciales, a excepción de los decretos de mero trámite, en todas las expresa de la ley que se está aplicando y los fundamentos de hecho en que se fundan.

Con esto se busca proteger el derecho de todas personas a la *certeza judicial*, es decir, el derecho del procesado a que las sentencias y autos estén debidamente fundamentados o motivados; de modo tal que el texto de la resolución demuestre con claridad el razonamiento respecto al hecho que se conoce como al derecho que se aplica. Se hallan exceptuadas del cumplimiento de esta regla, como ya señalamos, las resoluciones de mero trámite, es decir, los decretos.

Otro aspecto relacionado con este artículo del nuevo CPP es la incorporación de los principios razonabilidad y proporcionalidad como parámetros a considerar cuando se trate de la limitación de un derecho fundamental por una resolución judicial. Esto es especialmente importante por cuanto, mediante la observación de este principio, se busca evitar que el juez incurra en arbitrariedades cuando se trate de la limitación de un derecho fundamental, mediante una resolución judicial, dentro del marco del proceso penal. De esta manera, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por los cuales los medios empleados deben ser legítimos y proporcionales al fin perseguido[19], se convierte en un parámetro importante a observar por los

18. Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estad constitucional*. Lima: MDC-Fondo Editorial de la PUCP, 1997. pp. 163 y ss

19. Häberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estad constitucional…, op. cit.* p. 127

jueces; con lo cual se busca prevenir la afectación arbitraria e ilegal de los derechos fundamentales.

2.7. Ley procesal penal: vigencia e interpretación

> «ARTÍCULO VII. Vigencia e interpretación de la Ley procesal penal.- 1. La Ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, y es la que rige al tiempo de la actuación procesal. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la Ley anterior, los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.
>
> 2. La Ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable al imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluidos, si fuera posible.
>
> 3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.
>
> 4. En caso de duda insalvable sobre la Ley aplicable debe estarse a lo más favorable al reo».

Según lo establece el artículo 109º de la Constitución, «la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte». No obstante, el artículo VII del Título Preliminar del nuevo CPP, ha establecido que la ley procesal penal es de aplicación inmediata, tanto para los procesos en trámite, como para las actuaciones procesales. No obstante, ha establecido la ultraactividad de la ley procesal penal anterior para los medios impugnatorios ya interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que ya hubieran empezado a correr.

De otro lado, este artículo del Título Preliminar del CPP, siguiendo el artículo 103º de la Constitución, el cual señala que «ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo», ha extendido también el principio de retroactividad a la aplicación retroactiva de la ley procesal penal al imputado, incluso cuando los actos a los que se pretende aplicar ya hayan concluido, siempre que ello sea posible.

También se hace referencia al *principio de interpretación restrictiva* de los siguientes supuestos: 1) aquellas disposiciones que restrinjan el derecho fundamental a la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas; 2) las disposiciones que limiten una facultad concedida a las partes; y 3) las que establezcan sanciones procesales. Del mismo modo, de conformidad con el principio constitucional de inaplicabilidad por analogía de la ley

penal y de las normas que restringen derechos, (artículo 139º-9 de la Constitución). No obstante, las excepciones a esa regla vienen dadas por: 1) la permisión de la aplicación de una interpretación extensiva y de la analogía incluso, cuando favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos; y 2) en caso de duda sobre la ley procesal aplicable, se debe estar a la que más le favorezca.

2.8. Legitimidad de las pruebas

> «ARTÍCULO VIII. Legitimidad de la prueba.- 1. Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo.
>
> 2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.
>
> 3. La inobservancia de cualquier regla de garantía constitucional establecida a favor del procesado no podrá hacerse valer en su perjuicio».

La Constitución ha establecido que carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia, quien la emplea incurre en responsabilidad, en el artículo 2-24-h. A partir de ello se debe entender que las pruebas dentro del proceso penal deben ser obtenidas en el marco de lo que establece la Constitución, las leyes y el respeto de los derechos fundamentales.

De ahí que el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo CPP haya establecido que el juez debe valorar las pruebas sólo en la medida en que hayan sido obtenidas e incorporadas al proceso penal a través de medios constitucionalmente legítimos. De lo contrario, las pruebas que hayan sido obtenidas con la afectación del contendido esencial de los derechos fundamentales, carecen de valor legal y, por tanto, no producen efecto jurídico alguno.

Sin embargo, se plantea el problema de las denominadas pruebas ilícitas. Es que, a tenor de lo establecido por el artículo VIII, se proscribe absolutamente la posibilidad de que una prueba obtenida ilícitamente, pueda surtir algún efecto legal en el proceso penal. Al respecto, es del caso señalar que existen diferentes teorías que tratan el tema.

Así, un sector de la doctrina entiende que las pruebas ilícitas ni las que se deriven de aquellas, por más que últimas sean lícitas, no deben surtir ningún efecto jurídico, cuando su obtención haya sido de modo ilícito (*teoría del fruto del árbol envenenado*). Otra tesis contraria sostiene que la prueba ilícita debería ser válida y eficaz, sin perjuicio de la sanción que se debe imponer a los responsables de dicha obtención, pues debe primar la verdad.

El nuevo CPP parece haber acogido la «teoría del fruto del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree doctrine*)», según el cual «el restarle mérito a la prueba ilegalmente obtenida afecta a aquellas otras pruebas que, si bien son en sí mismas legales, están basadas en datos conseguidos por aquella prueba ilegal, llegándose a concluir que tampoco esas pruebas legales pueden ser admitidas»[20].

No obstante, si bien se proscribe la valoración de los medios de prueba obtenidos al margen de procedimiento constitucionalmente legítimo, debemos señalar que los derechos fundamentales no son derechos absolutos y, en esa medida, el juzgador debería valorar las pruebas ilícitamente obtenidas considerando el principio de razonabilidad y proporcionalidad[21].

2.9. Derecho de defensa

> «*ARTÍCULO IX. Derecho de Defensa.- 1. Toda persona tiene derecho in*violable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.
>
> 2. Nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
>
> 3. El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición».

El derecho de defensa se halla contenido en el inciso 14 del artículo 139º de la Constitución. Sin embargo, debemos señalar que la defensa no es sólo un derecho, sino también un principio, cuyo contenido es amplio.

Así, por ejemplo, desde el punto de vista constitucional, el derecho-principio a la defensa se manifiesta en que: 1) ninguna persona puede ser

20. PARRA QUIJANO, Jairo. «Pruebas ilícitas». En *Ius et Veritas*, N.º 14, Lima, 1997. p. 40.

21. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «El problema de la «prueba ilícita»: un caso de conflicto de derechos. Una perspectiva constitucional procesal». En *Themis*, N.º 43, Segunda Época, Lima, 2001. p. 157.

privada del derecho de defensa en ningún estado del proceso; 2) toda persona será informada inmediatamente y por escrito de las causas o razones que justifican la detención de la persona; 3) toda persona tiene el derecho de comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde su citación o detención; y 4) toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas y razones que motivan su detención (artículo 139º-15 de la Constitución).

En tal sentido, el derecho de defensa consiste en el derecho que tiene toda persona de defenderse de manera eficaz y oportuna en todo el estado del proceso penal, e incluso en la investigación fiscal prejurisdiccional, respecto a todo acto procesal ya sea que éste provenga de la parte acusadora como del juez y que pueda, eventualmente, ocasionar algún menoscabo en sus derechos, intereses o su situación jurídica.

El derecho de defensa se traduce, también, en la prohibición de generar en el acusado una situación de indefensión[22]. Este derecho comprende, a su vez, el derecho a ser oído, a la asistencia de un letrado, ya sea éste elegido por el propio acusado o asignado obligatoriamente por el Estado (defensor de oficio).

A este principio-derecho es el que hacer referencia, ampliamente, el artículo IX del Título Preliminar del nuevo CPP, en concordancia con las garantías que sobre la materia ha incorporado la Constitución de 1993. Pero, además de ello, debemos referirnos al derecho al derecho fundamental a la no autoincriminación que reconoce el párrafo final del mencionado artículo.

Si bien como derecho fundamental no está expresamente previsto en nuestro ordenamiento constitucional, el derecho a la no autoincriminación está previsto en la Convención Americana de Derechos Humanos, (artículo 8-2-g), el cual como sabemos forma parte del ordenamiento jurídico[23], según lo establece el artículo 55º de la Constitución.

2.10. Naturaleza de las normas del Título Preliminar

> «ARTÍCULO X.- Prevalencia de las normas de este Título.- Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación».

En general, las disposiciones que están contenidas en un título preliminar gozan de cierta prevalencia frente a las demás. Es decir, son disposiciones,

22. Gonzáles Pérez, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional…, op. cit.* pp. 196 y ss.

23. Landa, César. *Tribunal Constitucional y Estado democrático.* Lima: Palestra Editores, 2.a edición corregida y aumentada, 2003. pp. 783 y ss.

pero también principios que orientan las demás disposiciones de las cuales forman parte. De ahí que podemos afirmar que son normas rectoras no sólo porque orientan, sino también porque sirven como parámetros de interpretación.

En este sentido, el nuevo CPP tiene el acierto de haber precisado la prevalencia de las disposiciones del Título Preliminar, porque como hemos visto, las disposiciones constitucionales contenidas en el Título Prelimar, antes que normas de carácter estrictamente procesal, son de naturaleza constitucional. Ello justifica, por tanto, la preeminencia de estas normas, con lo cual, en caso de contradicción entre éstas y de las normas restantes, debe aplicarse aquéllas.

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

Luego de haber analizado, brevemente, las bases constitucionales del nuevo proceso penal, cabe afirmar que los lineamientos esenciales para la reforma del proceso penal peruano están dados. No obstante, sería bastante iluso pensar, que el nuevo CPP solucionará automáticamente los graves problemas que, aun hoy en un Estado democrático, todavía están presentes en el ámbito judicial.

Sin embargo, es ya un notable avance el hecho que el nuevo procesal penal peruano se haya previsto a partir de los principios constitucionales que sustentan el Derecho procesal penal, y no a partir de una perspectiva estrictamente procesal. De ahí que sea necesario que el proceso penal se realice siempre dentro del ámbito del marco establecido por la Constitución, vale decir, dentro del respeto de los derechos fundamentales, y no sólo a través de las disposiciones infraconstitucionales que regulan el proceso penal.

En tal sentido, el éxito o el fracaso de la implementación de este nuevo orden procesal penal dependerá, en gran medida, de la prudente y adecuada aplicación judicial de los principios y disposiciones constitucionales que el nuevo Código Procesal Penal ha previsto.

Lima, mayo de 2005.

Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*

Arsenio Oré Guardia

Profesor de Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Instituto de Ciencia Procesal Penal. Asociado del Estudio Oré Guardia.

SUMARIO: I. Consideración inicial. II. Lineamientos generales sobre la crisis del proceso penal y de la respuesta correctiva del Estado. III. Modelos de coerción personal *3.1. El modelo garantista, 3.2. El modelo eficientista, 3.3. El modelo preventivista radical.* IV. Naturaleza y finalidad de la coerción personal. V. Principios *5.1. Principio de necesidad, 5.2. Principio de legalidad, 5.3. Principio de proporcionalidad, 5.4. Principio de prueba suficiente, 5.5. Principio de provisionalidad.* VI. Opción político criminal. VII. Aspectos problemáticos de las medidas de coerción personal. *7.1. Motivación de la coerción personal, 7.2. Aplicación temporal de la ley procesal penal en materia de coerción personal, 7.3. El peligro procesal, 7.4. Plazo de la prisión provisional, 7.5. Detención domiciliaria.* VIII. Reflexión final.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL

Un Estado se legitima, entre otros factores, por la realización de los derechos fundamentales. Tal objetivo no sólo se logra con su reconocimiento expreso en la Constitución, sino también con que éstos sean observados al dictar las leyes que regulan las limitaciones a la libertad (las leyes penales: de corte sustantivo, procesal y de ejecución) y con su pertinente aplicación por parte de quienes detentan el poder para hacerlo: los jueces.

Y es que es en el marco del proceso penal donde se puede observar con mayor claridad el grado de injerencia del Estado sobre la libertad de las personas, ya sea para asegurar la viabilidad del proceso o para garantizar la ejecución de la sentencia. En esa medida, la coerción personal constituye un instrumento, hasta el día de hoy, necesario para alcanzar los fines del proceso penal (y con ello, del Derecho penal en su conjunto)[1], aunque su determina-

* El presente trabajo recoge, en gran medida, lo expuesto por el autor el día 18 de mayo de 2006 a propósito del evento denominado «*Derecho penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*».

1. Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 510 y ss. Sostiene lo siguiente: «Debe quedar claro que una de las características principales de la coerción es que, en sí, no es un fin en si misma, sino que es sólo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso. Por eso no tienen estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales, que se conciben como formas de restricción imprescindibles para neutralizar los peligros que puede tener la libertad de la persona que lleven a que se impida el descubrimiento de la verdad, por una parte, y la actuación de la ley sustantiva, por la otra».

ción y aplicación se ve limitada por aquel marco básico de principios reconocidos en las normas constitucionales.

La actual (diría permanente) crisis del proceso penal en nuestro país se explica fundamentalmente por el modo en que el Estado, a través de su órgano legislativo y judicial, ha tutelado la libertad. Los problemas que emergen del tratamiento estatal de la coerción personal no sólo pueden ser abordados desde una visión dogmática, sino también valorando aspectos prácticos. Por ello, con el presente trabajo pretendo, además de realizar un contraste entre los modelos y principios de la coerción personal, exponer la forma en que ésta se aplica en la realidad jurídico penal peruana (legislativa y jurisprudencial).

II. LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE LA CRISIS DEL PROCESO PENAL Y DE LA RESPUESTA CORRECTIVA DEL ESTADO

Desde una perspectiva funcional, el Derecho busca resolver un problema social[2]. Así, en estricto, la existencia del proceso penal se funda en su capacidad de organización social a través de la (re) solución de conflictos derivados de hechos calificados o no como criminales[3]. En nuestro país, el proceso penal actual no constituye un medio adecuado para alcanzar tal objetivo: es un modelo colapsado que no satisface las expectativas sociales ni cumple las exigencias del artículo 44 de la Constitución; disposición que establece que es deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad[4].

3. Ya sea sancionando hechos criminales o absolviendo imputaciones carentes de fundamentos. O también, aunque se haya cometido un hecho criminal, la sanción puede resultar no necesaria (por ejemplo, cuando haya prescrito la acción penal o cuando resulte pertinente la aplicación del principio de oportunidad).
4. Como lo expresara el Juez de la Corte Interamericana de DDHH, Sergio García Ramírez, «en el despacho de la justicia penal —o de la injusticia penal— existe un amplio contingente de violencias sólo comparables, acaso, con las consumadas por los delincuentes: existe un curso paralelo entre la historia del crimen y la de las reacciones ideadas para combatirlo, generalmente bajo el nombre de justicia penal» Voto Razonado. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Sentencia del 20 de junio de 2005. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha sostenido en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 3771-2004-HC/TC (Caso Cornelio Sánchez), que «Frente a la endémica morosidad que caracteriza a buena parte de los jueces y superiores tribunales de justicia nacionales y el abuso de jurisdicción que ello podría suponer, no se puede seguir apelando al consabido sentido de responsabilidad de los magistrados del Poder Judicial, sino que deben ser pasibles de la responsabilidad penal que les corresponda, por sus conductas jurisdiccionales inadecuadas que propician el retardo judicial». (Fundamento N.º 28)

Entre las medidas que se han venido asumiendo para corregir esta penosa situación del proceso penal, tenemos: en el plano legislativo, la publicación de un nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo 957 de 29 de julio de 2004); en lo judicial, la emisión de interesantes sentencias por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República (muchas de ellas con efecto vinculante), así como la realización de plenos jurisdiccionales; y, por último, en el ámbito constitucional, la emisión de elogiables resoluciones que dictó el Tribunal Constitucional. A todas ellas me referiré, de forma resumida, en las siguientes líneas.

En primer lugar la reforma procesal penal. Han sido varios los intentos de reforma al proceso penal[5]; actualmente estamos asistiendo a la aplicación –paulatina– del nuevo Código Procesal Penal iniciado en julio de este año en el Distrito Judicial de Huaura (conforme a la Ley 28671 del 30 de enero de 2006). Es importante que este nuevo orden rituario trascienda de la simple formulación legal, y así contrastar su viabilidad práctica.

En el ámbito judicial las Cortes Superiores y la Corte Suprema han establecido importantes criterios para la aplicación de diversas instituciones del proceso penal a través de los Plenos Jurisdiccionales, entre ellos:

- En el Pleno Jurisdiccional de 1997 (Arequipa) donde se determinó, entre otros, que el mandato de detención es procedente sólo cuando se cumplan los tres requisitos exigidos por el artículo 135 del Código Procesal Penal[6], y que en caso se enervan alguno de estos requisitos se sustituye por la comparecencia. Asimismo se estableció que la prolongación del plazo de la detención preventiva está condicionada al cumplimiento de a) especial dificultad o especial prolongación de la investigación; y b) ausencia de peligro de que el procesado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

- En el Pleno Jurisdiccional de 1998 (Ica) se acordó, entre otros temas, la no exigencia del pago de la caución para excarcelar al imputado o levantar

5. Al respecto, vid Oré Guardia, Arsenio. *Panorama del proceso penal peruano*. En: Suplemento Especial del Diario Oficial El Peruano del 14 de julio de 2004.

6. Los requisitos par dictar mandato de detención preventiva, según el artículo 135 del Código Procesal Penal modificado por Ley 28726 (Publicado el 8 de mayo de 2006), son 1) Que existen suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo, 2) Que la sanción a imponerse 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 del delito y 3) Que existen suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intenta eludir la acción de la justicia o perturbar la acción probatoria. Hasta antes de la modificatoria, y al momento de acordado el Pleno Jurisdiccional, el inciso 2 del artículo 135º del Código Procesal Penal decía lo siguiente: 2) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.

las órdenes de captura dictadas en su contra. Asimismo se acordó proponer la modificación del proceso sumario a fin de instaurar el juicio oral.

- En el Pleno Jurisdiccional de 1999 (Iquitos) se trataron temas relacionados a la usurpación y ministración provisional, ejecución penal, delios contra la libertad sexual, la reparación civil y el ejercicio privado de la acción penal.

- En el Pleno Jurisdiccional de 2000 (Chiclayo) se acordó que el principio de proporcionalidad de la pena es un límite a la potestad punitiva del Estado que consiste en el juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación legal. Así también se acordó que la revocación del mandato de detención previsto en el artículo 135 del Código Procesal Penal es distinta a la libertad provisional del artículo 182 del Código Procesal Penal, aun cuando ambas tienen el mismo efecto de excarcelar al procesado[7].

- En el Pleno Jurisdiccional de 2004 (Trujillo) se acordó, entre los aspectos más relevantes, que el plazo razonable de la detención preventiva resulta razonable en tanto se consoliden con la actividad probatoria los supuestos que sustentan el mandato de detención, caso contrario el juez de oficio, debe variar dicha medida por ser favorable al imputado; que el arresto domiciliario sólo es una restricción en comparecencia no equiparable a la detención preventiva; y asimismo, el tiempo del arresto domiciliario no se deberá computar para reducir la pena privativa de la libertad impuesta. De otro lado, la desvinculación de la correlación entre acusación y sentencia constituye una modificación de la calificación jurídico penal. La posibilidad que tiene la Sala para plantear la modificación de la calificación jurídica del hecho objeto de la acusación es hasta antes de la sentencia, debiendo observarse plenamente la contradicción. También se abordo el tema de la prueba prohibida y prueba ilícita, y otros más.

Asimismo la Corte Suprema ha emitido valiosas sentencias que constituyen precedentes vinculantes, como las siguientes:

7. El último párrafo del artículo 135 del Código Procesal Penal establece que «El Juez penal podrá revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida». Por su parte el artículo 182 del Código Procesal Penal señala: «El procesado que se encuentra cumpliendo detención podrá solicitar libertad provisional, cuando nuevos elementos de juicio permitan razonablemente prever que: 1) La pena privativa de libertad a imponérsele no será mayor de cuatro años, o que el inculpado esté sufriendo una detención mayor a las dos terceras partes de la pena solicitada por el Fiscal en su acusación escrita, 2) Se haya desvanecido la probabilidad de que el procesado eluda la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria, 3) Que el procesado cumpla con la caución fijada o, en su caso, el insolvente ofrezca fianza personal».

- Recurso de Nulidad N.º 1766-2004 (21 de septiembre de 2004) respecto del artículo 5 de la Ley 28122[8] «Ley que regula la terminación anticipada del proceso en caso de confesión sincera». En esta sentencia se dejó en claro que la ley en referencia regula dos instituciones distintas, la conclusión anticipada de la instrucción (artículos 1 a 4) y la conclusión anticipada del juicio oral (artículo 5).

- Recurso de Nulidad N.º 224-2005 (21 de abril de 2005) respecto a los límites del Tribunal de Instancia para modificar la calificación jurídica del hecho objeto del proceso penal, que necesariamente importan el respeto a los principios acusatorio y de contradicción –o más, concretamente, del derecho de conocimiento de los cargos–, y el pleno cumplimiento del artículo 285º-A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo Número 959 (Publicado el 17 de agosto de 2004).

- Recurso de Nulidad N.º 948-2005 (7 de junio de 2005) donde se estableció que la confesión sincera del imputado no constituye un factor para fijar la cuantía de la reparación civil. Ésta se determina en función al daño ocasionado por el delito.

- Recurso de Nulidad N.º 1538-2005 (20 de junio de 2005) respecto a la no exigencia del agraviado, tras la sentencia firme de condena, de constituirse en parte civil para intervenir en el proceso o en la etapa de ejecución a los efectos de que se cumpla con satisfacer la reparación civil que se ha fijado.

En el ámbito constitucional: el Tribunal Constitucional ha emitido sentencias que asumen correctivos respecto a instituciones del proceso penal. El tema no es del todo pacífico, pero nos ayuda a delimitar los márgenes por los que debe discurrir el *ius puniendi* estatal. Por ejemplo, a través de los procesos constitucionales (Hábeas Corpus, Amparo, Acciones de Inconstitucionalidad), el Tribunal Constitucional ha precisado con acierto que:

a. La tutela constitucional no solamente comprende a la detención, sino también a otras medidas menos aflictivas como por ejemplo la comparecencia, el impedimento de salida del país, cuando éstas se dictan sin cumplir los presupuestos legales necesarios. Así: «…en la medida en que el mandato de comparecencia proviene de un proceso penal irregular por las razones antes señaladas, el acto reclamado también constituye una amenaza cierta e inminente al derecho a la libertad del beneficiario…». (Sentencia recaída en el Expediente N.º 1011-2000-HC/TC. Caso Franciso Errázuris Talavera. Fundamento jurídico -(F. J)– N.º 3. Publicada el 5 de febrero de 2002).

b. El debido proceso es una institución que comprende tanto su aspecto formal como sustantivo. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconoci-

8. Publicado el 16 de diciembre de 2003.

do la dimensión sustantiva del debido proceso, en algunos casos sin hacer referencia expresa al tema, por ejemplo en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 1091-2002-HC/TC (Caso Vicente Silva Checa. F. J. N.º 8. Publicada el 16 de agosto de 2002) en donde se expresó que «En la medida en que la detención judicial preventiva...es en esencia una medida cautelar...la validez de su establecimiento a nivel judicial, depende de que existan motivos razonables y proporcionales que la justifiquen». En otros casos la referencia ha sido explícita, así por ejemplo en la sentencia recaída en el expediente N.º 1223-2003-AA/TC (Caso Carlos Guffanti Medina. F.J. N.º 3, literal d. Publicada el 3 de diciembre de 2003) donde se expuso que «aunque no se está pronunciando respecto de la procedencia del recurso de casación interpuesto, ya que tal merituación sólo ha de corresponder a las autoridades jurisdiccionales competentes, considera que una decisión sancionatoria, como la aplicada inobjetablemente, desnaturaliza la idea de un debido proceso, entendido ya no sólo en términos formales, sino también sustantivos».

Además, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el debido proceso comprende a la etapa pre-judicial, esto es, a la investigación policial y fiscal; así expuso que «la exigencia de su efectivo respeto (del debido proceso) no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional. (Sentencia recaída en el expediente N.º 2521-2005-PHC/TC. Caso César Gonzales Arribasplata. F. J. N.º 5. Publicada el 16 de enero de 2006).

c. Ha afirmado el principio acusatorio en sus diversas expresiones; por ejemplo cuando exige la precisión de la imputación y la modalidad específica del tipo penal aplicado en el auto de apertura de instrucción. Que la imprecisión u omisión sobre estos aspectos implica una afectación del principio acusatorio y del derecho de defensa (Sentencia recaída en el expediente N.º 8125-2005-PHC/TC. Caso Jeffrey Immlet y otros.F.J N.º 11 y ss., publicada el 25 de enero de 2006. Expediente N.º 8123-2005-PHC/TC. Caso Jacob Gurman. F.J. N.º 34 y ss, publicada el 15 de mayo de 2006. Expediente N.º 3390-2005-PHC/TC. Caso Margarita Toledo Manrique. F.J. N.º 14, publicada el 11 de agosto de 2005).

Asimismo, cuando se ratifica la titularidad de la acción penal a cargo del Ministerio Público y expone que en caso el fiscal decida no acusar, y dicha resolución sea ratificada por el Fiscal Supremo (en el marco del proceso ordinario) o por el Fiscal Superior (para las situaciones ventiladas en el proceso sumario), al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin. (Sentencia recaída en el

Expediente N.º 2005-2006-PHC/TC. Caso Enrique Umbert Sandoval. F. J. N.º 6 y ss. Publicado el 17 de marzo de 2006).

Se consagra el principio acusatorio cuando se exige la necesaria correlación entre la acusación y sentencia, estableciendo que su trasgresión implica indefensión (Sentencia recaída en el Expediente N.º 1939-2004-HC/TC. Caso Ricardo Gómez Casafranca. F. J. N.º 17. Publicada el 17 de octubre de 2005).

d. Reconoce el derecho constitucional de prueba, que aunque no es un derecho autónomo, se encuentra directamente relacionado al derecho al debido proceso, constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa (Sentencia recaída en el expediente N.º 6712-2005-PHC/TC. Caso Magali Medina Vela. F. J. N.º 15 y ss. Publicada el 20 de enero de 2006).

e. Da contenido al principio de *ne bis in ídem* procesal de manera clara en la Sentencia recaída en el expediente N.º 8123-2005-HC/TC (Caso Jacob Gurman. F. J. N.º 25), según esta sentencia: «…En su vertiente procesal, tal principio significa que 'nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos', es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos o dos procesos penales con el mismo objeto, por ejemplo). Desde esta vertiente, dicho principio presupone la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento, simultánea o sucesiva por la misma realidad histórica atribuida».

III. MODELOS DE COERCIÓN PERSONAL

De acuerdo a la importancia que una sociedad (o sus legisladores o jueces) concede a los valores de libertad o de seguridad, surgen tres modelos de coerción personal: garantista, eficientista y preventivismo radical.

3.1. El modelo garantista

El modelo garantista, denominado también *modelo liberal,* se basa en la idea de que el ejercicio del poder penal, en cualquiera de sus manifestaciones, debe tener límites. Este modelo, explica Alberto Binder, se caracteriza

por tomar decisiones de autolimitación y se basa en los principios de legalidad y certidumbre, es decir en la idea de que el ejercicio de la política criminal debe ser racional y limitado[9].

Luigi FERRAJOLI[10] el más importante representante del Garantismo, expone que éste constituye un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva que nació como una réplica al creciente desarrollo de la divergencia que existía en diferentes latitudes entre los principios establecidos en la Constitución y la legislación penal ordinaria, la jurisprudencia y las prácticas administrativas o policiales. En esa línea nos dice FERRAJOLI que Garantismo designa a un modelo normativo de derecho que en el plano político supone una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico el Garantismo implica un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. Por lo tanto, es «garantista» todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

En el plano normativo el referente más importante del modelo garantista lo encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran una serie de garantías procesales que constituyen a su vez el marco más importante de límites al ejercicio del poder penal.

En resumen, el modelo garantista se basa en la idea de que el ejercicio del poder penal, en cualquiera de sus manifestaciones, debe tener límites. Constituye un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva.

En lo que a coerción personal respecta, el modelo garantista se caracteriza por

a) Reconocer la supremacía del derecho a la libertad;
b) Propugnar medidas alternativas a la prisión provisional;
c) Afirmar que ésta tiene únicamente fines procesales, que sólo el peligro de fuga justifica su adopción, y que la peligrosidad procesal no se presume; y,
d) Sostener que la potestad persecutoria es limitada.

3.2. El modelo eficientista

Este modelo, de corte autoritario, se caracteriza fundamentalmente por subordinar el valor libertad al principio de autoridad, desconociendo la idea de

9. BINDER, Alberto. *Política criminal de la formulación a la praxis*. Ad hoc. Buenos Aires, 1997, p. 36.
10. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. Trota. Madrid. 1989. p. 852.

límites al poder penal. En un modelo autoritario de persecución penal se sustituyen valores consagrados constitucionalmente como derechos fundamentales y se convierte su observancia y cumplimiento en prácticas excepcionales. Así, bajo la justificación de las situaciones de emergencia o políticas coyunturales los derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia se vuelven relativos y se opta (decisionismo) por medidas que no sólo los pervierten, sino que se convierten en reglas de procedimiento.

Este modelo se caracteriza por lo siguiente:

a) Una inversión de valores, pues la libertad pasa a ser la excepción, y la detención preventiva se convierte en anticipo de pena.

b) Una instrumentalización de los operadores del derecho, ya que en este modelo los jueces abandonan su tradicional e imperativo deber de garantizar la defensa de los derechos fundamentales y asumen una función persecutoria y parcializada, ajena a su función supra-partes.

c) Una preocupante carencia de coherencia intrasistémica, pues resulta altamente probable que un determinado modelo penal de emergencia se dé en el marco de una Constitución con una sólida y elocuente declaración de principios, con la obligada referencia a los tratados internacionales, los mismos que proclaman la libertad como regla y la excepcionalidad de la detención.

d) Al hacer referencia a la legislación de segundo orden (códigos, leyes especiales, etc.) encontramos que ésta modifica y subvierte en la práctica la política criminal principista contenida en la Constitución, con la consiguiente aplicación de la detención como una práctica regular. De modo que no sólo encontramos una falta de coherencia intrasistémica en el sistema penal, sino además una legislación abiertamente inconstitucional.

e) El desdibujamiento de la potestad persecutoria, pues en un modelo eficientista se faculta la coerción a órganos diferentes, pudiéndose afectar la libertad no sólo por los jueces, sino también las posibilidades de afectación por parte de la Policía.

f) El fomento de los juicios paralelos representados por las versiones que ofrecen los medios de comunicación.

g) La contemporización con los insistentes discursos mediáticos y sociales de que en el proceso penal se reconoce demasiados derechos al incriminado, y no a la víctima y a la sociedad, y que por esta razón se avanza muy poco o fracasa cualquier esfuerzo de lucha contra una creciente criminalidad.

h) La flexibilización del respeto a la libertad ante las necesidades coyunturales de la inseguridad ciudadana.

Por lo general el marco legal que regula estos procedimientos establece límites, pero como bien señala BINDER[11] la idea de límite cumple una función cosmética o decorativa, porque en cualquier momento, si el poder lo decide, tales límites pueden ser sobrepasados.

Ahora bien, ¿Cómo se manifiesta este modelo? Las manifestaciones de esta posición se dan en los siguientes niveles:

a) Plano de la interpretación judicial.– Una manifestación de este modelo puede encontrarse en algunas resoluciones judiciales y del Tribunal Constitucional que justifican la coerción que incide en las «actitudes y valores morales del procesado», como si el Derecho penal estuviera en condiciones de instituir o fijar un estándar de «moralidad» oficial, que al no ser atendido u observado por el justiciable autorice su encarcelamiento preventivo. (Véase la Sentencia recaída en el expediente N.º 298-2003-HC/TC Caso Thayron Loza Munárriz. F. J. N.º 7. Publicada el 21 de agosto de 2003).

b) Plano legislativo, por ejemplo las sucesivas leyes[12] que han aumentado el plazo de detención preventiva desde 12 meses según el texto original del Código Procesal Penal de 1991, hasta 15 y posteriormente a 18, con posibilidad de ser prolongado a 36 meses, y en algunos casos, por interpretación jurisprudencial, a 72 meses. Además se han presentado proyectos de ley que han propuesto extender el plazo hasta 108 meses (9 años)[13].

---

11. Quien sostiene además que el modelo eficientista se caracteriza por: el desdibujamiento de la potestad persecutoria, pues en este modelo se faculta la coerción a órganos diferentes, pudiéndose afectar la libertad no sólo los jueces, sino también las posibilidades de afectación por parte de la Policía. Además, por el fomento de los juicios paralelos representados por las versiones que ofrecen los medios de comunicación. Así también por la contemporización con los insistentes discursos mediáticos y sociales de que en el proceso penal se reconoce demasiados derechos al incriminado, y no a la víctima y a la sociedad, y que por esta razón se avanza muy poco o fracasa cualquier esfuerzo de lucha contra una creciente criminalidad. Por último, por la flexibilización del respeto a la libertad ante las necesidades coyunturales de la inseguridad ciudadana. BINDER, Alberto. *Op. cit.* p. 35 y ss.
12. Así la ley N.º 25824 (Publicada el 10 de noviembre de 1992) amplió el plazo de detención preventiva de 12 meses para procesos ordinarios (que establecía el texto original del artículo 137 del Código Procesal Penal) a 15 meses. Luego por ley N.º 27553 (Publicada el 14 de noviembre de 2001) se amplió este plazo a 18 meses. Finalmente por ley N.º 28105 (Publicada el 21 de noviembre de 2003) se facultó al Juez para que de oficio pueda prolongar el plazo de la detención.
13. Cfr. Proyecto de ley N.º 8038/2003 propuesto por el señor congresista Carlos

3.3. El modelo preventivista radical

Este modelo busca la seguridad a cualquier costo, sobre la base de argumentos que sostienen que la actuación del Estado y del sistema de justicia penal debe estar dirigido, antes que nada, a evitar, cuanto más temprano mejor, la posibilidad siquiera de preparación de un delito. Expresión de esta posición son las duras medidas que se implementan cuando se trata de criminalidad violenta, como el terrorismo internacional. No resulta exagerado advertir el enorme riesgo de que una política de coerción caracterizada por la «tolerancia cero»[14] se instrumente con facilidad en países con instituciones democráticas débiles, plagados de desigualdades que estimulan la intranquilidad, cuando no la convulsión social.

Ferrero. La exposición de motivos del proyecto señala que «La añadidura 'un plazo igual *a aquellos señalados en el párrafo anterior, según corresponda*', aclara el tema: En principio, las detenciones duran 9 y 18 meses. Por el primer párrafo, algunos casos pueden ascender a 27 y 54 meses. Por disposición del segundo párrafo, las detenciones que no hayan sido ampliadas según el primer párrafo podrán ascender a 18 y 36 meses, respectivamente. Las que ya hubiesen sido triplicadas, podrán duplicarse a 54 y 108 meses». Esta opción legislativa atenta contra los principios de proporcionalidad y de excepcionalidad de la detención pues convertiría a la misma en una medida permanente durante todo el proceso posible de extenderse inclusive hasta en 9 años.

14. Algunos antecedentes de la *tolerancia cero* se remontan al debate típico de los setenta sobre la *ley y el orden*. La estrategia de *tolerancia cero* vino a representar una ruptura con el fatalismo de lo que solía llamarse el «nada funciona». No importa por qué se delinque lo importante es hacer valer la ley, y quien la transgreda se tendrá que atener a las consecuencias o en otras palabras, la vieja y conocida fórmula de «guerra sin cuartel a la delincuencia» se transfiguró lingüísticamente para convertirse en una frase más sutil (tolerancia cero) que trata de convencer a los ciudadanos de que es algo positivo que ayudará a recobrar las calles ahora ganadas por la delincuencia. La tolerancia cero es una ideología sobre el delito que abreva de principios morales y despliega una serie de conocimientos criminológicos de carácter gerencial. Rudolph Giuliani, a quien se señala como su autor, públicamente ha señalado que el nombre no refleja lo que en realidad se realizó en Nueva York. Él prefiere utilizar el nombre de «el enfoque de las ventanas rotas». William Braton, el primer comisionado de Giuliani se ha distanciado también del nombre, siempre que se refiere a la experiencia neoyorquina, lo hace refiriéndose a las reformas policiales en las que participó omitiendo utilizar el término en sí mismo. La razón de este distanciamiento del término «tolerancia cero» tiene que ver, suponemos, con las críticas que se hicieron a la estrategia, básicamente orientadas a señalar la brutalidad policíaca que acompañó su desarrollo y a las constantes demandas por violación a los derechos humanos, particularmente de grupos étnicos minoritarios y grupos sociales marginados, lo que mereció a la estrategia la etiqueta de racista o policía para los pobres. En: Mario Arroyo. *Evaluando la estrategia Giuliani: La política de cero tolerancia en el Distrito Federal.* Centro Internacional de Estudios sobre Seguridad (CIES) México, Mayo, 2003. http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi? article=1016 &context=usmex

Una de las manifestaciones de este modelo, muy presente y característico en el Perú de los últimos años, es el fenómeno de la *emergencia penal*. La emergencia es un concepto ligado a la idea de crisis, de brevedad, de excepcionalidad, y tal vez también de imprevisibilidad[15]. El modelo de emergencia por definición constituye una respuesta inmediata a un determinado problema social que se presenta también de manera imprevista y que genera una gran afectación al interés público, gran alarma social y alto grado de inseguridad ciudadana. En lo que al proceso penal se refiere el modelo de emergencia privilegia, como no podía ser de otro modo, los valores de orden público y seguridad ciudadana en desmedro del valor libertad. Son manifestaciones de un modelo de emergencia penal, la legislación antiterrorista dictada en la década del 90, entre ellos los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880.

Resulta ilustrativo citar las consecuencias del atentado del 11 de septiembre de 2001[16]. Piénsese por ejemplo en la denominada Acta Patriótica[17] aprobada un mes después del atentado a las torres gemelas, que contiene una serie de normas que inciden directamente en la afectación de derechos fundamentales y que tiene relación con normas de proceso penal; por ejemplo se autoriza al gobierno a vigilar y espiar organizaciones e individuos bajo cualquier sospecha, a realizar cateos sin previa autorización, obtener datos financieros, médicos y personales de cualquier individuo; asimismo se autoriza a los agentes de la CIA o el FBI a exigir y obtener de los bibliotecarios norteamericanos, un listado de los libros que lee cualquier persona sospechosa, o a los sitios web por los que navega en internet, o leer el texto de los correos electrónicos que envía o recibe desde computadoras puestas al servicio de los usuarios en estas instituciones[18].

15. VASSALLI, Giuliano. *Emergencia criminal y sistema penal*. En: Derecho penal Hoy, Del Puerto, 1995, p. 427.
16. El mayor atentado terrorista de la historia de los Estados Unidos, que culminó con la destrucción de las Torres Gemelas de Nueva York, de otro edificio aledaño y de parte del Pentágono, en Washington.
17. El Acta patriótica es un documento de 119 páginas y 128 secciones que fue redactado, pasó por todos los sub comités y comités, y fue finalmente aprobado por la Cámara y el Senado en menos de dos semanas. Se sabe también que la inmensa mayoría de los legisladores que lo aprobaron ni siquiera lo habían leído. Su nombre completo es «Acta del 2001: Uniendo y fortaleciendo a los Estados Unidos al dotarlo de las herramientas adecuadas para interceptar y obstruir al terrorismo», conocido por las siglas en inglés de USAPA y fue puesto en vigencia desde el 26 de octubre de 2001.
18. Según un artículo de la periodista Susan Hilldreth publicado en el «San Francisco Chronicle» el 29 de mayo de 2002. «…en una biblioteca de Santa Fe, New México, un usuario que usaba una computadora de la biblioteca y participaba en una sesión de chat, fue arrestado, esposado e interrogado por haber enviado comentarios burlones sobre el presidente Bush…»

Ahora bien, revisados los modelos de coerción existente, la pregunta que surge es a qué modelo se adhiere el sistema peruano. Si tuviéramos que ceñirnos al aspecto constitucional, específicamente en el artículo 1 que reconoce a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado, el artículo 2 inciso 24 que reconoce el derecho a la libertad y seguridad personales, el artículo 2 inciso 24 literal «e» que establece la presunción de inocencia, el artículo 43 que configura la calidad de Estado democrático, así como el artículo 44 que establece como deber primordial del Estado el respeto de los derechos y la seguridad y los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte, diremos que el nuestro es un modelo garantista, en tanto está acorde a los postulados que éste exige; sin embargo la legislación de segundo orden (por ejemplo algunas disposiciones de represión al terrorismo y corrupción de funcionarios) y la jurisprudencia emitida por algunos órganos jurisdiccionales (por ejemplo aquellos casos de prolongación excesiva de la detención preventiva o detención domicilia) hacen que el modelo constitucional pierda sentido y se convierta en uno de corte mixto.

A ello hay que agregar, que la diversidad de criterios asumidos por los diferentes actores, sean estos legisladores, jueces o académicos, hacen por ejemplo que el actual proceso penal esté regulado por 3 códigos (Código de Procedimientos Penales aprobado en 1939 y vigente desde 1940, el Código Procesal Penal de 1991 y el Código Procesal Penal de 2004), lo mismo sucede en el tema de la coerción personal, más aún donde existen leyes que regulan algunas de sus formas (Ley N.º 27379 «Ley de procedimientos para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares y la ley N.º 27934 « Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito»).

IV. NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA COERCIÓN PERSONAL

Respecto a la naturaleza y finalidad de la coerción personal en la doctrina no existe criterio uniforme. Sin embargo, para un mejor entendimiento resulta necesario tratar juntos la naturaleza y finalidad de la coerción. Conforme expone Asencio Mellado, respecto a la prisión provisional, la razón del estudio conjunto es evidente: Si los fines que se asignan a una medida cautelar exceden a los que son consustanciales a este tipo de resoluciones, la medida perderá su naturaleza cautelar y pasará a convertirse en otra cosa, en otra figura cuyos contornos serán siempre imprecisos y, en la mayoría de los casos, de difícil encaje en el sistema de valores que inspira el sistema democrático[19].

19. Asencio Mellado, José María. *Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004. p. 204

La naturaleza de la coerción es procesal, de orden cautelar, en tanto sirve para asegurar la presencia del imputado al mismo; no es posible utilizarla como pena, ni tampoco como medida de seguridad o para aplacar sentimientos colectivos de venganza. Ejemplos de desnaturalización de la coerción los podemos encontrar en las constantes dilaciones del plazo de la detención preventiva. En el caso Walter Chacón Málaga[20], la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima prolongó la prisión preventiva a un año luego de cumplir el plazo máximo legal establecido de 3 años, argumentando el peligro de sustracción de la acción de la justicia que implicaría la existencia de una acusación fiscal, las condiciones personales del agente, en especial los vínculos sociales que ostenta (Expediente N.º 04-2001, del 16 de enero de 2004).

Son también manifestaciones de esta tendencia de desviación las detenciones con fines retributivos o preventivos (especiales o generales), propios del derecho material; o considerar criterios tales como la alarma social, la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos.

La incongruente apreciación y aplicación de las medidas de coerción producen confusión. Hay quienes como ODONÉ SANGUINÉ[21], Alberto BOVINO[22] y Sebastián FOGLIA[23] reconocen desde ya el límite invisible entre ambos campos (naturaleza penal y procesal de la coerción), más aún cuando de por medio se encuentra un plazo excesivo y una excusa intrascendente, en desmedro de la presunción de inocencia.

En cuanto a la finalidad de la coerción personal existen dos tendencias. De un lado las denominadas medidas de protección provisional expuesta, entre otros, por el profesor César SAN MARTÍN CASTRO, para quien estas medidas tienen por finalidad evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del proceso de declaración[24]. La segunda postura considera que las medidas de coerción

20. El ex ministro del Interior en el gobierno fujimorista y ex comandante del Ejército, General (r) Walter Chacón Málaga procesado por el delito de enriquecimiento ilícito, junto a varios de sus familiares, por presentar, supuestamente, un desbalance patrimonial.
21. ODONE SANGUINÉ. *La prisión provisional y derechos fundamentales*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003.
22. BOVINO, Alberto. *Contra la inocencia*. Publicado en www.derechopenalonline.com (junio de 2006).
23. FOGLIA, Sebastián. *Prisión preventiva. Crisis, discrecionalidad y selectividad*. Publicado en www.derechopenalonline.com (junio de 2006).
24. SAN MARTÍN, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Segunda Edición. Lima, 2003. p. 1073.

personal tienen por finalidad asegurar la presencia del imputado al proceso cuando de por medio exista peligro procesal, esto es, cuando de por medio exista riesgo de fuga o de obstrucción a la actividad probatoria. Esta última postura es la asumida por Florencio Mixan Mass, Alberto Binder[25], entre otros; así como por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente N.º 2342-2005-PHC/TC (Caso Rosa María Contreras Serrano. F. J. N.º 7. Publicada el 15 de agosto de 2005), expresó que «La detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales». En el mismo sentido lo expresado en la sentencia recaída en el expediente N.º 0298-2003-HC/TC (Caso Thayron Loza Munárriz. F. J. N.º 3. Publicada el 21 de agosto de 2003) en la que el Tribunal Constitucional expone que «La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional.». En este aspecto merece ser resaltada la sentencia recaída en el expediente N.º 00010-2002-AI/TC (Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos. F. J. N.º 140. Publicado el 4 de enero de 2003) que declaró la inconstitucionalidad en parte de los decretos leyes N.º 25475, N.º 25659, N.º 25708 y N.º 25880 sobre terrorismo, cuando expone, respecto a la obligación de dictar detención al momento de abrir proceso que, según ese punto de vista, la detención judicial preventiva ya no constituiría una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o el resultado mismo del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la prisión preventiva es una medida cautelar. Expresa al respecto: «*De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.*» (SCIDH, Asunto Suárez Rosero, párr. 77, 12.11.1997).

25. Para Alberto Binder la medida de coerción sólo tiene justificación en caso de peligro de fuga. *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Ad Hoc. Buenos Aires, 1999. pp. 198 y ss

El nuevo Código Procesal Penal de 2004 dispone en su art. 253, inciso 3 que la prisión provisional se aplicará cuando fuera absolutamente indispensable para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiterancia delictiva.

V. PRINCIPIOS

La coerción personal limita un derecho fundamental reconocido como un valor superior del ordenamiento jurídico, esto es, la libertad; su regulación normativa y la actuación jurisdiccional no debe ser una tarea empírica y refleja; debe guiarse por los principios de la coerción. En esta oportunidad nos ocuparemos sólo de algunos de ellos.

5.1. Principio de necesidad

Por el principio de necesidad entendemos que las medidas coercitivas sólo se impondrán en la medida que sean estrictamente necesarias para los fines del proceso.

El principio de necesidad armoniza con la Constitución en cuanto éste tutela la presunción de inocencia (artículo 2.24 «e») y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 9 inciso 3 establece que la libertad es la regla y la detención es la excepción.

La coerción personal, en los últimos años en nuestro país se ha apartado del esquema constitucional y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estas expresiones las podemos encontrar tanto en el plano legislativo como jurisprudencial, como vemos a continuación

a. En el plano legislativo: en este ámbito existe una marcada tendencia de afectar el principio de necesidad. Ello no sólo puede demostrarse con la maleabilidad normativa de los criterios de aplicación de las medidas de coerción personal (ampliación de los plazos de detención preventiva[26] y la posibilidad de aplicarlo retroactivamente, por citar dos ejemplos), sino también en el marco del Derecho penal sustantivo.

26. El artículo 137 del Código Procesal Penal que establece el plazo de duración de la detención preventiva establecía en su versión original el plazo de 12 meses para los procesos ordinarios y 9 para los sumarios, posteriormente con el Decreto Ley N.º 25824 de 10 de noviembre de 1992, el plazo de la detención preventiva en los procesos ordinarios se amplió a 15 meses, luego mediante Ley N.º 27553 de 14 de noviembre de 2001, se amplió a 18 meses, admitiéndose la posibilidad de duplicar el plazo en caso de delitos cometidos en agravio del Estado.

b. En el plano judicial: Son frecuentes los mandatos de detención o su continuidad que obedecen a criterios ajenos a los fines procesales. Así podemos citar los siguientes ejemplos:

– Prolongación de la detención preventiva hasta por 48 ó 60 meses (Caso Eduardo Calmell Del Solar[27]. Sentencia recaída en el expediente N.º 290-2002-HC/TC. F. J. N.º 6. Publicado el 4 de junio de 2003)

– Detención domiciliaria sin posibilidad de salir a trabajar o estudiar (Caso Héctor Chumpitaz y el de los hermanos Moisés y Alex Wolfenson[28]).

– Impedimento de salida del país o detención domiciliaria ilimitado (Caso Laura Bozzo quien estuvo 36 meses con arresto domiciliario sin que se hubiera emitido sentencia[29]),

– Entender como criterio de peligro procesal los vínculos familiares o profesionales (Caso Alejandro Rodríguez Medrano[30]).

---

27. El señor Eduardo Calmell Del Solar estaba siendo procesado por delito de peculado, cuando el Tribunal Constitucional, en una demanda de Hábeas Corpus, decide que «sin perjuicio de precisar que en la actualidad el recurrente se encuentra en calidad de no habido, el Tribunal se remite a su doctrina jurisprudencial según la cual, tratándose de una medida cautelar de prisión preventiva, dictada en casos de delitos complejos, como es el caso del demandante, el plazo máximo de duración es de 30 meses, susceptible de prolongarse por uno igual, motivo por el cual debe desestimarse la pretensión en tal extremo». Es decir, que sobre el plazo de 15 meses, vigente en ese entonces como tiempo máximo de detención preventiva, se podía duplicar y sobre ella prolongar por un tiempo igual, lo que daba un total de 60 meses con detención preventiva, sin sentencia.

28. Estas tres personas estaban siendo procesadas y se les había impuesto detención domiciliaria, sin embargo no se les permitía salir a trabajar. El señor Héctor Chumpitaz era regidor de la Municipalidad de Lima y a su vez entrenador de fútbol en una academia deportiva, respecto a los hermanos Wolfenson, ellos eran propietarios de diario. En ambos casos se les impidió, en primera instancia salir a trabajar, so pretexto de existir peligro procesal.

29. En el caso de la señora Laura Bozzo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema estableció que al no existir un plazo para la detención domiciliaria, esta se tenía que aparejar al máximo fijado para la detención preventiva, esto es, de 18 meses prolongado a 36. Así, en base a esta resolución, la Tercera Sala Penal Especial (Expediente N.º 31-2002) otorgó, al vencerse el plazo de 36 meses, la libertad a la señora Bozzo, quien continuó asistiendo al juicio oral en esa calidad.

30. El señor Alejandro Rodríguez Medrano fue magistrado supremo del Perú, procesado por la justicia penal especializada en delitos de corrupción de funcionarios. En la Sentencia recaída en el Expediente 1567-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional expuso que el peligro procesal se configura principalmente con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor. (Fundamento N.º 6)

Una lectura detenida de los casos antes mencionados nos llevará a la conclusión de que algunos magistrados confunden su rol y equivocan su posición supra-partes en desmedro del imputado. En muchos casos se impone medidas de coerción sin necesidad. Hay que tener en consideración que incluso la menos aflictiva significa ya una invasión a la esfera personal de quien se ve seleccionado por el aparato estatal[31]. No es posible imponer una medida restrictiva de la libertad cuando no existen los mínimos elementos ni la necesidad de la misma.

Otras manifestaciones de esta tendencia sobrelimitadora de la libertad personal son las siguientes:

a. Custodia policial en la detención domiciliaria. A julio de 2005 eran 78 procesados los que sufrían esta medida de coerción, lo cual implicaba el resguardo a cargo de 260 policías[32].

b. La detención de personas que han cumplido con prestar su declaración instructiva, que han participado en todas las diligencias que les habían programado, que han colaborado en cuanta diligencia se les ha llamado, sin que existan más pruebas que actuar y que no haya peligro procesal.

c. Los impedimentos de salida del país que se imponen o se prolongan sin ninguna real necesidad de limitar el derecho de locomoción; tanto más si como en algunos casos se dicta contra procesados residentes en el extranjero o cuyo trabajo implica el desplazamiento fuera del país.

d. Cuando luego de haberse cumplido el plazo máximo de detención preventiva, sin existir peligro procesal, se les ordena detención domiciliaria.

---

31. Es más, la medida de comparecencia simple también implica una medida de coerción procesal en cuanto importa una limitación a la libertad individual del imputado. La restricción de la libertad consiste en la obligación de presentarse ante el magistrado en el lugar, día y hora establecido. Así: GIMENO SENDRA, Vicente; CONDE-PUMPIDO, Tourón y GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Los Procesos Penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*. Tomo 4, Barcelona, 2000, p.3. Sostienen que la citación «para ser oído» tiene una doble naturaleza: de un lado, es un *acto coercitivo de comunicación* con el imputado, quien bajo el apercibimiento de ser detenido, se le emplaza para que acuda al Juzgado en un día determinado; de otro lado, el cumplimiento de esa citación permite la declaración espontánea del imputado, no tanto para la averiguación del hecho y su autoría, cuanto para posibilitar su exculpación frente a una imputación determinada, por lo que más que un acto de investigación, nos encontramos ante un *acto de defensa*, que, si triunfa, puede permitir que el imputado sea desvinculado de la instrucción mediante su no procesamiento.

32. Ver: El Comercio 15 de julio de 2005, p. A8

e. Las órdenes de detención basadas únicamente en la gravedad de la pena sin atender a las circunstancias concretas del caso

f. En aquellos casos de exceso de detención domiciliaria, como por ejemplo cuando no se otorga la libertad por exceso de detención, so pretexto de resguardar los intereses de la sociedad o por un supuesto deber judicial de velar por la seguridad ciudadana.

g. Asimismo, existen casos donde las resoluciones judiciales responden a juicios mediáticos, influenciados por la prensa.

h. Cuando no se permite las salidas para trabajar o estudiar a quien tiene orden de detención domiciliaria.

i. En este mismo orden, parece innecesario poner como limitación el no concurrir a lugares de dudosa reputación, como si alguien pudiera establecer con precisión cuáles son estos lugares[33].

Estas medidas suelen emplearse por costumbre o inercia, como si la labor del Juez fuera automática e irreflexiva. A lo antes mencionado debe agregarse la influencia negativa mediática que muchas veces desnaturaliza la finalidad de la coerción, imponiendo como aspiración ciudadana las detenciones prolongadas sin reparar en la razonabilidad y necesidad de la medida. Lamentablemente, algunos jueces condicionan su actuación a las expectativas y exigencias de la prensa. La prensa debe formar la conciencia social, basada en valores positivos, no en criterios de venganza o de represión desmedida[34].

Somos testigos de cómo algunos periodistas increpan y sancionan a ciudadanos como si aquéllos fueran fiscales o jueces. En otras oportunidades,

33. Si bien el artículo 143 del Código Procesal Penal de 1991, vigente en esta parte, no dispone textualmente esta regla de conducta, el Juez la impone recurriendo a lo previsto en el literal 3 de esta disposición cuando establece el Juez podrá imponer alguna de las alternativas siguientes: 3)…de no concurrir a determinados lugares.

34. Binder, Alberto. «La importancia y límites del periodismo judicial». En: *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Ad Hoc. Buenos Aires. 1993. pp. 270 y 271. Sostiene que «el periodista debe evitar caer en maniobras que respondan a las *campañas de sensación de inseguridad* o las *campañas de la ley y el orden*. En Latinoamérica existe una tendencia muy fuerte a generar entre la población una sensación de inseguridad continua; se trasmite el mensaje de que 'todos estamos en peligro', de que en cualquier momento las ciudades van a ser invadidas por los delincuentes que habitan en los cinturones de la pobreza y que, por tanto, tenemos que encerrarnos en nuestras casas y poner candados y rejas por todos los lados, transformándolas en pequeños castillos feudales. Frecuentemente la prensa comete el tremendo error de prestarse a este juego. En Latinoamérica estamos hartos de este tipo de discurso porque, cada vez que viene alguien con mano dura, quedamos peor que como estábamos antes. Si no están alerta, pues, frente a este tipo de maniobras, el periodismo judicial puede convertirse en un canal de políticas más nefastas de nuestra sociedad».

reprochan la actuación de algún Magistrado por otorgar la libertad a un ciudadano o simplemente por no haber respondido a sus reclamos. Pretender que la actuación judicial se encuentre supeditada a las exigencias o cuestionamientos de la prensa, supone no sólo una clara intromisión en sus funciones, sino el desborde del normal desarrollo de un Estado de Derecho.

5.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad[35] de las medidas de coerción personal tiene sustento constitucional en el artículo 2 numeral 24 literal «b», conforme al cual no está permitida «forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley». Esta norma constitucional debe interpretarse de acuerdo a los parámetros que fija la propia Constitución, especialmente, cuando en su artículo 2 numeral 24 literal «f», que establece que la detención se produce por orden judicial o flagrancia. Por tanto, al Juez no le estará permitido «inventar» medidas cautelares, sino, por el contrario, elegir, según el caso concreto, dentro del elenco que la ley estipula, la restricción más conveniente, eficaz y, en cuanto sea posible, la menos aflictiva para los derechos del imputado.

Las restricciones a la libertad son tasadas, deben estar debidamente establecidas en la ley. Por tanto, las modalidades que puedan asumir, así como el plazo que debe durar y el procedimiento del cual debe estar revestido deben estar previamente determinados. Este principio puede ser vulnerado cuando se ordena una medida de coerción personal desatendiendo los requisitos que la ley establece para su imposición; así por ejemplo cuando se ordena detención preventiva sin tener en consideración el cumplimiento copulativo de los 3 requisitos establecidos en el artículo 135 del Código Procesal Penal, sobretodo cuando se omite el peligro procesal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este principio en el caso Cesti Hurtado cuando expuso que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto formal), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto material)[36].

---

35. En la actualidad empieza a ganar cuerpo la idea de que el tradicional principio de legalidad debe extenderse al ámbito procesal, pudiendo denominarse, como lo hizo la doctrina francesa, principio de legalidad de la represión o de la persecución penal, aplicables a supuestos esenciales en la relación como ocurre con la fijación de límites respecto a los cuales los poderes públicos pueden recurrir a las medidas de coacción. Véase ODONÉ SANGUINÉ. *Op. cit.* pp. 350 - 351.

36. Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C N.º 16, párr.

A su vez, el Tribunal Constitucional ha establecido de manera categórica que «de conformidad con el artículo 2º, inciso 24), literal «f» de la Constitución, la detención de una persona sólo procede bajo dos circunstancias: por un lado la existencia de un mandato judicial escrito y motivado y, por otro, en el supuesto de flagrancia de delito. Esta norma constitucional debe ser interpretada de manera teleológica, vale decir, como prescripciones garantistas con la finalidad de tutelar el derecho a la libertad individual; desde tal perspectiva, resulta inconstitucional la habilitación de cualquier supuesto no contemplado bajo las dos circunstancias antes mencionadas» (Sentencia recaída en el expediente N.º 1318-2000-HC/TC. Caso Cornelio Lino Flores. F. J. N.º 2. Publicada el 13 de abril de 2001).

Es importante tener en consideración que este principio no sólo exige la positivización de la facultad de coerción sino que ésta se realice atendiendo a las garantías previstas en la ley. En este esquema ¿Cómo entender la Ley 27934[37] que permite la detención sin flagrancia?. Considero que esta ley resulta disfuncional con el esquema garantista de la coerción, ya que se convierte en una herramienta de represión de corte autoritario que exige los mismos requisitos para la imposición de detención preventiva o comparecencia, aun cuando no medie flagrancia y durante la etapa de investigación preliminar. Si ya se tienen los elementos previstos en el artículo 135 del Código Procesal Penal, sería mejor proceder cuando antes a la apertura de instrucción.

Podemos citar como ejemplo de vulneración de este principio, las denominadas retenciones o puestas a disposición policial, ambos de claro carácter inconstitucional. Al respecto el Tribunal Constitucional ha expuesto que la conducción compulsiva de cualquier persona a un local policial y su retención en esta sede sin que exista contra ella mandato escrito y motivado del juez o la circunstancia de comisión de flagrante delito, constituye un atentado contra la libertad individual en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 2º inciso 24) acápite «f» de la Constitución Política del Estado (Sentencia recaída en el expediente N.º 849-2000-HC/TC. Caso James Louis King. Fundamentos N.º 5 y 6. Publicada el 3 de agosto de 2001). En igual sentido, declaró que la detención por mera sospecha policial carece de legitimidad constitucional (Sentencia recaída en el expediente N.º 1324-2000-HC/TC. Caso Florencio Chávez Abarca. F. J. N.º 2 «f». Publicada el 27 de marzo de 2001)[38].

47. Argumento citado por la Corte en el Caso Cesti Hurtado. Sentencia del 29 de septiembre de 1999 Serie C. N.º 56.

37. Ley que regula la intervención de la policía y el ministerio público en la investigación preliminar del delito. Publicado el 12 de febrero de 2003.

38. Al respecto, en el artículo 205 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957. Publicado el 29 de julio de 2004), se estableció la figura denominada «control

Finalmente, debe tenerse en consideración que el principio de legalidad cobra sentido, también, respecto a la finalidad de las medidas de coerción personal. Tal como lo hemos apreciado éstas tienen fines procesales, de orden cautelar, por tanto no ingresan en este criterio los supuestos que intentan justificar la detención preventiva en base a la alarma social, reincidencia o habitualidad del agente, ya que estas, de por sí, llevan implícito una finalidad de orden penal.

5.3. Principio de proporcionalidad

Por el principio de proporcionalidad debe entenderse la equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal. Como expone ODONE SANGUINÉ[39] el principio de proporcionalidad funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de Derecho, y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz.

En este orden, se cuestionan las detenciones impuestas que resultan inadecuadas para un fin concreto, habiendo otras medidas menos gravosas que pueden servir para el correcto desarrollo del proceso. Ingresan en el examen de este principio el plazo de duración de las medidas de coerción, cuando éstas son ilimitadas o excesivas.

Cabría analizar, también, los casos que no obstante ser de menor entidad delictiva, por ejemplo el delito de difamación, hurto simple o el delito de daños, se impone una orden de detención; más aún si con la ley N.º 28726. que modifica el artículo 135 inciso 2 del Código Procesal Penal, el legislador ha añadido la *habitualidad* del agente como uno de los elementos que puede tomar en cuenta el Juez para disponer un mandato de detención. Al hacerlo de manera alternativa (… o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente) algunos operadores podrían interpretar que en los casos de habitualidad el Juez ya no atendería a la gravedad del delito desde el punto de vista de la pena probable, sino a la mera condición o características del autor.

---

de identidad policial» (*Sic*), que legitimaba la conducción de los personas a una dependencia policial, en caso de que éstas no pudieran exhibir sus documentos de identidad cuando así les requiriese la policía en el marco de una operación practicada para la prevención del delito o para obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. Esta acción policial procedía sin orden del Fiscal o del Juez. Cabe precisar que se tejieron muchos argumentos en contra de esta norma, referidos a su cuestionada constitucionalidad, como a los riesgos de su aplicación en una realidad como la peruana, en la que existe un elevado número de personas indocumentadas.

39. ODONE SANGUINÉ. *Op. cit.* p. 638.

Considero, entonces, que resulta desproporcionado que ante delitos de menor gravedad o poca dañosidad social se restrinja la libertad ambulatoria de los procesados, por cuanto ello implica desconocer los efectos criminógenos de las privaciones de libertad de corta duración, la desnaturalización de una medida excepcional de naturaleza procesal, así como la entronización de la detención como verdadero anticipo de pena.

5.4. Principio de prueba suficiente

La primera exigencia legal para fundar un mandato de detención está contenida en el art. 135, Inc. 1). En él se prescribe que, deben existir «suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo». Efectivamente, para dictar mandato de detención o comparecencia con restricciones se requiere principio de prueba (*fumus boni iuris*) tanto sobre el hecho imputado, cuanto sobre la vinculación del mismo con el procesado. La suficiencia probatoria no se refiere únicamente a un criterio cuantitativo, sino fundamentalmente cualitativo.

Sobre esta materia, nuestro ordenamiento procesal ha tenido variaciones positivas. Mediante la ley N.º 27226[40] se modificó el artículo 135 del Código Procesal Penal en dos aspectos:

- Se dispuso que no constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de Derecho privado.
- El texto original aludía solamente a que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, mientras que la ley modificatoria establecía que deben existir suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intente eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la ley para el delito que se le imputa.

Esta modificación implica que el Juez no puede realizar un juicio subjetivo de peligro procesal, sino valorar suficientes elementos probatorios, que le permitan hacer ese juicio de peligro. Además de ello, la ley N.º

40. Ley que modifica el artículo 135 del Código Procesal Penal, publicada el 17 de Diciembre de 1999.

27226 introduce la posibilidad de que el Juez Penal pueda revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida.

En contraste con lo antes expuesto, por ejemplo, en algunos casos la justicia nacional ha denegado la libertad de una persona en base al principio de presunción de culpabilidad, a pesar de reconocer que no existen medios probatorios que avalen la medida de coerción (Expediente N.º 31-2002.»Z», Caso Laura Bozzo. Primera Sala Penal Especial de Lima).

Se debe precisar que, primigeniamente, esta presunción de culpabilidad fue establecida en el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1863[41]. En este Código se hacía referencia al mandato de captura y detención por precaución de los presuntos reos, siempre que exista cuerpo de delito e indicios de su culpabilidad. Asimismo, prescribió la presunción de culpabilidad como exigencia para que el Juez ordenase la continuación de la detención cuando de las primeras diligencias del sumario así lo demostrara.

Similar disposición se repitió con el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920[42] que prescribió la detención definitiva durante la instrucción en caso se la presuma culpabilidad y en el Código de Procedimientos Penales de 1939 que, en su versión original, se refería a la *presunción de culpabilidad* como elemento suficiente para dictar la detención[43].

También, pueden citarse como afectaciones al principio de prueba suficiente los casos de detención atendiendo a la sola declaración del coimputado o sobre la base de una colaboración eficaz sin corroboración.

41. El artículo 70 del Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1863 expresaba «en las causas en que tiene la obligación de acusar el Ministerio Fiscal, se decretará por precaución, la captura y detención de los procesados reos, siempre que haya cuerpo de delito e indicios de culpabilidad. En ese mismo sentido, el artículo 71 exponía «si de las primeras diligencias del sumario resultare presunción fundada de culpabilidad, mandará el juez que continúe la detención: en caso contrario, podrá decretar la libertad del detenido».

42. El artículo 62 del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 expresaba «Si evacuada la instructiva o en su caso las primeras diligencias pedidas por el Ministerio Fiscal, el Juez presume la culpabilidad del acusado, dictará orden de detención definitiva que durará toda la instrucción, salvo el caso de libertad provisional, bajo caución o fianza».

43. El artículo 79 del Código de Procedimientos Penales aprobado en 1939, vigente desde 1940, establecía «El Juez instructor puede dictar orden de comparecencia o detención al que presume culpable».

5.5. Principio de provisionalidad

Las medidas de coerción personal son provisionales, se cumplen por determinado plazo (artículo 137 del Código Procesal Penal). Además se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación –en tanto perdura el proceso declarativo– estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial[44].

Según el Tribunal Constitucional, «una vez investigados los hechos, el contenido garantizado de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia exige que se ponga fin a la medida cautelar, pues de lo contrario, su mantenimiento tendría que considerarse como una sanción punitiva, incompatible con su naturaleza cautelar y con los derechos antes enunciados»[45].

El mantenimiento de la medida de coerción debe concordar con el principio de proporcionalidad. Ello significa que se debe mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. De acuerdo con el artículo 9 inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la restricción de la libertad física de una persona sometida a un proceso, sólo puede deberse a la necesidad de asegurar «la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo»[46].

En este aspecto, cabe preguntarse, ¿Por qué el trato con dureza al imputado cuando es objeto de exceso de detención, y antes bien, no se analiza el cumplimento de las obligaciones del Estado para impedir esa situación?; como si el desenvolvimiento del proceso dependiera exclusivamente del imputado. ¿No tiene acaso el Estado el deber de procesar a una persona dentro de un plazo razonable?. Resulta más grave aún justificar la ampliación de la coerción cuando el imputado utiliza los recursos que su derecho de defensa le permite (impugnar, recusar, deducir medios de defensa técnico, etc.), entendiéndolos como manifestaciones de dilación maliciosa.

Al respecto, en la sentencia recaída en el expediente N.º 2915-2004-HC/TC (Caso Tiberio Berrocal Prudencio. F. J. N.º 26. Publicada el 25 de

44. San Martín Castro, César. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Editorial Grijley. Lima, 2003. p. 1080.

45. Sentencia recaída en el expediente N.º 791-2002-HC/TC (Caso Grace Mary Riggs Brousseaut. F. J. N.º 10. Publicada el 7 de Octubre de 2002)

46. Sentencia recaída en el expediente N.º 1091–2002-HC/TC (Caso Vicente Silva Checa. F.J. N.º 14. Publicada el 16 de agosto de 2002)

noviembre de 2004), el Tribunal Constitucional expuso que en lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite) de la denominada «defensa obstruccionista» (signo inequívoco de la mala fe del procesado, y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional). En este mismo caso (F. J. N.º 30), el Tribunal Constitucional estableció que no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, *prima facie*, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, incluso en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, ésta debe ser revocada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las condiciones de un país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones legales establecidas en este Tratado, salvo en los casos que ella misma establece[47].

Asimismo, no se puede entender cómo el sustento y justificación para mantener a una persona detenida más de 36 meses sea la gravedad del delito, sin atender a las cuestiones procesales y personales del imputado. Peor aún cuando se desconocen factores como la suficiencia probatoria o un elemento tan esencial, como es el peligro procesal.

47. Sentencia del 25 de noviembre de 2005 recaída en el caso de Wilson García Asto y Urcesino Ramírez Rojas detenidos en 1995 y 1991, respectivamente, por la Policía sin orden judicial y sin encontrarse en una situación de flagrancia. Fueron incomunicados y su investigación, procesamiento y juzgamiento fue llevado a cabo por fiscales y jueces «sin rostro» conforme a las disposiciones del Decreto Ley N.º 25475 de 5 de mayo de 1992, y con serias limitaciones e impedimentos para ejercer su derecho de defensa. Los señores García y Ramírez fueron condenados a penas privativas de libertad de veinte y veinticinco años, respectivamente, como presuntos «autores del delito de terrorismo». En razón a la sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC, los procesos en su contra fueron anulados, volviendo a ser procesados. Sin embargo, la Comisión consideró que algunas de las violaciones cometidas en el primer juicio subsistían en el nuevo proceso y añadió que si bien el Estado había modificado la legislación antiterrorista a partir del año 2003, en el presente caso dichas modificaciones «no habían reparado las violaciones sufridas por las presuntas víctimas sino que, por el contrario, habían significado su subsistencia».

VI. OPCIÓN POLÍTICO CRIMINAL

En las dos últimas décadas en nuestro país se han producido y procesado fenómenos delictuales muy graves, como es el caso del terrorismo, la criminalidad patrimonial violenta (asaltos y secuestros) y la criminalidad de la corrupción funcional. La persecución de estos delitos ha tenido influencia decisiva en la actividad legiferante y en la forma en que los jueces expiden sus resoluciones. Justamente, cuando la potestad punitiva del Estado se desborda es que los jueces deben delimitar a términos razonables y constitucionales el ejercicio del poder penal.

La persecución de los delitos mencionados, de clara connotación pública y sobretodo mediática, desnaturalizó, a menudo, los principios de la coerción, tanto en el plano normativo como aplicativo. Se produjo un desborde de la política criminal del Estado en la represión de estos delitos.

A manera de ejemplo podemos citar las siguientes leyes:

a) Decreto Ley N.º 25745. «Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio» (Publicado el 5 de mayo de 1992): Esta disposición preveía la prohibición de la libertad para los delitos de terrorismo.

b) Decreto Ley N.º 25708. «Normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria» (Publicado el 2 de septiembre de 1992): Dispuso que en los casos de traición a la patria se aplicara el proceso sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de operaciones, donde el Juez tenía que expedir sentencia en un término máximo de 10 días. Asimismo, estableció restricciones para la procedencia del recurso de nulidad.

c) Decreto Legislativo N.º 895 «Ley de Terrorismo Agravado» (Publicado el 26 de mayo de 1998): Esta disposición tipificó el delito de terrorismo agravado y la competencia. Asimismo estableció en su artículo 7 literal «c» que durante la instrucción no procede, sin excepción alguna, ningún tipo de libertad.

d) Decreto Legislativo N.º 897 «Ley de Procedimiento Especial para la investigación y juzgamiento de los delitos agravados que tipifica el Decreto Legislativo N.º. 896[48]» (Publicado el 26 de mayo de 1998): Respecto a las medidas cautelares, no procedía la concesión

48. El Decreto Legislativo N.º 896 «Ley contra los delitos agravados» (Publicado el 26 de mayo de 1998), modificó los artículos 108 (homicidio), 152 (secuestro), 173 (violación sexual de menor de 14 años), 173 A (violación sexual de menor de 14 años seguida de muerte), 188 (robo), 189 (robo agravado) y 200 (extorsión) del Código Penal.

de libertad alguna, con excepción de la libertad incondicional, asimismo los secuestros e incautaciones permanecían en custodia del Ministerio del Interior.

e) 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 (Publicada el 9 de junio de 2006): que incorpora la reincidencia y habitualidad en el Código Penal. Asimismo, modifica el artículo 135 del Código Procesal Penal estableciendo como mínimo de pena probable 1 año, para imponer detención preventiva.

Paradójicamente, estas leyes, de corte represivo, se dieron en un contexto garantista, configurándose una yuxtaposición de modelos. Por un lado, el Código Procesal Penal de 1991 regula un mecanismo de coerción personal sustentado en la necesidad y racionalidad procesales; del otro, en los últimos años se han ido acumulando normas prohibitivas de excarcelación, como por ejemplo el artículo 13 literal «a» de la Ley N.º 25475 (Delitos de terrorismo) que establecía «Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal quien dictará el Auto Apertorio de Instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad, con excepción de la Libertad Incondicional»

Al final, lo que resultó fue una expansión de la legislación de emergencia que preponderó el valor «eficacia» a través del empleo de mecanismos intimidatorios (la pena) o la flexibilización de las garantías mínimas del debido proceso. Sin embargo, la inconsistencia de estas leyes de endurecimiento penal hizo que fueran objeto de serias críticas, a tal punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia N.º 52, Serie C, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú declaró que las normas internas que hacen aplicable a civiles la justicia militar son violatorias de los preceptos de la Convención Americana. Por ello, el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para reformar dichas normas y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna (Párrafo 222)[49].

49. En tal sentido declaró la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de los ciudadanos chilenos Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez y ordena que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal, que habían sido procesados en el Estado peruano por un tribunal sin rostro perteneciente a la justicia militar, y condenados a cadena perpetua bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria conforme al Decreto Ley N.º 25659.

Por su parte, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales las leyes de seguridad ciudadana (Sentencia en el expediente N.º 005-01-AI/TC[50]. Caso Decreto Legislativo N.º 895 y otras disposiciones. Publicada el 17 de noviembre de 2001) así como las leyes antiterroristas (Sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC[51]. Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5,000 ciudadanos. Publicada el 4 de enero de 2003). Actualmente se vienen realizando nuevos juicios por anulación de los efectuados bajo las leyes declaradas inconstitucionales, lo cual ha venido a agravar el problema de la sobrecarga procesal que ya afectaba al Poder Judicial y sobretodo al erario público que tiene que asumir los costos de los nuevos procesamientos.

En la mayoría de los casos estas justificaciones sobredimensionaron los beneficios que se obtendrían con la limitación o postergación del derecho a la libertad, pero el resultado no fue la reducción de los delitos, pero sí la degradación del proceso. El fenómeno es particularmente preocupante cuando de por medio existe un delito que conmociona a los medios y, con ellos, a la opinión pública. En estos casos se llega a ordenar detención por la simple alarma social, que con todo lo importante que pudiera ser, no es suficiente para limitar el derecho a la libertad.

La ley N.º 28726 que modifica el inciso 2 del artículo 135 del Código Procesal Penal estableciendo en su nuevo texto como requisito de la deten-

50. En esta sentencia el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de inconstitucionalidad y estableció la inconstitucionalidad, por la forma, de los Decretos Legislativos N.os 895 y 897, en sus disposiciones aún vigentes *(a ese momento)*, y, además y complementariamente, la inconstitucionalidad, por el fondo, de los artículos 1º, 2º, literal a), numeral 6), 6º, incisos b), c) y d), 7º, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y del artículo 8º del Decreto Legislativo N.º 895, del artículo 2º de la Ley N.º 27235, de los incisos a), b), c), f) y g) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.º 897.

51. En esta sentencia el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia: declaró inconstitucionales el artículo 7 (delito de apología) y el inciso h) del artículo 13º (imposibilidad de recusar a magistrados) del Decreto Ley N.º 25475 así como la frase «con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego» y «En ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación» del artículo 20º (lugar de ejecución de penas y visitas) del Decreto Ley N.º 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12º (incomunicación absoluta del detenido) del mismo Decreto Ley 25475. Asimismo, son inconstitucionales los artículos 1º, 2º (delito de traición a la patria), 3º (pena en delito de traición a la patria), 4º (competencia militar), 5º y 7º del Decreto Ley N.º 25659. También la frase «o traición a la patria» del artículo 6º del mismo Decreto Ley N.º 25659 y los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Ley N.º 25708; los artículos 1 y 2º del Decreto Ley N.º 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto Ley N.º. 25744.

ción 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. El artículo 46 «C» del Código Penal incorporado por la referida norma, configura la habitualidad en los siguientes términos «Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.»

Nos preguntamos, cómo puede seguirse apostando por el endurecimiento del sistema penal, si toda la legislación anterior no dio resultados positivos. Es más, cómo puede existir coherencia si de un lado existe una saturación penitenciaria donde 23,318 internos que representan el 68% de la población carcelaria no tienen condena[52] y, del otro, se aumentan las penas (por ejemplo, en los casos de hurto simple) disminuyéndose los márgenes para permitir una detención preventiva.

En primer lugar, justificar la detención desde una óptica de ejemplaridad y prevención especial nos conduce a los fines de la pena, que de por sí son ajenos a las medidas cautelares. Además, admitir el criterio de la habitualidad como presupuesto de la detención equivale a aceptar la presunción de culpabilidad como fundamento. Recordemos que nuestro Derecho penal es un Derecho penal de acto, y por tanto la personalidad peligrosa no puede constituir indicio de culpabilidad.

El recurso a las soluciones penales de carácter excepcional no es un instrumento exclusivo de las sociedades totalitarias, sino que forma parte de la estrategia adoptada por algunos gobiernos democráticos para hacer frente a las agresiones que en su opinión ponen en riesgo los principios básicos de una determinada colectividad, reacción que suele venir justificada apelando a un cualificado y persistente estado de necesidad.

Cuando la respuesta del Derecho penal convencional resulta insuficiente para asegurar el ejercicio de la libertad o no sirve para evitar que se realicen conductas que amenacen bienes jurídicos de gran trascendencia social entonces se recurre a minimizar las garantías propias del Derecho penal liberal. Cuando sucede ello, se crea otro orden social: la de los individuos (o de

52. Según datos oficiales del INPE, la población penal para febrero de 2006 está compuesta por el 63% de hombres procesados, el 5% de mujeres procesadas, el 30% de hombres sentenciados y el 2% de mujeres sentenciadas. Datos en www.inpe.gob.pe.

«enemigos» en palabras de Jakobs)[53] a quienes se les aplica reglas (materiales y procesales) ajenas al Derecho penal ordinario (por más que formalmente se incluyan en los cuerpos normativos tradicionales).

La reafirmación de la ausencia de un claro plan político criminal acorde a los valores democráticos resulta evidente. No niego que exista un interés social en las reformas (por lo menos así quiero creerlo), pero dicho fin no puede quebrar las bases de un Estado protector de la dignidad del ser humano.

VII. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE LAS MEDIDAS DE COERCIÓN PERSONAL

7.1. Motivación de la coerción personal

Las medidas de coerción personal tienen por objetivo resguardar la eficiencia del proceso, por tanto su imposición debe cumplir el requisito de motivación que debe importar un análisis minucioso del caso con observancia de los principios que rigen la coerción personal.

La motivación deriva del artículo 139 inciso 5 de la Constitución y está regulada, respecto a la detención preventiva, en la Resolución Administrativa 111-20023-CE-PJ del 25 de septiembre de 2003, la misma que establece que los mandatos de detención deben ser motivados respecto a cada uno de los requisitos concurrentes de: prueba suficiente, pena probable y peligro procesal

El Tribunal Constitucional, ha confirmado que dos son las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser «suficiente», esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser «razonada», es decir que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada. Por ello, de conformidad con el artículo 135º del Código Procesal Penal, es preciso que se haga referencia a los presupuestos legales que determinan la imposición del mandato de detención, y a las características y la gravedad del delito imputado, así como de la pena que se imponga. Del mismo modo, deberá tenerse en cuenta las circunstancias concretas del caso y personales del imputado. (Sentencia recaída en el expediente

53. El «Derecho penal del enemigo», es un concepto puesto en el tapete de la discusión académica, por Gunther Jakobs, en la ponencia que presentó en un Congreso realizado en Berlín en 1999, la que llevó el título de «»Die deutsche Strafrechtswissemschaft vor der Jahrtausendendenwende and Ausblick - 2000".

N.º 1084-2005-HC/TC. (Caso Artemio Ramírez Cachique. Fundamentos N.º 15 y 16. Publicada el 5 de enero de 2006).

A pesar de todo, es en la prisión preventiva en que se incurre en las mayores insuficiencias en la motivación de las resoluciones en el proceso penal. Como anota Perfecto Andrés Ibáñez: «en estos casos la motivación podría ser sustancialmente eludida en la práctica mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la rutinaria repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación»[54].

Muchas veces los jueces expiden resoluciones que dan por satisfechas la motivación de la detención invocando que en el caso concreto se cumplen los requisitos del artículo 135 del Código Procesal Penal, sin mencionar en qué consisten estos.

A ello debemos añadir que muchas veces se pretende dar cumplimiento a esta exigencia constitucional, con argumentos remisivos a las sentencias del Tribunal Constitucional, a la jurisprudencia de la Corte Suprema, a los dictámenes fiscales o citando párrafos de autores sobre la materia. Considero que la jurisprudencia y la doctrina pueden ser elementos valiosos para asumir la determinación, pero no deben sustituir la argumentación.

La motivación de las resoluciones alcanza a los dictámenes, denuncias o acusaciones del Ministerio Público, pues un debido ejercicio de la acción penal también debería estar adecuadamente motivado. No hay que perder de vista que precisamente son denuncias y acusaciones indebidas o insuficientemente motivadas las que originan procesos que muchas veces son archivados después de una onerosa carga para el Estado y de muchas aflicciones para los sujetos procesales.

Resulta importante determinar también los alcances de los fallos de los jueces constitucionales cuando encuentran que el mandato de detención, materia de hábeas corpus, no está motivado. Considero que en este supuesto se debe declarar la nulidad de la resolución cautelar, tal como lo establece artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando prescribe que todas las resoluciones «(…) son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan (…)». Asimismo, el artículo 122 del Código Procesal Civil que sanciona con nulidad la infracción de la garantía de motivación de resoluciones judiciales[55].

54. Citado por SANGUINÉ, Odone. *Op. cit.* p. 547.

55. Artículo 122 del Código Procesal Civil: «Las resoluciones contendrán 4) La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los

Sobre este particular, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido variados. Así por ejemplo en los casos José Dellepiani Massa (Sentencia recaída en el expediente N.º 1753-2003-HC/TC. Publicada el 4 de febrero de 2005) y Alex Wolfenson Woloch (Sentencia recaída en el expediente N.º 2712-2002– HC/TC), a pesar de advertirse la carente o deficiente motivación, se ordenó al órgano jurisdiccional emplazado que corrigiera la deficiencia y dictara una nueva resolución suficientemente razonada, sin declararse nula la resolución que establecía la medida cautelar impuesta al recurrente.

Posición distinta fue la asumida por el Tribunal Constitucional en el caso Jeffrey Immelt y otros, donde adoptó una decisión diferente y evolutiva, cuando estableció que el incumplimiento de la garantía de la motivación genera como consecuencia la anulación del auto que impone la medida de coerción. En base a la inexistencia del marco de imputación que causaba indefensión, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de hábeas corpus y, lo más importante, declaró nulo el auto de apertura de instrucción que contenía el mandato de detención impuesto a los beneficiarios de esta demanda, en consecuencia, se dispuso la suspensión de las órdenes de captura dictados contra todos los afectados (Sentencia recaída en el Expediente N.º 8125-2005-PHC/TC. Publicada el 25 de enero de 2006). Esa misma posición jurisprudencial ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 8123-2005-HC/TC. (Publicada el lunes 15 de mayo de 2006).

Como observamos, la garantía de la motivación de las medidas de coerción, por menos relevante que pareciera el mandato (por ejemplo, en caso de que se ordene el impedimento de salida del país) requiere necesariamente de una fundamentación, bajo sanción de nulidad. No es posible aceptar que se ha vulnerado el derecho y a la vez permitir una corrección manteniendo la medida. Porque, tal como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional tratándose de la detención judicial preventiva, la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida es un requisito indispensable, pues sólo de esa manera será posible determinar si una decisión judicial es arbitraria, o no, y evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva (Sentencia recaída en el expediente N.º 1084-2005-HC/TC (Artemio Ramírez Cachique. F.J. N.º 14. Publicada el 5 de enero de 2006).

Considero que el Juez debe cumplir a cabalidad su deber de motivar las resoluciones judiciales, especialmente la que dispone la detención y cualquier

puntos controvertidos... La resolución que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula».

medida de coerción personal, en tanto afecta la libertad de un ciudadano. La libertad por ser un valor supremo debe ser resguardada en sus máximas expresiones, es por ello que no se puede dejar de exponer las razones que existen para limitarla o restringirla. Omitir esta tarea, implica una actuación irresponsable del Juez.

7.2. Aplicación temporal de la ley procesal penal en materia de coerción personal

La aplicación temporal de la ley procesal penal ha sido un tema muy debatido con motivo de determinar la ley aplicable para imponer la detención preventiva o fijar el plazo de la misma.

Sobre la aplicación temporal de la ley procesal penal existen dos principios: la regla del *Tempus comissi delicti* y la regla del *Tempus regit actum*. La primera de ellas referida a que las normas procesales aplicables son aquellas que se encuentran establecidas, mediante ley, con anterioridad a la comisión del delito; la segunda se refiere a que las normas aplicables son aquellas que se encuentran vigentes al momento de la realización del acto procesal.

En la doctrina, las posiciones son diversas. Entre quienes postulan la extractividad benigna de las normas procesales se encuentran, Fairén Guillén para quien «si una nueva ley procesal penal, concede más garantías al sujeto pasivo– vinculado, acusado, incluso recién condenado– lo lógico es aplicarla retroactivamente. Lo que no puede hacerse es lo contrario; admitir una retroactividad de la ley «*in peius*» del sujeto pasivo (por tratarse de un nuevo proceso con menos garantías, menos recursos, etc.)»[56]. Para Luis Jiménez de Asúa «Como principio general, las leyes de organización, competencia y procedimiento que se modifiquen en bien de la justicia, pueden ser retroactivas. En particular, en cuanto a *organización judicial* y competencia, es necesario, no obstante, que observemos el caso excepcional de que se creen tribunales especiales o comisiones *ad hoc*. Estas jamás podrán tener *efectos retroactivos ni ultractividad*. En orden a la *acción para perseguir el delito,* hay que atender a lo favorable al reo; Tampoco serán retroactivas las nuevas disposiciones sobre *pruebas*, salvo en lo favorable, si afectan a elementos del tipo o si versan sobre culpabilidad o intención, y menos todavía si una prueba útil al reo se suprime. No hay inconveniente en que el rito sea retroactivo, salvo si refluye contra la defensa del reo. Y, finalmente, no podrán ser retroactivas aquellas leyes que supriman un recurso, pero sí las que lo creen»[57].

56. En: *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales,* Librería Bosch. Barcelona. 1990. p. 68.

57. En: *La Ley y el Delito, Principios de Derecho penal,* Abeledo Perrot. Editorial Sudamericana. Tercera edición. Buenos Aires. 1958. p. 158.

En esta misma línea, Alberto Binder manifiesta lo siguiente: «Observamos que de nada serviría que el Estado dijera que nadie podrá ser encerrado en una cárcel si previamente no se ha establecido el delito por el cual se condena y si no se realiza previamente un juicio, si luego la ley procesal penal puede ser modificada a antojo del legislador, dándose efecto inmediato a una nueva modalidad de juicio y de proceso de la cual resultara eventualmente, una condena», para el profesor argentino «La irretroactividad de la ley procesal es una manifestación más –muy importante– del intento común de ponerle frenos al Estado para evitar que las personas sean encarceladas por motivos distintos de la comisión de un hecho punible. (…). Por lo tanto el principio garantista fundamental consiste en la irretroactividad de la ley procesal. (…). La ley procesal penal es irretroactiva cuando altera el sentido político – criminal del proceso penal»[58].

En la postura contraria, esto es, quienes admiten la retroactividad de la norma procesal tenemos a Maurach, para quien «La prohibición de retroactividad sólo rige para aquellas normas que fijan las consecuencias jurídicas de un hecho cometido»[59]. En ese mismo orden Jescheck, quien sostiene que «En el actual Derecho, la prohibición de retroactividad no rige para los preceptos procesales, y por tanto, tampoco es aplicable a los presupuestos del proceso»[60]. Por su parte, García Rada, afirma que «En el procedimiento, no puede hablarse de retroactividad, pero los realizados conforme a la ley anterior conservan su validez y surten sus efectos legales en forma completa»[61]. Finalmente, César San Martín sostiene que «La retroactividad benigna siempre ha sido entendida desde la lógica del castigo y la pena estatal, nunca desde el proceso. La retroactividad de la ley más benigna sólo esta proclamada respecto de las leyes penales, esto es, normas sancionadoras, más no aquellas que restringen derechos individuales o fundamentales»[62]

Para determinar los efectos de la ley penal es necesario acudir a los principios generales, los mismos que son reconocidos –dentro de un Estado de Derecho– como garantías del individuo: «el principio de la irretroactividad» (se prohíbe aplicar de manera retroactiva la ley penal desfavorable), prevista en el artículo 103º de la Constitución, y «el principio de favorabili-

58. Binder, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal. Op. cit.* pp. 151 y ss

59. Maurach, Reinhart. *Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Astrea, Buenos Aires, 1994, p.197

60. Jescheck y Tomas Weihend. *Tratado de Derecho penal*. Parte General. Editorial Comares. Universidad de Granada. España. 2002. p. 186.

61. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Octava edición. Lima 1984. p. 17

62. San Martín Castro, César. Gaceta Jurídica (Actualidad Jurídica); 2002 Agosto, Tomo 105; Lima – Perú. pp 15 – 36

dad» (se debe de aplicar de manera retroactiva una ley penal favorable), previsto en el artículo 139º inciso 11 de la Constitución. Lo polémico del tema se centra en determinar si esta última excepción alcanza a la ley procesal penal cuando ella es una ley restrictiva de derechos fundamentales.

Además, no hay que olvidar que el artículo 137 del Código Procesal Penal, no debe de ser interpretado de manera aislada, sino en concordancia con el artículo IX del Título Preliminar del código en referencia que establece lo siguiente: «La Ley procesal penal es de orden público y se aplica en el territorio nacional desde el comienzo de su vigencia, inclusive para lo que resta del proceso por un delito cometido con anterioridad y cuya sentencia no ha quedado firme, siempre que se trate de disposiciones más favorables al imputado». De esta manera se consagra el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley procesal penal, desde que se declara que la aplicación a lo que resta del proceso se supedita a que se trate de disposiciones más favorables al imputado[63].

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N.º 83/00 que resuelve el caso 11.688 (Alan García-Perú) del 19 de octubre de 2000, ha establecido que (considerando 46): « (...). El principio de retroactividad de la ley penal permisiva o favorable en materia penal, y a *contrario sensu*, la garantía de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca por igual tanto a los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo. Esa extensión de la denominada garantía contra leyes *ex post* a materia procesal penal, que actualmente se predica en el sistema procesal moderno, ha sido el producto de la evolución del Derecho penal y Procesal Penal».

Para desarrollar el tema de la aplicación temporal de la ley procesal penal es necesario diferenciar las leyes de organización del proceso, es decir, aquellas que regulan el mero transcurso formal del proceso y las leyes que aunque se apliquen durante el proceso, restringen derechos fundamentales. A las primeras les rige el principio en virtud del cual las normas procesales son aquellas vigentes al momento de realización del acto procesal. A las segundas, en cambio, le rige el principio de la ley vigente al momento de la comisión delictiva.

El tratamiento de la aplicación temporal de la ley procesal penal se hizo debatible con la promulgación de leyes que ampliaban el plazo de la detención preventiva, de 12 a 15 meses, luego a 18 y finalmente las posibilidades

63. Véase CASTILLO ALVA, José Luis. *La aplicación favorable de la Ley en materia penal. El problema de la Ley N.º 27770*. En Actualidad Jurídica 123/2004. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2004, p.30.

de hasta 36 ó 72 meses[64]. Una de las leyes que mayor cuestionamiento originó fue la ley N.º 27553, pues en la Disposición Transitoria Única se establecía que ella «se aplica a los procedimientos en trámite», a pesar de constituir una norma más restrictiva, al extender los plazos establecidos para configurar el exceso de detención y provocar la excarcelación.

El valor supremo de la libertad, debe estar por encima del interés del Estado, tal como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente N.º 873-2000-HC/TC (Caso Luis Alberto Heraldo Jaramillo. F. J. N.º 5. Publicada el 19 de enero de 2001) cuando afirma que en toda interpretación normativa se debe anteponer la persona al Estado: «No puede dejar de relevarse que cuando el artículo 137 del Código Procesal Penal, otorga la libertad por exceso de detención, lo que ofrece en realidad es un paliativo a la eventual injusticia ocasionada por la lentitud o ineficiencia en la administración de justicia, optando por el mal menor de que un culpable salga libre, frente al mal mayor de que un inocente permanezca encarcelado en espera de su tardía absolución definitiva. En tales circunstancias es obvio hacer prevalecer que el derecho de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, es una forma de anteponer la persona al Estado, tal cual lo proclama el art. 1 de la Constitución».

Algunos operadores de la justicia penal interpretaron el concepto de «salvo en materia penal», a que hace referencia el artículo 103 de la Constitución[65], restringiéndolo al campo del Derecho penal sustantivo, posibilitando la aplicación retroactiva de una norma procesal más aflictiva al imputado. Las consecuencias de esta interpretación resultan demasiados peligrosas si atendemos que lo que busca nuestra Constitución es dar el marco adecuado a fin de abandonar el criterio inquisitivo que tenemos del proceso penal, buscando alcanzar uno de corte más garantista.

Esta situación se agravó cuando el Tribunal Constitucional, en su momento, no asumió una posición clara con respecto a la retroactividad o ultractividad de la ley procesal penal[66]. En este sentido, cómo se entiende que

64. Ver pie de página 12 del presente documento.

65. Constitución del Perú: «Artículo 103: (…) La ley desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (…)».

66. Cabe mencionar algunas sentencias: «No puede aplicarse (Ley N.º 27553) a los casos de personas cuya detención ya cumplió el plazo original establecido por el art.137 CPP en su versión derogada (15 meses) sin que fuera prorrogado judicialmente, antes del 14/11/02, fecha de entrada en vigencia de la Ley N.º 27553, pues tales personas ya habían adquirido previamente el derecho de excarcelación... tampoco puede aplicarse la nueva ley a los casos en que al 14/

el Tribunal Constitucional peruano haga suya la posición de la retroactividad de la ley procesal penal cuando perjudica al procesado bajo el argumento que la referencia a «ley penal» en la Constitución, sólo se refiere a la de carácter sustantiva y no procesal, así por ejemplo en la Sentencia recaída en el expediente N.º 2496-2005-PHC/TC (Caso Valencia Gutiérrez. F. J. N.º 12 y 13. Publicada el 3 de junio de 2005), donde estableció como precedente constitucional «*Con relación a la aplicación de las normas penales,… en la aplicación de normas procesales penales rige el principio tempus regit actum, que establece que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse (FJ N.º 12). Siendo ello así, resulta de aplicación al caso de autos, el artículo 1º de la Ley N.º 27553, que desde el 13 de noviembre de 2001 modifica el artículo 137º del Código Procesal Penal, estableciendo que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses; que se duplicará en caso de que el proceso sea por los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados (FJ N.º 13);.*

11/02, existía un auto de prórroga de la detención fijándola en 15 meses más, y no en 18. Lo contrario significaría una aplicación retroactiva de una disposición penal, que perjudicaría al imputado...» Sentencia recaída en el Expediente N.º 365-02-HC/TC. (Caso Walter Barraza Suárez. F. J.N.º 1. Publicada el 13 de diciembre de 2002).

«No habiendo transcurrido el Plazo Máximo de detención al que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico anterior, esto es, los 30 meses que prevé el art. 137 del CPP, modificado por el DL 25824, disposición legal que en este caso resulta aplicable en virtud del principio de ultractividad benigna en la aplicación temporal de la ley penal...» Sentencia recaída en el expediente N.º 321-02-HC/TC. (Caso Robert Rosas García. F.J.N.º 4. Publicada el 19 de enero de 2003).

«Según la sentencia se trata de un procesado por tráfico de drogas que se encuentra más de 24 meses detenido, sin haber recibido sentencia de primer grado o existir prórroga de detención. Al declarar fundado el hábeas corpus, el TC indica que una vez constatado el transcurso del plazo de 15 meses y que no existe mandato de prórroga de detención, la judicatura a cargo debió disponer la libertad del procesado»67. Sentencia recaída en el expediente N.º 798-02-HC-TC. (Caso Carlos Vega Ardila. F. J. N.º 3 a 5. Publicada el 17 de septiembre de 2002).

«...en consecuencia, no habiendo transcurrido el plazo máximo de detención al que se ha hecho referencia en el fundamento jurídico anterior, esto es, los 36 meses, la pretensión debe desistimarse...» Sentencia recaída en el expediente N.º 330-02-HC/TC. (Caso James Ben Okoli. F. J. N.º 4. Publicada el 22 de septiembre de 2002).

«...si la acción judicial del accionante recién se ha ejecutado desde el 11 de abril del 2001, aplicable al caso de autos la norma procesal vigente en dicho momento, esto es, el Decreto Ley 25824, cuyo texto establece que el plazo de la detención no durará más de 15 meses prorrogables a 30 meses en los procedimientos especiales...» Sentencia recaída en el expediente N.º 2166-02 (Caso Luis Delgado Arenas. F. J. N.º 2. Publicada el 18 de marzo de 2003).

En otra sentencia, establece que «Si bien la única disposición transitoria de la citada ley establece que ella ha de aplicarse «a los procedimientos en trámite», dicha disposición debe interpretarse de conformidad con la Constitución y, en particular, con el principio de irretroactividad de las normas establecido en el artículo 103 de la Norma Fundamental, aplicable a hipótesis penales cuando la nueva ley no favorece al imputado. Esto implica: a) que el nuevo y más amplio plazo de detención no puede aplicarse a los casos de personas que cumplieron el plazo original de detención establecido en el art. 137º del Código Procesal Penal en su versión derogada (quince meses), sin auto de prórroga de detención, antes del catorce de noviembre del dos mil uno, fecha de entrada en vigencia de la citada ley N.º 27553, pues tales personas habían ya adquirido previamente el derecho de excarcelación, b) que tampoco puede aplicarse la nueva ley a los casos en que, al catorce de noviembre del dos mil uno, existía un auto que prorrogaba la detención fijándola en quince meses más, y no en dieciocho. Lo contrario significaría una aplicación retroactiva de una disposición penal, que perjudicaría al imputado...». (Sentencia recaída en el expediente N.º 309-2002-HC-TC (Caso Roberto Poémape Chávez. F. J. N.º 1. Publicada el 16 de agosto de 2002).

En este contexto, considero que la aplicación retroactiva de la norma procesal penal en desmedro de los derechos fundamentales del procesado y al amparo de una interpretación restrictiva del principio de retroactividad benigna de la ley penal previsto en el artículo 103 de la Constitución, supone una perniciosa afectación al modelo garantista de coerción personal.

7.3. El peligro procesal

El presupuesto más importante de la coerción personal es el peligro procesal. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 1091-2002-HC/TC (Caso Silva Checa. F. J. N.º 15. Publicada el 16 de agosto de 2002) *«[...] el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el* ***peligro procesal*** *que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia».*

Respecto al contenido y amplitud del peligro procesal, podemos señalar tres posturas. La primera de ellas, de corte restrictivo, considera que el peligro procesal solamente comprende el peligro de fuga. En efecto, la tendencia más reciente ha cuestionado la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuesto de la detención. Esta posición se sustenta además en el hecho de que la Convención Americana de Derechos

Humanos (en su artículo 7, numeral 5) sólo autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar «su comparecencia al juicio», y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su artículo 9 numeral 3) que autoriza las medidas cautelares exclusivamente para asegurar «la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales». Al respecto, expresa Alberto BINDER que «el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia» [67].

La segunda postura que puede denominarse intermedia, considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado respecto al contenido del peligro procesal de fuga que: «se reconoce a cinco elementos valorativos: 1) gravedad del delito; 2) naturaleza y caracteres del mismo; 3)circunstancias del delito vinculadas a la individualización de la pena; 4) circunstancias del imputado –referidas a su personalidad, condiciones de vida, antecedentes–; y 5) conducta anterior y posterior del delito: moralidad, domicilio, profesión, recursos relaciones familiares, lazos de todo orden con el país en el que es procesado, intolerancia ante la detención o contactos internacionales» (SSTEDH, Asuntos B; del 28 de marzo de 1990, párrafo 44; Letellier, del 27 de noviembre de 1991, párrafo 43; y Stögmuller del 10 noviembre de 1969, párrafo 15).

Siguiendo esa línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, respecto del peligro de entorpecimiento, que se requiere que tal peligro sea concreto y no abstracto (Informe 2/97 Párrafo 33).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es más específico, pues señala que el contenido del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria ha de derivar de la realización por parte del imputado de conductas determinadas que develen su intención de suprimir la prueba (STEDH, Asunto Wenhoff, del 27 de junio de 1968, párrafo 14). Este mismo Tribunal ha indicado que si se trata de pruebas materiales el imputado ha de tenerlas en su poder o deben estar a su disposición de forma indirecta a través de terceros vinculados. Si se trata de pruebas personales, el imputado debe tener una determinada capacidad razonable de influencia respecto de los testigos, peritos o imputados (STEDH, Asuntos Tomasi, del 27 de agosto de 1992, párrafo

67. BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho procesal penal*. *Op. cit.* p. 199.

92/95; asunto Kemmache, del 12 de diciembre de 1991, párrafos 46/47; asunto Letellier, del 27 de noviembre de 1991, párrafos 37/38).

Finalmente, existe una tercera tendencia (legislativa y jurisprudencial) propia del modelo de prevención radical de incorporar nuevos supuestos de peligro procesal, como por ejemplo: la reiterancia, la gravedad de la pena, criterios personales del procesado, factores morales o cuestiones de orden público, etc. Consideramos que esta postura contradice el modelo constitucional y la opción política criminal asumida desde el Código Procesal Penal de 1991, por las siguientes consideraciones.

Justificar la medida de coerción sobre la base de la ***gravedad de los hechos incriminados***, supone atribuirle a ésta un carácter ajeno a su naturaleza cautelar. Ejemplo de esta desnaturalización de la coerción la encontramos en la Resolución N.º 29 (Sala Penal Especial– Anticorrupción del 03 de mayo de 2001) que impone una medida de coerción personal afirmando lo siguiente: «…Teniendo en cuenta la gravedad de los hechos incriminados y las dimensiones sociales, que los mismos han adquirido... se torna necesario imponérsele al encausado la medida de Impedimento de Salida del País.».

Al respecto el Tribunal Constitucional ha establecido con acierto que «Si ese fuera el sentido…, esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada sólo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, ésta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, «podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley. Informe N.º 02/97, párrafo 51» (Sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC. F. J. N.º 126).

Respecto a la imposición de una medida de coerción personal atendiendo al ***peligro de reiteración delictiva,*** considero que constituye un grave error que atenta contra los fines de las medidas cautelares. Este supuesto está contenido en una exhortación del Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC cuando estableció que: «… además de las razones previstas en el artículo 135 del Código Procesal Penal, el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva. En particular, las que tiene que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público». No obstante, el Tribunal Constitucional, citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe 02/97, párrafo 32) consideró

que «no debe olvidarse que cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad».

A propósito de ello la ley N.º 28726 que incorpora al Código Penal dos agravantes genéricos: la reincidencia (artículo 46 B) y la habitualidad (artículo 46 C)[68]. La reincidencia constituye una vieja figura incluida ya en el artículo 10 del Código Penal de 1863[69] y reproducida en el Código de 1924[70]. El Código Penal de 1991 proscribió la reincidencia, sin embargo, el legislador lo restableció para los casos de terrorismo, conforme se estipula en el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 921 (el Decreto Ley N.º 25475 también la regulaba).

Es cierto que la reincidencia constituye una agravante presente en las legislaciones de varios países (España, Italia, Argentina, entre otros.) y que en doctrina se han realizado varios ensayos tendientes a fundar su existencia: unos basados en la mayor culpabilidad, otros en la mayor capacidad criminal, otros, en la mayor peligrosidad del sujeto, otros en la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia de las normas penales, otros en que es causa de agravación del injusto, etc[71]. Sin embargo, el rechazo a esta forma de agravación es doctrina dominante[72] (en Alemania se suprimió esta agravante en 1986).

---

68. Ambos conceptos se entienden como expresión del llamado «delincuente habitual» al que hacía referencia Edmund MEZGER. Para él, es delincuente habitual un individuo que, como consecuencia de una inclinación intema, existente por predisposición natural o adquirida con la práctica, infringe reiteradamente el derecho y tiende a infringirlo nuevamente. El delincuente habitual es «peligroso» y la repetición de hechos punibles es probable. Se puede esperar que el delincuente perturbará considerablemente en el futuro el ordenamiento jurídico. Ver: MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal alemán*. Traducido de la 2ª ed. alemana por J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid, T. II, 1957.

69. Se establecía. «Artículo 10: son circunstancias agravantes: inciso 14. Ser culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie».

70. Así lo prescribía el Código Penal de 1924: «Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena de pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito también con pena privativa de la libertad».

71. Cfr. SERRANO GOMEZ. «La reincidencia en el Código Penal». En: *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1976, p. 71-72. También GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA. *Comentarios a la legislación penal*. Tomo II. Edersa. Madrid. 1983. pp. 23 y ss.

72. QUINTERO OLIVARES se muestra abiertamente a favor de la eliminación de la reincidencia como circunstancia agravante, si bien reconoce que atendiendo a

Considero inconstitucional la institución de la reincidencia [y la habitualidad] pues atentan contra el principio de resocialización de las penas consagrado en el artículo 139 inciso 22 de la Constitución (se trastoca la idea de la resocialización como deber del Estado para convertirse en un deber del condenado), y el de presunción de inocencia pues comporta una presunción de peligrosidad que agrava la pena prescindiendo de actividad probatoria alguna. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha declarado que «ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente» (Sentencia recaída en el expediente N.º 019-2005-AI/TC. Caso Arresto Domiciliario: Ley N.º 28568. Fu. J. N.º 41. Publicada el 21 de julio de 2005).

La reincorporación de la reincidencia por el legislador, sin embargo, no constriñe al Juez a que las aplique en todos los casos y sin excepciones. Esta institución asume, pues, un carácter facultativo. Eso se desprende del verbo empleado por el legislador: El Juez «podrá». Finalmente, pero no por ello menos importante, debemos tener en consideración la modificación del artículo 69 por la ley N.º 28730 (Publicada el 9 de mayo de 2006), cuando al incorporar el último párrafo establece que «La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena». Con lo cual se está desconociendo la naturaleza de la rehabilitación y el cumplimiento íntegro de la condena.

Aunado a ello, a partir de la sentencia recaída en el expediente N.º 010-2002-AI/TC, se ha discutido la legitimidad de la incorporación de la ***alteración del orden público*** como presupuesto para ordenar la detención. Esta sentencia del Tribunal Constitucional insinúa la inclusión de orden público como presupuesto de la detención: «en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y con-

---

razones político-criminales, «*ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aún a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad» Ver más: Parte General del Derecho penal. Aranzadi, Navarra, 2005, p.728.* Ya advierte Gracia Martín que «*pena y medida, culpabilidad y peligrosidad, retribución y prevención son conceptos contrapuestos e incompatibles». En: «Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española». Actualidad Penal* 1993 p.568. Igualmente Cerezo Mir: «*Es opinión unánime en la moderna ciencia del Derecho penal española que la peligrosidad no puede servir nunca de fundamento a una agravación de la pena sino que puede dar lugar únicamente a la aplicación de medidas de seguridad.*» en «*Consideraciones político-criminales sobre el Borrador de Anteproyecto de nuevo Código Penal Parte General de octubre de 1990*» en *Presupuestos para la Reforma Penal.* Universidad de la Laguna, *1992.* También Muñoz Conde, Francisco.»*Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español.* En: *Estudios Penales y Criminológicos VI, 1983.* Universidad de Santiago de Compostela. 1983. p. 218.

cluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal» (F. J. N.º 145)[73].

Considero que la alteración del orden público no justifica plenamente un diseño constitucional de la coerción personal; hace recaer en el procesado una situación que no depende de su conducta; el orden público debe ser preservado por el Estado. El orden público es un concepto indeterminado que recurrentemente es invocado por los medios de comunicación para encubrir el endurecimiento del sistema penal.

También en la indicada sentencia el Tribunal Constitucional, citando el Informe 02/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consideró como criterio válido para ponderar la existencia de peligro procesal «la ***historia personal, la evaluación de la personalidad y el carácter del acusado***» (F. J. N.º 143).

De acuerdo a la opción ideológica de nuestra Constitución una medida de coerción no puede justificarse en aspectos subjetivos, propios de la esfera personal del imputado. Una medida de coerción basada en criterios personales, implica desnaturalizar el carácter cautelar y excepcional de estas medidas. Además, si este supuesto de peligro procesal fuera válido, la pregunta que surge es quién define qué parte de la historia personal se sanciona y cual no. A ello hay que agregarle el carácter resocializador que pregona la Constitución.

Otro de los supuestos previstos por el Tribunal Constitucional para determinar el peligro procesal consiste en la apreciación de los ***valores morales del procesado, su ocupación, los bienes que posee, vínculos familiares*** y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse de una posible sentencia prolongada (Sentencia recaída en el expediente N.º 1567-2002-PHC/TC (Caso Rodríguez Medrano. F. J. N.º 6)). Este intento de justificar el peligro procesal, se enmarca dentro de un Derecho penal de autor, proscrito por el ordenamiento jurídico nacional.

Otras sentencias del Tribunal Constitucional para justificar la detención preventiva o su prolongación resultan preocupantes, en cuanto se exponen como argumentos, la no admisión de cargos, la no colaboración con la justicia, las declaraciones contradictorias o atentar contra la viabilidad del sistema democrático. Podemos citar los siguientes:

---

73. Citando el Informe N.º 02/97 (párrafos 36 y 37) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional concluye que, *en cualquier caso, esta posible extensión de los motivos de justificación de la detención judicial preventiva, a fin de ser considerados judicialmente, previamente requieren ser incorporados a la legislación nacional, por expresa exigencia del artículo 7º numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se ha dicho.*

En la sentencia recaída en el expediente N.º 1091-2002-PHC/TC (Caso Silva Checa. Fundamento N.º 11. Publicada el 16 de agosto de 2002), se afirma: «No se afecta la libertad física del recurrente, pues el actor obstaculizó la investigación judicial al ***ocultar hechos relevantes*** para culminar con éxito el proceso penal que se le sigue. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que existe base objetiva y razonable que justifica la decisión de la emplazada para no variar el mandato de detención en su contra.». Esta argumentación lesiona el derecho a la no autoincriminación; tanto más si se tiene en cuenta que la supuesta omisión se refería a hechos que en el caso citado no eran materia de la imputación fiscal y del auto de apertura de instrucción.

Otro tanto ocurre en la sentencia recaída en el expediente N.º 1567-2002-HC/TC, en el cual el Tribunal Constitucional expone lo siguiente «Si bien es cierto que no es obligación del recurrente tener que demostrar su inocencia, pues ésta parte de una presunción constitucional que, en todo caso, debe ser desvirtuada por la parte acusadora dentro del proceso judicial, también es cierto que ello no implica que el acusado tenga derecho a mostrar una actitud reacia al esclarecimiento de la causa. Por el contrario, todo procesado está en la obligación de colaborar con la justicia cada vez que dicha colaboración sea requerida, en la medida en que ello no importe una afectación del derecho constitucional a la no autoincriminación» (Caso Rodríguez Medrano. F. J. N.º 7).

En otro caso, si bien se trataba de una detención domiciliaria, en la sentencia recaída en el expediente N.º 376-2003-HC/TC (Caso Laura Bozzo), el Tribunal Constitucional expuso que el peligro procesal se configura al existir «***profundas inconsistencias en las sucesivas declaraciones*** (…). Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso» (F. J. N.º 8 y 9).

Otro ejemplo lo constituye la sentencia recaída en el expediente N.º 1567-2002-HC/TC (Caso Rodríguez Medrano) en la que el el Tribunal Constitucional expuso como criterio la puesta en riesgo de la viabilidad de sistema democrático, al señalar que: «La medida judicial que restringe la libertad ambulatoria del accionante, subyace una valoración judicial de los hechos que son materia del proceso penal y la repercusión de los delitos por los cuales se le juzga, no sólo en lo que atañe a la afectación de determinados bienes jurídico-penales, sino incluso, y lo que es más grave, a la ***puesta en riesgo de la viabilidad del sistema democrático***» (F. J.N.º 10).

Considero que el peligro procesal comprende tanto el peligro de fuga como el de entorpecimiento de la investigación, pero atendiendo a un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. El entorpecimiento de la actividad probatoria debe ser una conducta claramente obstaculizadora; por tanto no se debe considerar en ella el ejercicio de los medios de defensa regular que el imputado tiene. Asimismo, para la configuración del peligro procesal no debe comprenderse factores ajenos como son: el carácter personal del imputado, vínculos personales, familiares y profesionales, etc.; argumentos que no corresponden a un debido proceso garantista.

7.4. Plazo de la prisión provisional

El derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido. El contenido del derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable se expresa en el adecuado equilibrio entre los dos valores que se encuentran en contrapeso al momento de aplicar la medida: por una parte, el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables; y, por otra, el derecho de toda persona a la libertad personal y a que se presuma su inocencia, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad[74].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que el plazo razonable de la detención preventiva no puede ser establecido en abstracto, sino que se debe hacer un análisis de qué es lo razonable a la luz de los hechos específicos correspondientes a cada caso (Informe 12/97, párrafos 19 y 22; Informe 12/96, párrafos 69 y 70). Por ello, la referida razonabilidad no puede derivar del solo hecho de que el plazo en juego se ajuste a lo que prescriba la ley.

En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando establece que no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. Este criterio es compartido, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al referir que «el

74. Ver: Expediente 2915-2004-HC/TC. Caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio. Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 6 de diciembre de 2004.

plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios períodos dependiendo de la gravedad del delito» (Caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4). La imposibilidad de establecer un plazo único e inequívoco para evaluar la razonabilidad o irrazonabilidad de la duración de la prisión preventiva, no impide el establecimiento de criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario (Sentencia recaída en el expediente N.º 2915-2004-PHC/TC (Caso Federico Berrocal Prudencio. F: J. N.º 14 a 17. Publicada el 25 de noviembre de 2004).

Los convenios internacionales se abstienen de establecer los plazos máximos concretos que deben durar la prisión provisional. La fórmula empleada es acudir a la expresión «plazo razonable» para delimitar el tiempo que una persona puede estar sometida a prisión antes de haber sido condenada. Así, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales dispone en su artículo 5 inciso 3 que «toda persona detenida preventivamente o internada (...). tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento»[75].

El problema que se plantea consiste en delimitar qué se entiende por «plazo razonable». En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos ubica este tema en 2 acepciones:

a. Plazo razonable de la detención: «Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso». (artículo 7 inciso 5)

b. Plazo razonable del proceso: «Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial...» (artículo 8 inciso 1)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Caso 11.245. Informe N.º 12/96. Jorge A. Jiménez vs Argentina, de 1 de marzo de 1996) ha establecido que ambos artículos persiguen el propósito que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente

75. En esa misma línea el Tribunal Constitucional Español en la STC 41/96 de 12 de marzo afirma que «toda situación de prisión provisional que supera dicho plazo razonable vulnera directamente el derecho a la libertad protegido por el art. 17.4 *in fine* de la Convención Europea y hace nacer un deber imperativo de poner en libertad al encausado».

en el tiempo y causen daños permanentes. Sin embargo, señala la Comisión, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias. En el plazo razonable de la detención, la especificidad del artículo 7 inciso 5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene derecho a que su caso sea resuelto con la debida prioridad, en forma expeditiva y conducido con diligencia especial. Además, su objetivo es limitar el tiempo de detención y no que la causa sea juzgada en un lapso breve. De otro lado, el plazo razonable para la duración del proceso previsto en el artículo 8 inciso 1 debe medirse con relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. En suma, la duración de un proceso penal podría ser considerada razonable, más no la de la prisión preventiva dispuesta en ese mismo proceso.

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 2915-2004-PHC/TC (Caso Berrocal Prudencio. F. J. N.º 7. Publicada el 25 de noviembre de 2004), el Tribunal declaró que «es necesario precisar que el derecho a la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva es distinto –tanto en su contenido como en sus presupuestos– del derecho a la razonabilidad del plazo del proceso en su totalidad».

Hasta antes de la entrada en vigencia del artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 no existía un límite para la duración de la detención preventiva, lo cual ocasionaba que a menudo los procesados sufrieran detenciones sin condena por muchos años. Esta forma de administrar la coerción era una clara violación a la presunción de inocencia y al plazo razonable, consagrados en la Constitución de 1993 y en los Convenios Internacionales a los cuales está vinculado el Perú.

La regulación del plazo de la detención preventiva en el artículo 137 del Código Procesal Penal guarda relación con los principios de la coerción y es una legislación que corresponde a un Estado Democrático de Derecho; responde a una opción garantista de respeto al debido proceso y a los derechos humanos.

Los problemas que se presentaron en la aplicación del artículo 137 fueron los siguientes:

a. No obstante, la excesiva duración de la prisión preventiva, resultaba imposible que los procesados fueran liberados, por cuanto el Estado no quería dar una imagen de ineficiencia al ordenar la libertad de los detenidos.
b. La situación de los internos que al haberse declarado nulos sus procesos y pese al tiempo extremadamente prolongado de sus detenciones,

razón por la cual debían ser excarcelados, sin embargo, el Estado no admitía liberar a los procesados por delito de terrorismo.

Pretendiendo solucionar los problemas antes mencionados, el Estado promulgó las siguientes normas: El Decreto Ley N.º 25824 (Publicado el 9 de noviembre de 1992) que amplió de 12 a 15 meses el plazo de detención para los procesos ordinarios. Por su parte la ley N.º 27553 (Publicada el 13 de noviembre de 2001) amplió la duración de la detención preventiva de 15 a 18 meses, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 135 del Código Procesal Penal, asimismo se amplió la duplicidad automática de la detención en caso el Estado fuera la parte agraviada; agregando que cuando se trate de procesos complejos o se hubiere declarado la nulidad, no se considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha del nuevo auto de apertura de instrucción; que en los casos en que se declare la nulidad de los procesos seguidos en fueros diferentes, el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención y que una vez condenado en primera instancia el inculpado, la detención se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida. Finalmente, se promulgó la Ley 28105 (Publicada el 21 de noviembre de 2003) que permitió la prolongación del plazo de detención preventiva de oficio.

En el plano jurisprudencial, se han expuesto las siguientes soluciones para evitar la excarcelación por exceso de detención, así por ejemplo en la sentencia recaída en el expediente N.º 290-2002-PHC/TC (Caso Calmell Del Solar. F. J. N.º 6. Publicado el 4 de junio de 2003), se reconoce –peligrosamente– que la duplicidad opera autónomamente a la prolongación, es decir que en un caso es posible duplicar la detención y además prolongarla.

El motivo de estas decisiones parte de una interpretación equivocada de las denominadas dilaciones indebidas, por cuanto el procesado tiene todo el derecho a impugnar, deducir medios de defensa técnica, solicitar postergaciones de diligencias, aportar pruebas, etc; sin que éstas generen menoscabo al proceso.

Finalmente, debemos exponer que en algunos casos los procesos se acumulan sin justificación suficiente. Este tipo de acumulaciones implica que un procesado, con una imputación simple resulte involucrado en un mega proceso con gran cantidad de imputados. En estos casos, el imputado en procesos no complejos resulta perjudicado por la demora del proceso acumulado.

7.5. Detención domiciliaria

Dentro de las diferentes medidas coercitivas personales la detención domiciliaria es la más grave después de la prisión provisional. Así lo recono-

ció el Tribunal Constitucional en el caso Bueno Aceña, que por lo demás es el primer caso conocido de detención domiciliaria[76], al señalar que dicha medida «… después de la detención es una de las más aflictivas dentro de la escala coercitiva que prevé nuestro ordenamiento legal razón por la cual la necesidad de su aplicación y el plazo de su duración debe dosificarse considerando la existencia de peligro de fuga u obstrucción probatoria por parte del procesado…» (Sentencia recaída en el expediente N.º 066-2000-HC/TC. F. J. N.º 6. Publicada el 16 de junio de 2000). Este mismo criterio fue luego reiterado en los casos Laura Bozzo Rotondo (Sentencia recaída en el expediente N.º 376-2003-HC/TC) y Héctor Chumpitaz Gonzales (Sentencia recaída en el expediente N.º 1565-2002-HC/TC).

No obstante, el tratamiento que en la práctica judicial se le ha dado a esta medida de coerción personal dista mucho de lo establecido en el artículo 143 del Código Procesal Penal. Los errores que en esta institución se han producido son varios. Así tenemos por ejemplo los casos de detención domiciliaria con la necesaria custodia policial, lo cual ocasiona una disminución en la tarea de seguridad ciudadana.

También pueden citarse los casos de prohibición para salir a trabajar o estudiar, desconociéndose con ello otros derechos fundamentales. Si bien la norma no establece este supuesto, es posible sostener su procedencia. Así, lo reconoció el Trigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Expediente N.º 027-98. Caso Román Bueno Aceña) en el que se dispuso el permiso de trabajo bajo la consideración de que «…la detención domiciliaria en ningún caso determina el enclaustramiento total del justiciable en su morada, pues su apartamiento de un espacio con barrotes no es el elemento diferenciador de su reclusión efectiva…». En esa misma orientación la resolución emitida por

76. En el caso Bueno Aceña se aplicó por primera vez la detención domiciliaria, conforme a los términos del art. 143º del Código Procesal Penal de 1991. En efecto mediante resolución del 30 de marzo de 1998 la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó el mandato de detención impuesto contra dicho ciudadano español e impuso en su lugar la detención domiciliaria (Exp. 435-98-A). Esta medida se prolongó desde esa fecha hasta el 12 de abril de 2000 en que el Tribunal Constitucional declara fundada la acción de hábeas corpus que dispone la cesación de esa medida coercitiva y en consecuencia su libertad. Con anterioridad a este caso sólo conocemos el voto singular del vocal Talavera Elguera (Julio de 1997) en cuyo Considerando Quinto señalaba «que, a fin de compatibilizar el derecho del encausado a la libertad y el derecho del Estado de asegurar la presencia del mismo al proceso penal, dada la gravedad del hecho instruido, es menester optar por un estado intermedio de goce de la libertad, como es la detención domiciliara…la que le es aplicable al caso por tratarse de un imputado que adolece de incapacidad física.» (Expediente 164-97, Sala Penal Superior Corporativa, Lima, 03 de julio de 1997).

la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente 12-2001 (Caso Pedraza Barreda) en el que se estableció que la detención domiciliaria «…no se debe contraponer a los demás derechos constitucionales que no han sido limitados, como es el derecho a trabajar libremente garantizado así por la Constitución Política…».

Otro de los problemas aplicativos de la detención domiciliaria es el relacionado a su plazo. Si bien el Código Procesal Penal no establece cuánto tiempo debe estar una persona con detención domiciliaria, se entiende que por un criterio de proporcionalidad y provisionalidad, ésta debe durar mientras persistan los elementos que le dieron lugar, o hasta que surjan nuevos elementos que hagan variar su situación, en especial el peligro procesal. En el Caso Bueno Aceña el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de hábeas corpus estableciendo que «…la necesidad de su aplicación [de la detención domiciliaria] y el plazo de su duración debe dosificarse considerando la existencia de peligro de fuga u obstrucción probatoria por parte del procesado…» (Sentencia recaída en el expediente N.º 066-2000-HC/TC. F. J. N.º 6).

Además, el plazo previsto para la detención preventiva, constituye un referente necesario para determinar el plazo de la detención domiciliaria. En el caso Villanueva Chirinos (Sentencia recaída en el expediente N.º 731-2004-HC/TC) el Tribunal Constitucional ha fijado pautas generales de índole cualitativo para la limitación temporal de la detención domiciliaria que son del caso anotar. Señala el Tribunal que «…tomando en cuenta lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 139º de la Constitución, y, a fin de salvar este vacío legal, el Tribunal considera importante resaltar dos premisas: a)la existencia del plazo máximo, no resulta el único criterio determinante para constatar que una detención deviene en desproporcionada y arbitraria luego de vencido el plazo, pudiendo tornarse en tal, inclusive antes del cumplimiento del mismo cuando por ejemplo, desaparezcan las razones que motivaron el propio mandato…b)la inexistencia de un plazo máximo legal, de ninguna manera puede admitirse como justificación válida para la permanencia de una medida restrictiva de derechos, de forma indefinida, arbitraria y desproporcionada, debiendo más bien ser valorado en cada caso, según los elementos de juicio objetivos existentes…» Indica asimismo esta sentencia que «…el exceso de detención domiciliaria puede verificarse en cada caso concreto atendiendo a una serie de elementos, dentro de los cuales, la existencia de un plazo máximo como referente derivado del principio de proporcionalidad sólo es uno de ellos y no el único determinante…» Finalmente, el Tribunal Constitucional establece dos criterios «con carácter vinculante»: 1) Peligrosidad Procesal y, 2) La razonabilidad. (F. J. N.º 13 y 14. Publicada el 31 de mayo de 2005)

Tratamiento diferente merece el supuesto de acumulación de los días de detención domiciliaria y detención preventiva para obtener la libertad por

exceso de detención, según los plazos fijados en el artículo 137. Así, el Tribunal Constitucional ha establecido en la Sentencia recaída en el expediente N.º 1725-2002-HC/TC. (Caso Arbulú Seminario. F. J. N.º 2. Publicado el 22 de mayo de 2003) que no es posible acumular el plazo de la detención domiciliaria al plazo de la detención preventiva para efectos de establecer si ha vencido, o no, el plazo máximo de detención del artículo 137º del Código Procesal Penal. Primero, porque dicho plazo sólo es aplicable a la detención preventiva; y, segundo, porque, tal como ha establecido este Tribunal en el Caso Berrocal Prudencio (Sentencia recaída en el expediente N.º 2915-2002-HC, F. J. N.º 18 a 31) en relación con la detención judicial preventiva, en criterio que, *mutatis mutandis,* es aplicable a la detención domiciliaria, para determinar si existe, o no, afectación del derecho a que la libertad personal no sea restringida más allá de un plazo razonable, no es un elemento determinante la fijación de un plazo legal, sino el análisis de ciertos criterios a la luz de cada caso concreto. Estos criterios son: a) la diligencia del juez en la merituación de la causa; b) la complejidad del asunto; y c) la conducta obstruccionista del imputado.

Por último, a propósito de la ley N.º 28568, que modificaba el artículo único del artículo 47 del Código Penal referido al abono de la detención preliminar, preventiva y domiciliaria para el computo del descuento de la pena privativa de libertad; el Tribunal emitió una sentencia normativa de trascendental relevancia (Sentencia recaída en el expediente N.º 0019-2005-PI/TC. Caso Arresto Domiciliario. Publicada el 21 de julio de 2005). En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional expuso que «en modo alguno puede sostenerse que la detención preventiva y la detención domiciliaria tengan la misma incidencia sobre la libertad personal, pues con ello se estaría afectando el principio de igualdad. Además, que la homologación de un día de detención domiciliaria por un día de privación de libertad vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio. Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. La norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita e incluso descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La ten-

dencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad».

La decisión del Tribunal Constitucional es adecuada, en cuanto no es viable homologar la detención domiciliaria a la prisión preventiva; sin embargo, considero que debe existir un descuento de la pena que, atendiendo a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Si bien los efectos de ambas medidas no son los mismos (en lo psicológico, como en el nivel de intensidad aflictiva), sin embargo, el perjuicio a la libertad personal es el mismo.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

Un modelo democrático se caracteriza por entender que la restricción a la libertad de la persona ha de adoptarse a través de un procedimiento previamente determinado, en el que se respeten los derechos que la propia Constitución consagra.

Sin embargo, conforme se ha observado, la respuesta que en los últimos años ha ofrecido el legislador y el juez peruano al problema de la criminalidad y, por tanto, el tratamiento que ha realizado de la prisión provisional y otras medidas restrictivas de la libertad, se ha caracterizado por alejarse de las funciones que estas medidas deben atender.

Esta realidad denota la ausencia de una clara voluntad política de desarrollar un proceso penal acorde con un Estado Social y Democrático de Derecho, el mismo que impone no sólo el deber estatal de resolver problemas sociales, sino también que en dicha tarea se respeten los derechos fundamentales.

Ante esto, quienes nos encontramos vinculados al estudio del proceso penal tenemos, en primer lugar, la obligación de exponer las bases dogmáticas de las instituciones que conforman esta rama jurídica (tarea necesaria) y también, nos encontramos obligados a confrontar tales ideas con la realidad, ejercicio que consideramos indispensable para superar su actual crisis normativa y jurisprudencial.

Lima, junio de 2006.

¿De qué hablamos cuando hablamos de legalidad procesal penal?

Un concepto nuevo en el proceso constitucional

Camilo Suárez López de Castilla
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

SUMARIO: I. Introducción. II. La falta de consenso en la doctrina. III. La legalidad procesal penal en la jurisprudencia. IV. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Legalidad Procesal Penal? V. Su tutela en sede constitucional

I. INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Constitucional señala de manera enunciativa en su artículo 4º las garantías que comprende el derecho a la tutela procesal efectiva, las cuales incluyen un concepto cuyo significado parece no estar del todo claro en la doctrina y jurisprudencia: la *legalidad procesal penal*. A diferencia de ésta, el principio sustantivo de legalidad penal goza de reconocimiento expreso en el texto constitucional, el cual nos informa acerca de su contenido[1], permitiéndonos deducir las garantías de él derivadas, tales como la *lex previa, lex certa, lex stricta y lex scripta.* La legalidad procesal penal, en cambio, no goza, al parecer, de un reconocimiento expreso en nuestra norma constitucional, ni existe, tampoco, consenso en el ámbito doctrinal y jurisprudencial respecto de sus alcances. Es por ello que resulta especialmente importante determinar el contenido de este derecho reconocido expresamente en la norma procesal constitucional como elemento del debido proceso susceptible de protección mediante los procesos constitucionales de la libertad.

Cabe señalar, asimismo, que es a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, que la enuncia expresamente, que la legalidad procesal penal ha sido invocada con más frecuencia en el marco de los procesos constitucionales. Es por ello que, antes de que rija el Código Procesal Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional había hecho

1. Así, el artículo 2.24,d de la Constitución establece que *Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*

referencia a dicho principio tan sólo en dos oportunidades[2]. Ello, a su vez, da cuenta de que no se trataba de un concepto que fuera de uso común en el ámbito jurídico nacional, toda vez que no era habitualmente manejado por los justiciables (o sus abogados) ni por los órganos jurisdiccionales. ¿Se trataba, entonces, de un derecho cuyo contenido era desconocido en el ámbito jurídico nacional o simplemente de un concepto que no se usaba y en su lugar eran otros los derechos que se enunciaban para cubrir su ámbito de protección?

II. LA FALTA DE CONSENSO EN LA DOCTRINA

La legalidad procesal penal ha sido definida por cierto sector de la doctrina como una garantía jurisdiccional, esto es *nulla pena sine iudicio*[3], es decir, que no puede imponerse sanción penal si no es mediante una sentencia judicial según los procedimientos legalmente establecidos, reconocido en el artículo 139º inciso 10 de la Constitución. Otro sector de la doctrina concibe a la legalidad procesal penal como aquella obligación del titular de la ación penal, el Ministerio Público, de ejercitar la acción penal ante la existencia de un delito[4]. Entonces, ¿cuál de estas dos acepciones enuncia correctamente el principio de legalidad procesal penal? Ante la duda, otros autores han señalado que dicho enunciado alude a ambos conceptos, como lo sugiere RAMOS MENDEZ[5]. Desde otra perspectiva se afirma también que la legalidad procesal penal es aquel principio que obliga a un respeto de las normas procesales durante el proceso penal[6].

---

2. Exp. N.º 005-2001-AI/TC, publicada el 17 de noviembre de 2001 y Exp. N º 1570-2004-HC/TC, publicada el 21 de setiembre de 2004.

3. Cfr. SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal.* Lima, Idemsa, 2004. pp. 273 y ss. En doctrina extranjera: JAÉN VALLEJO, Manuel. *Principios constitucionales y Derecho Penal Moderno.* Bs As. Ad-Hoc, 1999, p. 28. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZÁBAL MALAREE. *Lecciones de Derecho penal.* Volumen. I. Madrid, Trotta, 1987, p. 87. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal.* Parte General. Valencia, Tirant, 1990, p. 59. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* 5ª edición. Barcelona, 1998, pp. 77. ARMENTA DEU, Teresa. «Pena y proceso: Fines comunes y fines específicos». En: Silva Sánchez. JM (Editor) *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal*, Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona, Bosch, 1997, p. 211.

4. Cfr, ORÉ GUARDIA, Arsenio. *Manual de Derecho Procesal Penal.* 2ª ed. Lima, Editorial Alternativas, 1999. p. 65. REYNA ALFARO, Luis Miguel. *El proceso penal aplicado.* Lima, Gaceta Jurídica, 2006, p.181 y 192-197. también MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal.* 2ª ed. Buenos Aires, el Puerto, 1996, pp, 828-829. GIMENO SENDRA, Vicente [et al]. *Derecho Procesal Penal.* 3ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999. Tomo II pp. 62.

5. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Sistema procesal español.* Barcelona, Bosch, 1999, pp. 70.

6. Cfr. MIXÁN MASS, Florencio. *Derecho Procesal Penal.* Trujillo, Ediciones jurídicas, Tomo I, p. 113-125. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Garantía jurisdiccional*, en: VARIOS AUTORES, *Código Penal Comentado.* Lima, Gaceta Jurídica. Tomo I, p. 155-157.

III. LA LEGALIDAD PROCESAL PENAL EN LA JURISPRUDENCIA

Dada la escasez de resoluciones judiciales que hagan referencia a este principio, puede afirmarse que la legalidad procesal penal no es en el ámbito jurisdiccional un concepto muy utilizado. Entre la escasa jurisprudencia penal que hace referencia a este concepto podemos citar la ejecutoria suprema del 29 de enero de 1998 (Exp. N.º 1983-97)[7] en la que se señala que:

> «El artículo V del Título Preliminar del Código Penal comprende tres derechos que le han de asistir a todo procesado: el derecho a la legalidad procesal o a ser juzgado de conformidad con las disposiciones de la ley procesal penal; el derecho a ser exclusivamente condenado mediante una sentencia; y el derecho a que dicha sentencia sea dictada por un juez competente limitado por ley o juez legal».

Es decir, se decanta por una definición de legalidad penal como respeto de las normas procesales. No hay más sentencias recientes de la Suprema de Justicia en el mismo sentido, por lo que no podemos hablar de una tendencia jurisprudencial. Resulta ilustrativo, al respecto, la referencia a la legalidad procesal penal en dos plenos jurisdiccionales.

En el Pleno jurisdiccional del año 2000, en el marco de la discusión sobre la aplicabilidad del recurso de nulidad de oficio previsto en el entonces vigente Decreto Legislativo N.º 897, la Comisión objetora se pronunció en el sentido de que:

> Las instancias revisoras no pueden reformar en perjuicio del impugnante, por aplicación de los principios de legalidad procesal, acusatorio y tutela judicial efectiva, entendido éste como el derecho a un recurso eficaz.

El texto no define lo que se entiende por legalidad procesal ni queda claro a qué hace referencia. El Pleno jurisdiccional del 2004 también utiliza el concepto de legalidad procesal. Esta vez, al discutirse la aplicación del artículo 143º del Código Procesal Penal, relativo al arresto domiciliario:

La segunda posición es la que un sector considera razonable, pues se argumenta que la interpretación de las normas que afectan la libertad personal debe ser restrictiva y las que la favorecen amplias; limitando la disposición citada a determinados presupuestos, pues se vulnera el principio de legalidad procesal, cuando se amplía fuera de esos casos ya que no es una interpretación literal, sistemática, ni teleológica, sino arbitraria, al extender a cualquier caso una medida tan grave como la expuesta a pesar de existir otras restricciones que pueden garantizar la concurrencia del imputado al proceso.

Gimeno Sendra, Vicente, Cándido Conde-Pumpido Tourón y José Garberí Llobregat. *Los procesos penales*. Barcelona, Bosch, Tomo I p. 17-20.

7. Fuente: *Diálogo con la jurisprudencia*. Tomo 65, febrero de 2004.

Así, en este último caso, al parecer, la legalidad procesal está siendo utilizada para reclamar una aplicación de la ley procesal que se limite a los supuestos de hecho establecidos normativamente, de manera análoga a la *lex scripta* que rige para el principio de legalidad sustantivo.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional, es de destacarse que no sólo la referencia al principio de legalidad procesal ha aumentado considerablemente desde que fue incorporada de manera expresa en el Código Procesal Constitucional, (podríamos decir incluso que es un concepto que ha comenzado a ser utilizado), sino que además, las referencias a dicho concepto son mucho más frecuentes que en la jurisprudencia penal. Ello, debido probablemente a que, a diferencia del ámbito procesal constitucional, no existe norma penal o procesal penal que haga referencia expresa a la *legalidad procesal penal*.

Así como hay muchas más referencias a este concepto, muchas más versiones del mismo se pueden encontrar, lo que no es más que un reflejo del desacuerdo existente a nivel de doctrina. Así, el Tribunal Constitucional, en alguna oportunidad ha parecido identificar la legalidad procesal penal con la legalidad penal sustantiva. En este sentido, es posible citar las sentencias recaídas en los procesos de hábeas corpus N.º 3390-2005-PHC/TC [Jacinta Margarita Toledo Manrique][8] y la N.º 3674-2005-PHC/TC [Erick Dongo Carrión][9]. El objeto de ambos procesos fue determinar si la falta de precisión en el auto de apertura de instrucción respecto del delito imputado era tal que le impidiese al procesado conocer de manera clara los cargos que se le imputaban. En ambos casos el Tribunal consideró que se trataría de vulneraciones a la legalidad procesal[10] y fundamentó su decisión respecto de este punto de la siguiente manera:

> la necesidad de tutela surge del tenor del artículo 2º, inciso d), de la Constitución, al disponer que «[N] adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)».

Una segunda tendencia al interior de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de la legalidad procesal penal ha consistido en identificar este concepto con el debido proceso. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, al definir la tutela procesal efectiva ha señalado que se trata de:

8. Publicada el 11 de agosto de 2005.
9. Publicada el 7 de abril de 2006.
10. «...El Tribunal considera que la vulneración aducida [...] implica la observancia del principio de legalidad procesal» [Exp. N.º 3674-2005-PHC/TC, Erick Dongo Carrión] «...las vulneraciones aducidas [...] implican la observancia del principio de legalidad procesal...» [Exp. N.º 3390-2005-PHC/TC, Jacinta Margarita Toledo Manrique].

> *«...la situación jurídica de una persona en la que se respetan de modo enunciativo sus principales derechos, y los principios de legalidad procesal penal»*[11].

Cabe citarse, también, la sentencia recaída en el proceso de hábeas corpus N.º 7024-2005-PHC/TC [Jorge Chávez Montoya][12] en el que se cuestionaba el traslado del interno de un penal a otro, alegándose que el mismo se había producido en vulneración al debido proceso. El Tribunal Constitucional consideró en dicha oportunidad que «las vulneraciones aducidas [..] implican la observancia del principio de legalidad procesal...» y procedió a determinar la legitimidad del acto cuestionado analizando si se había o no vulnerado el debido proceso.

Una tercera concepción de la legalidad procesal penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se encuentra plasmada en la sentencia N.º 4124-2004-HC/TC [Fernando Zevallos Gonzales][13]. El demandante cuestionaba la ejecutoria suprema mediante la cual se declaraba la nulidad de la sentencia absolutoria expedida en su favor, alegando vulneración del principio de legalidad procesal penal. Sustentaba la misma en que la nulidad de la sentencia absolutoria expedida en su favor había sido decretada sin observar ninguna de las causales de nulidad establecidas taxativamente en el artículo 298º del Código de Procedimientos Penales. Al respecto, el Tribunal Constitucional determinó que no se había transgredido el derecho invocado considerando que:

> «...por mandato de la ley procesal de la materia, la Sala Suprema tiene la facultad de declarar nula la sentencia recurrida y ordenar nuevo juicio oral a fin de que se subsanen los vicios y omisiones o se amplíen las pruebas, tal como lo dispuso la Ejecutoria Suprema cuestionada(...) De ello se concluye que no se acredita la transgresión del principio de legalidad procesal penal».

De lo expuesto se deduce que el Tribunal Constitucional considera que el contenido del principio de legalidad procesal consiste en el respeto de las normas procesales. El mismo concepto de legalidad procesal penal parece haber sido atribuido el Tribunal Constitucional en otra sentencia [Exp. N.º 2338-2003-HC/TC]:[14]

> «...de conformidad con el respecto al principio de legalidad procesal o procedimiento preestablecido, todo ciudadano al cual se le impute la comisión

11. Exps Nsº 6079-2005-PHC/TC, 2027-2005-PHC/TC, 191-2005-PHC/TC, 6163-2005-PHC/TC, 986-2005-PHC/TC, 4219-2005-PHC/TC, 6342-2005-PHC/TC, 1874-2005-PHC/TC, 1191-2005-PHC/TC, 4016-2005-PHC/TC y 744-2005-PHC/TC [Publicados entre el 21 de junio de 2005 y el 11 de mayo de 2006].
12. Publicado el 16 de mayo de 2006.
13. Publicado el 31 de mayo de 2005.
14. 31 de marzo de 2004.

de un hecho punible, ha de tener derecho a ser juzgado según el procedimiento penal adecuado y previsto en el Código de Procedimiento Penal y leyes complementarias».

IV. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL?

A fin de sostener un concepto de legalidad procesal penal es preciso tomar en cuenta, en primer lugar, que el mismo es, ante todo, un principio de carácter procesal, esto es, que disciplina e informa el modo en que se llevará a cabo un proceso. Es por ello que no puede ser confundido con el principio sustantivo de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24,d de la Constitución, el cual reconoce y garantiza derechos subjetivos de carácter sustantivo. Aunque la citada disposición constitucional establezca expresamente que «***Nadie será procesado*** [...] por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible...» (subrayado nuestro), tal alusión al proceso penal no significa que se esté reconociendo una garantía de orden procesal, sino únicamente sustantiva. La referencia al proceso penal simplemente indica que dicha garantía de orden sustantivo va a ser de observancia no sólo al momento de imponerse la sanción «Nadie será [...] condenado...», sino incluso antes de emitirse sentencia, en el marco del proceso penal.

Asimismo, cabe hacer un deslinde con más de un autor que entiende que el principio de legalidad penal implica una garantía jurisdiccional y de ella se deriva la legalidad procesal penal. Así, suele señalarse que el principio de legalidad penal, a la par que una garantía penal y criminal, comporta también una garantía procesal y otra de ejecución[15]. La garantía jurisdiccional no puede significar lo mismo que el principio de legalidad, sino que se encuentra referida a un ámbito distinto. En efecto, de acuerdo a los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la jurisdicción se configura como un poder-deber del Estado, que no son sino la contraparte del derecho a la tutela judicial[16]. Es evidente que existe una ligazón mucho más fuerte entre el Derecho penal y la jurisdicción, toda vez que el Derecho penal, a

15. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán HORMAZÁBAL MALAREE. *Lecciones de Derecho penal.* Volumen. I. Madrid, Trotta, 1987, p. 87. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal Parte General.* Valencia, Tirant, 1990, p. 59. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General.* 5ª edición. Barcelona, 1998, pp. 77. Si bien se trata de autores extranjeros que toan como base la Constitución española, el artículo 25 de la citada Constitución enuncia también una garantía sustantiva.

16. Cfr. STC Nsº 0017-2003-AI7TC, 0023-2003-AI7TC, y 004-2006-AI/TC

diferencia de las normas de Derecho privado, sólo son de aplicación por medio de un proceso[17], pero ello no implica que se trate del mismo concepto. Por otro lado, el pretender derivar la legalidad procesal penal, de la legalidad penal establecida expresamente en la Constitución, atribuyéndole una garantía de legalidad procesal, desde nuestro punto de vista, no es esencialmente incorrecto sino fuera porque pretende deducir el principio de legalidad procesal de uno sustantivo, desconociendo que el mismo, antes de ser un principio que informa el orden penal, informa el orden jurídico en general.

Uno de los principios que informan el Estado de Derecho es el de legalidad, el cual, evidentemente, tiene una manifestación en el Derecho penal, a través del principio *nulla poena sine lege*. Sin embargo, el principio de legalidad como manifestación del Estado de Derecho tiene su influjo en todo el ordenamiento jurídico estableciendo a la ley como fuente principal del ordenamiento jurídico, informando la actuación del Estado, subordinándola a ella. Es evidente que las transformaciones de la sociedad y el Derecho a través de la historia, las que se ven reflejadas del paso de un Estado liberal de Derecho a un Estado constitucional o de fenómenos tales como la *expansión del Derecho penal*, erosionan el principio de legalidad[18], por lo que el mismo debe ser reexaminado y replanteado. Sin embargo, ello no implica su desaparición, ya que, finalmente, la cláusula Estado de Derecho aún está reconocida en nuestra Constitución (artículo 43º). Asimismo, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional «El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material»[19].

Si el principio de legalidad como elemento del Estado liberal de Derecho presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes de la nación, a través del Poder Legislativo, la legalidad como principio informador de la actividad estatal también vincula a los órganos jurisdiccionales no sólo en cuanto a la norma sustantiva a ser materia de proceso sino sobre el procedimiento que van a seguir.

En palabras de Silva Sánchez:

17. Montero Aroca, Juan. «Los principios del proceso penal, un intento de exposición doctrinal basado en la razón». En: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, Enero-Marzo 1997. N.º 10.

18. Cfr. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995. Silva Sánchez, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Madrid, Civitas, 2001.

19. Cfr. STC 008-2003-AI/TC.

> «Se trata de un principio de legitimación democrática de las intervenciones jurídico-penales como garantía de la libertad de los ciudadanos derivada del principio de división de poderes. Así, resulta que quien no posee la legitimación democrática directa, necesita para intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos, apoyarse en la legitimación material que le presta el legislador como expresión de la voluntad general». [20]

Es por ello que, en tanto el proceso penal implica una intervención en los poderes públicos en los derechos fundamentales, se requiere que el mismo se encuentre legalmente regulado y, asimismo, que el órgano jurisdiccional respete los mecanismos legalmente establecidos, sobretodo, al imponer medidas que restrinjan derechos fundamentales, como por ejemplo, las medidas cautelares personales[21]. Es decir, que el principio de legalidad procesal implica, en primer lugar, que el proceso penal, en tanto forma de intervención en los derechos fundamentales de las personas, debe estar legalmente regulado y a su vez, la actividad del órgano jurisdiccional debe de respetar la normatividad prevista legalmente.

Por otro lado, no es posible dejar de tomar en cuenta el contexto jurídico actual a fin de determinar los alcances del principio de legalidad procesal penal. Factores como el paso del Estado de Derecho liberal (contexto en el que surge el principio de legalidad) al Estado constitucional, supone una transformación del concepto de legalidad. En primer lugar, en cuanto a la supremacía de la ley como fuente que ahora es reemplazada por la Constitución. Así, no sólo el juez está vinculado a la ley, sino que juez y legislador se encuentran vinculados en la misma medida a los mandatos de la Constitución. Así, el carácter normativo de la Constitución, derivable de los artículos 51º y 138º de la misma, transforma, a nuestro entender, el concepto de legalidad procesal penal. Entonces, ya no es la ley la única fuente del proceso penal, debe incorporarse otras, tales como las misma normas de orden constitucional, así como la jurisprudencia constitucional. Evidentemente, estas transformaciones del principio de legalidad no pueden hacerle perder ciertos atributos esenciales, como lo son el hecho de que el proceso penal, en tanto implica una intervención en los derechos fundamentales de las persona debe estar legalmente regulado. Se mantiene, a su vez, la obligación de respetar el procedimiento establecido legalmente por parte del juez.

V. SU TUTELA EN SEDE CONSTITUCIONAL

Si, como se ha visto, el principio de legalidad procesal penal implica, entre otras, la obligación del órgano jurisdiccional de respetar la normativi-

20. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo.* Barcelona, Bosch, 1992 p. 257.

21. Cfr. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el Derecho Penal.* Madrid, Colex, 1990, pp. 77.

dad prevista legalmente, es preciso delimitar la forma de protección de este derecho. La determinación de su ámbito de tutela nos enfrenta ante el problema de los límites del juez constitucional frente a asuntos de mera legalidad. Ello nos conduce, a su vez, a problemas similares a los referidos a la determinación del objeto de tutela respecto del principio de legalidad penal sustantivo, concretamente de la garantía de la *lex stricta*. En dicho supuesto, si bien el principio de legalidad penal como cualquier otro derecho de orden constitucional merece tutela mediante los procesos constitucionales de la libertad, no puede confundirse su tutela con la determinación del verdadero sentido de la norma penal. Es decir, no puede acudirse al proceso constitucional alegando una «incorrecta» interpretación de la ley penal[22]. Del mismo modo, en aquellas situaciones en las que se alegue una contravención al procedimiento legalmente previsto, en realidad estaremos ante una controversia respecto de la correcta aplicación de la norma legal, lo que excede el marco de un proceso constitucional. Así lo ha entendido, también, el Tribunal Constitucional, el que, en una línea jurisprudencial consolidada, evita emitir pronunciamiento cuando se trate de asuntos de «mera legalidad»[23]. En este sentido, resulta coherente con la línea adoptada, como con la finalidad de los procesos constitucionales de la libertad, lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto del control constitucional de las resoluciones jurisdiccionales:

> «...no es labor de la justicia constitucional el resolver asuntos de mera legalidad. Es por ello que el sentido del pronunciamiento en la presente sentencia no consistirá en determinar, desde el texto de las normas legales que fueron de aplicación al proceso penal, qué interpretación resulta más correcta, sino si la resolución cuestionada, aunque corresponda a una correcta aplicación de la ley, resulta vulneratoria de los derechos constitucionales del beneficiario del presente hábeas corpus»[24].

22. Exp. N.º 2758-2004-HC/TC: «Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional debe ser pasible de protección en esta vía, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable a la que realiza un juez penal».

23. Exps. Nsº 1124-2001-AA/TC, 0964-2002-AA/TC, 0570-2001-AA/TC, 3201-2003-HC/TC, 2621-2003-HC/TC, 2758-2004-HC/TC, 0616-2003-AA/TC, 4118-2004-HC/TC.

24. STC 2005-2006-PHC/TC [Manuel Enrique Umbert Sandoval] En el mismo sentido, el Exp. N.º 4124-2004-HC/TC [Fernando Zevallos]: «..del contenido de la demanda se infiere que lo que el recurrente realmente pretende no es que este Tribunal declare la nulidad de la ejecutoria suprema como consecuencia de alguna inconstitucionalidad que la afecte; sino que se subrogue en las facultades reservadas a la Corte Suprema para determinar los supuestos en los que corresponde declarar la nulidad de una resolución judicial absolutoria, asunto que resulta manifiestamente incompatible con la naturaleza del proceso constitucional de hábeas corpus». f. N.º 7.

Es por ello que, atendiendo al hecho de que asuntos de mera legalidad no pueden ser objeto de tutela en procesos constitucionales de la libertad, el contenido constitucionalmente protegido de la legalidad procesal penal se ve restringido. Sin embargo, es de advertirse que en caso la afectación a la normativa procesal redunde, a su vez, en una afectación a esos principios de orden constitucional integrados en el concepto de debido proceso y tutela jurisdiccional, o tutela procesal efectiva, será a través de la afectación a éstos que el juez constitucional asumirá competencia. De otro lado, si la contravención de la normativa procesal no incide en el contenido de ninguno de éstos, carecerá de contenido constitucional y en tal caso no podrá ser materia de un proceso constitucional.

En resumidas cuentas, puede afirmarse que la *legalidad procesal penal* es un término que al ser introducido en nuestra legislación, concretamente en el ámbito procesal constitucional, ha provocado un uso mucho más frecuente y muy poco uniforme. Es por ello que, a partir de lo que implica el principio de legalidad en sentido genérico, como elemento fundamental del Estado de Derecho, se ha intentado construir una definición de legalidad procesal penal.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año II, N.º3, enero - junio, Lima, 2006

Doctrina Constitucional Comparada

- EVELYN HAAS
  «Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán»
- CARLOS BERNAL PULIDO
  «El principio de proporcionalidad de la legislación penal»
- GLORIA PATRICIA LOPERA MESA
  «Las garantías penales como mandatos de optimización»
- PETER HÄBERLE
  «Estudio comparativo de la función y trascendencia de los tribunales constitucionales»

Las garantías constitucionales en el procedimiento penal alemán

EVELYN HAAS
Magistrada del Tribunal Constitucional Federal Alemán

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PROPÓSITO DE UN PROCEDIMIENTO PENAL. 3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL. *3.1. Principios fundamentales. 3.2. Principios derivados. 3.2.1. El principio del derecho de audiencia. 3.2.2. El principio del proceso equitativo. 3.2.3. El mandato de la igualdad de armas. 3.3. Límites generales de intervenciones en los derechos fundamentales. 3.3.1. La reserva legal. 3.3.2. El núcleo esencial de la persona. 3.3.3. El principio de la proporcionalidad.* 4. CUESTIONES CONSTITUCIONALES EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN. 5. CUESTIONES CONSTITUCIONALES EN LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL. 6. CUESTIONES DE PROTECCIÓN JURÍDICA.

1. INTRODUCCIÓN

Como casi ningún otro sector jurídico, el Derecho procesal penal revela la situación política y económica de un Estado, las circunstancias específicas y las concepciones reinantes de orden y de libertad. La imposición de una pena criminal constituye la medida de mayor gravedad entre todas las intervenciones concebibles en los derechos del ciudadano. El Derecho procesal penal alemán actual es el resultado de una evolución histórica que muestra paralelos evidentes con la discusión del concepto y del significado del Estado de derecho y que recibió impulsos decisivos de esta discusión. De ahí resulta que el Derecho procesal también es *Derecho constitucional aplicado*, lo que es acentuado aun por el papel decisivo de la Corte Constitucional Federal en lo que concierne el control de normas procesales de intervención —es decir, que implican una intervención en los derechos del ciudadano— y su aplicación en el caso individual. Eso se pone de manifiesto de forma especialmente clara en la declaración de la Corte Constitucional Federal acerca de que al procedimiento penal le incumbe la tarea de ejercer la pretensión punitiva del Estado en el marco de un procedimiento judicial, conforme a las normas jurídicas, que garantice la salvaguardia efectiva de los derechos fundamentales del inculpado. Los derechos fundamentales se encuentran enumerados en la primera parte de la constitución alemana, en los artículos 2 a 19 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz, GG*) y constituyen derecho de aplicación inmediata que vincula a todos los órganos del Estado, derecho al que se puede acoger el ciudadano también frente a estos órganos.

El procedimiento penal es caracterizado por dos principios opuestos: por un lado, la garantía constitucional de derechos subjetivos que una perso-

na sospechosa de un delito criminal puede oponer al Estado; por otro lado, la obligación del Estado de cuidar de la protección de los ciudadanos como consecuencia del monopolio estatal de la violencia y de garantizar la paz jurídica mediante la persecución penal y la condena del infractor. Por consiguiente, del principio del Estado de derecho consagrado en la Ley Fundamental no sólo se desprende el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado; más bien, en orden al Estado de derecho debe asegurarse al mismo tiempo que personas inocentes sean protegidas contra una persecución injustificada y que los inculpados sean condenados exclusivamente en un procedimiento conforme a las normas jurídicas que salvaguarde sus derechos fundamentales. La constitución no sólo garantiza la libertad *mediante* el ejercicio del poder punitivo estatal; también asegura la libertad del ciudadano *del*, o *frente al*, ejercicio del poder punitivo estatal.

Al respecto, algunos ejemplos: Es así como se plantea la pregunta por la relación entre las garantías constitucionales y el Derecho procesal penal, cuando se trata de analizar la constitucionalidad de la vigilancia acústica del domicilio con fines de persecución penal, al igual que en el caso de la problemática del uso de la violencia de parte de la policía durante el procedimiento de investigación. Pero también forman parte de este ámbito temático los requisitos para medidas de allanamiento en el marco de un procedimiento de investigación, la protección de datos de las telecomunicaciones contra el control, registro, procesamiento y la transmisión no autorizados; la admisibilidad de tests de ADN («huella digital genética») —incluso de controles masivos «voluntarios»— como muchas veces la única posibilidad de obtener indicios o confirmar sospechas; el uso de detectores de mentiras; la utilización de los diarios de vida de un inculpado en el marco de un procedimiento de investigación y el uso de sustancias vomitivas, sobretodo en el ámbito de la lucha contra el narcotráfico, que ha estado acaparando la atención de la opinión pública por las informaciones sobre los casos de muerte que se habían producido en este contexto.

En general, tomando como punto de partida la pregunta por el propósito de un procedimiento penal (a ello, me referiré inmediatamente en la sección 2), quisiera a continuación describir primero los requisitos constitucionales centrales de un Derecho procesal penal con arreglo al Estado de derecho (capítulo 3), para luego analizar algunos problemas específicos que pueden surgir tanto en el sumario o procedimiento de instrucción (capítulo 4) como en el plenario o audiencia de juicio oral (capítulo 5).

2. EL PROPÓSITO DE UN PROCEDIMIENTO PENAL

Un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal acerca de los propósitos perseguidos por un procedimiento penal tiene por resultado

que el propósito ulterior de una administración de justicia penal comprometida con los principios del Estado de derecho y a la vez efectiva es la realización de la justicia. Específicamente, este propósito está compuesto por cuatro elementos, a saber: la satisfacción de la necesidad de una *persecución penal efectiva*, el *interés por averiguar, en el procedimiento, la verdad de manera lo más completa posible*, el *esclarecimiento de delitos graves como cometido esencial de una colectividad organizada con arreglo al Estado de derecho* y el *derecho del inculpado a un proceso penal equitativo de acuerdo con las normas del Estado de derecho*. En suma, el objetivo del Derecho procesal penal es la realización y la implementación del derecho penal material.

Aquí debe tenerse en cuenta que estos objetivos, por su naturaleza abierta, requieren un alto nivel de concreción en cada caso específico, lo cual posibilita también relacionarlos y compensarlos entre ellos por la vía de la ponderación; no se puede comprobar una preeminencia de uno u otro de estos principios en la jurisprudencia. En este sentido, el procedimiento penal regulado por la ley proporciona, por un lado, las bases jurídicas para poder intervenir, con el propósito de la persecución penal, en posiciones legales protegidas por derechos fundamentales; por otro lado, las facultades que el derecho procesal entrega para tales intervenciones son limitadas, a su vez, por la importancia establecedora de valores de los derechos fundamentales consagrados en la constitución.

La instancia llamada a controlar y actualizar las garantías constitucionales en este campo de tensiones es la Corte Constitucional Federal, la que no sólo dirige su mirada al legislador y a la jurisprudencia de los tribunales penales, sino que al mismo tiempo, mediante la interpretación judicial de la constitución, concreta las garantías constitucionales de forma jurídico-sustantiva.

En suma, un procedimiento penal tiene entonces, por una parte, la tarea de ejercer el derecho de castigar o, dicho de otra forma, la pretensión punitiva del Estado en un procedimiento judicial, conforme a las normas jurídicas, por motivo de la protección de los bienes jurídicos de los individuos y de la comunidad. Por otro lado, han de garantizarse en forma efectiva los derechos fundamentales de una persona que se encuentra ante la posibilidad de una condena. De la dignidad del ser humano como una persona que actúa en responsabilidad propia deriva el principio, que determina el procedimiento penal, de que ninguna condena debe aplicarse sin culpabilidad. Esto ha de asegurarse mediante las correspondientes normas procesales.

3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Es cierto que de la constitución alemana pueden desprenderse importantes reglas y principios para la configuración del Derecho procesal penal;

no obstante, no puede pasarse por alto que las garantías constitucionales —por cuanto corresponden a la idea de una constitución como ordenamiento marco— frecuentemente son sólo de índole puntual y que, por lo tanto, sólo pueden surtir su efecto en ámbitos específicos. Por consiguiente, no puede deducirse de la constitución una teoría general del Derecho procesal penal, y menos aún está el Derecho procesal penal tan penetrado del derecho constitucional que habría que concederle rango constitucional.

Por consiguiente, el Derecho procesal penal alemán no puede inferirse en su detalle de la Ley Fundamental; ésta sólo obliga al legislador a desarrollar reglas para el ámbito de la persecución penal que resulten de conformidad con la constitución.

3.1. Principios fundamentales

3.1.1. La garantía de la dignidad humana

La dignidad humana es el principio constitutivo fundamental y el valor superior de la constitución alemana. A pesar de todas las dificultades a la hora de abarcar el contenido sustantivo de la dignidad humana consagrada en el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental, su función limitadora en el procedimiento penal es indiscutida: Por ejemplo, la prohibición de la autoinculpación forzosa (*nemo tenetur se ipsum accusare*) dispuesta en el artículo 136, párrafo 1, inciso 2, del Código alemán de Procedimiento Penal (*Strafprozessordnung, StPO*) radica, según la opinión preponderante en la teoría del Derecho político alemán, a la que adhirió también la Corte Constitucional Federal, en la garantía de la dignidad humana.

Tampoco es compatible con la dignidad humana convertir a los seres humanos en meros objetos de los poderes del Estado. Eso, sin embargo, no quiere decir —y la Corte Constitucional Federal lo señaló en su resolución acerca de la constitucionalidad del uso de sistemas de escucha para vigilar viviendas— que la dignidad humana sea violada ya por el simple hecho de que alguien se haya convertido en el destinatario de medidas de persecución penal.

La existencia de una violación de la dignidad humana por actividades del Estado dirigidas contra una persona sólo puede tomarse en consideración cuando por la naturaleza de la medida tomada se pone en duda de manera fundamental la calidad de la persona afectada como sujeto, cuando se degrada al ser humano hasta el punto de convertirlo en objeto.

Decidir cuándo se ha traspasado el límite es difícil y sólo es posible en el caso individual concreto. Por supuesto, la teoría del derecho político ha desarrollado fórmulas a tal efecto. Suenan muy bien, pero carecen de vida o de sustancia cuando dicen, por ejemplo, que se viola la dignidad humana si el

tratamiento dado por el poder público a una persona no respeta el valor que corresponde a cada ser humano por sí mismo.

En su resolución reciente sobre la vigilancia acústica de viviendas, la Corte Constitucional Federal recalcó que la garantía de la dignidad humana también comprende un núcleo esencial de la vida privada y explicó que, por consiguiente, este núcleo esencial es inviolable y no debe ser relativizado a través de la ponderación con otros bienes jurídicos o con el interés público en la efectividad de la persecución penal conforme con el principio de proporcionalidad. Con ello se le impide al Estado investigar la verdad a cualquier precio.

La garantía de la dignidad humana despliega sus efectos protectores también en lo que concierne la obtención y utilización de pruebas en el procedimiento penal, tal como la Corte Constitucional Federal ya aclaró en una resolución de los años setenta acerca de la posibilidad de aprovechar como prueba los diarios de vida de un inculpado. En su momento, sin embargo, la Corte Constitucional Federal en definitiva aprobó la posibilidad de hacerlo, considerando que las anotaciones, incluso de naturaleza muy privada, no forman parte necesariamente de aquel núcleo esencial, protegido en forma absoluta, cuando contienen informaciones acerca de delitos próximos o ya cometidos. En este sentido, su aprovechamiento puede también justificarse alegando un interés preponderante de la comunidad, lo que incluye precisamente el esclarecimiento efectivo de delitos graves. En vista de la composición personal de la Corte, dudo de que esta resolución pudiera tomarse en la actualidad.

Finalmente, la protección de la dignidad humana garantizada por la constitución despliega su influencia también en el ámbito de la ejecución de la pena. La ejecución de una condena viola la dignidad humana del autor del delito, si la suspensión de la ejecución se considera sólo en caso de muerte inminente o de enfermedades gravísimas, por lo que la oportunidad de vivir en libertad queda reducida a un resto de vida caracterizado por la proximidad de la muerte.

Refiriéndose a esta resolución, la Corte Constitucional de Berlín, en el caso *Honecker* del año 1993, que concernió al último jefe de Estado de la RDA, llegó a la conclusión de que la continuación de la detención preventiva era incompatible con el mandato de respetar la dignidad humana, al menos cuando el inculpado sufre una enfermedad grave e incurable.

Es cierto que aquí la Corte Constitucional de Berlín se refirió en forma injustificada a la resolución de la Corte Constitucional Federal sobre la ejecución procesal penal, nivelando así las diferencias entre la ejecución de la pena y la prisión preventiva. Sin embargo, la Corte parte de la consideración acertada de que, en casos en que el inculpado padezca una enfermedad física o

mental, existe una alta probabilidad de que el proceso penal de todas maneras tenga que sobreseerse por la falta de capacidad del inculpado para enfrentar un juicio, de modo que la continuación de la prisión preventiva, cuyo objetivo es asegurar las investigaciones contra el inculpado y la presencia del acusado en el procedimiento penal, ya no tiene sentido porque no podrá alcanzar su propósito.

En casos en que el respeto de la dignidad humana del autor de un delito, establecido en la constitución, exige que el Estado renuncie a su pretensión punitiva, ya no tiene cabida una ponderación con el objetivo legítimo de alcanzar la pacificación mediante el procedimiento penal. En todo caso, la satisfacción basada en la venganza es ajena a un Estado civilizado.

3.1.2. El principio del Estado de derecho

Aparte de la garantía de la dignidad humana, regulada en el artículo 1, párrafo 1, de la Ley Fundamental, el principio del Estado de derecho de la Ley Fundamental tiene una importancia central para el procedimiento penal.

Independientemente de la pregunta en qué base dogmática ha de fundarse este principio y cuáles son los elementos específicos que incluye, pueden señalarse como elementos estructurales de un procedimiento penal conforme a las normas de la constitución los siguientes:

El primer principio es la *presunción de inocencia*, garantizada también según el artículo 6, párrafo 2, de la Convención Europea de Derechos Humanos, que por una parte exige que sean comprobados el delito y la culpabilidad del autor, y de la cual se deduce, por la otra, que se supone la inocencia del autor hasta la comprobación legal de la culpabilidad.

En definitiva, la presunción de inocencia prohíbe, por un lado, que en un procedimiento penal concreto se impongan sin comprobación legal de la culpabilidad medidas contra un inculpado que en su efecto equivalgan a una condena y lo traten como culpable. La presunción de inocencia exige la comprobación irrevocable de la culpabilidad antes de que ésta se pueda reprochar a un condenado en las relaciones jurídicas en forma general.

No obstante, de la presunción de inocencia no se desprende la inadmisibilidad de medidas de persecución penal como, por ejemplo, la detención provisional o la prisión preventiva, porque tales medidas sirven precisamente para esclarecer el hecho reprochado y por ello son imprescindibles para llevar a cabo un procedimiento penal orientado en los principios del Estado de derecho. Sin embargo, según las leyes ordinarias estas medidas están sujetas a condiciones concretas; la prisión preventiva, por ejemplo, a la existencia de una sospecha fundada, o el peligro de fuga, o la posibilidad de entorpecimiento del sumario, es decir, del peligro de que alguien aproveche el resto

del tiempo que tarda el esclarecimiento del hecho para borrar las huellas de éste o para eliminar testigos o influir sobre ellos.

Otro principio que se basa en el principio del Estado de derecho es el *principio de legalidad*. Según este último, el legislador está obligado a determinar él mismo las condiciones de una persecución penal. Al reunirse estas condiciones, deben iniciarse medidas de persecución penal. Por lo tanto, las autoridades encargadas de la persecución penal no son libres a la hora de decidir si iniciarán un procedimiento de instrucción en un caso individual.

Sin embargo, no hay principio sin excepciones. Según el igualmente vigente principio de oportunidad, puede renunciarse a la persecución penal en un caso concreto, cuando ésta no es precisamente necesaria desde el punto de vista de la prevención. Por consiguiente, la obligación de perseguir penalmente es limitada conforme a las disposiciones legales (por ejemplo, conforme a los parágrafos 153 ss del Código alemán de Procedimiento Penal).

En vista de la indeterminación del principio del Estado de derecho, en principio no se pueden derivar de él normas concretas de conducta indicadas exclusivamente por la constitución. Incumbe más bien al legislador escoger entre posibles alternativas al concretar el principio constitucional. Sólo cuando resulta inequívoco, teniendo en cuenta todas las circunstancias, que ya no se cumplen requisitos que son indispensables en un Estado de derecho, pueden sacarse de los propios requisitos conclusiones concretas para la organización de un procedimiento penal. Esto tiene aplicación, por ejemplo, en lo que concierne la duración de un procedimiento penal y el principio de la agilización judicial o principio de celeridad que radica en el principio del Estado de derecho.

La siguiente resolución puede ilustrar esta situación: El recurrente interpuso un recurso en el año 2005 contra la continuación de la prisión preventiva a la que estaba sometido desde mediados del 2002. El tribunal recalcó la importancia central, radicada en el principio del Estado de derecho, del mandato de celeridad, y explicó a continuación que una dilación considerable del proceso penal de responsabilidad de las autoridades encargadas de la persecución penal es incompatible con este mandato. Según el tribunal, ello rige también después de dictarse el fallo en primera instancia y debe considerarse a la hora de analizar si procede o no ordenar la continuación de la prisión preventiva. Es así como, por ejemplo, a mayor duración de la prisión preventiva serán también mayores los requisitos frente a las razones que justifican una prolongación de la medida.

3.1.3. El mandato de la protección jurídica efectiva

La efectividad de la protección jurídica exige que el individuo pueda, también de hecho, hacer respetar efectivamente sus derechos en el procedi-

miento jurídico respectivo y que en general no tenga que soportar las consecuencias de intervenciones estatales sin previo examen judicial.

De ello, sin embargo, no se desprende un mandato de protección jurídica *inmediata.* Protección jurídica efectiva significa protección jurídica en un *plazo adecuado o razonable*. Cuanto mayor sea la intervención y cuanto más las medidas del poder público creen hechos irreversibles, tanto más intensiva debe ser la protección jurídica.

Teniéndose en cuenta estos parámetros, tampoco suscita reparos el hecho de que el Derecho procesal penal en principio no ofrezca protección jurídica contra el inicio y la realización de un procedimiento de instrucción por parte de la fiscalía, ya que éste es un procedimiento preparatorio y el inculpado además tiene a su disposición posibilidades suficientes de protección jurídica en la audiencia intermedia y la audiencia del juicio oral. Sólo podría regir otra cosa en aquellos casos en que resultase objetivamente arbitraria la incoación o la continuación de un procedimiento de instrucción.

El mandato de celeridad en la realización del proceso penal no sólo presupone la existencia de simples reglas de procedimiento, sino también un derecho penal cuyas normas sean claras y precisas y que, en lo posible, dé la menor cabida posible a estrategias complicadas de interpretación jurídica.

Desde ya, la determinación o precisión de las normas penales es indicada en un Estado de derecho, porque éstas se dirigen en primer lugar a los ciudadanos no versados en derecho y regulan su conducta. Por lo tanto, el ciudadano debe tener la posibilidad de reconocer, sin asistencia jurídica, qué se exige de él.

Naturalmente, puede alegar un error de derecho en el procedimiento penal. Esto, sin embargo, no sólo provoca valoraciones jurídicas complicadas —como demuestran las teorías del error en el derecho penal— sino también supone una carga considerable para el individuo afectado por un procedimiento penal, lo que debe evitarse.

3.1.4. El derecho al juez legal

Uno de los principios de procedimiento esenciales es que nadie podrá ser sustraído a su juez legal. Este mandato constitucional regula, por un lado, la determinación y la previsibilidad, no sólo del respectivo tribunal competente sino también de la sala o del cuerpo resolutorio competente en este tribunal; a la vez, se trata de un derecho equivalente a un derecho fundamental, cuya violación también puede alegarse por el recurso de amparo constitucional.

Regulaciones en forma de preceptos jurídicos en la Ley Orgánica de Tribunales (*Gerichtsverfas-sungsgesetz*) determinan las competencias de las diferentes jurisdicciones. Los planes de la distribución de asuntos dentro del

tribunal, que pueden ser consultados por los intervinientes en el proceso, aseguran que quede definida la competencia para determinados procedimientos y que cada uno pueda tener conocimiento de ella. De este modo, la selección de un juez o de un tribunal según el caso individual es imposible por principio. La determinación del juez debe, por ello, abarcar cada posible caso individual y definir la competencia objetiva, territorial y jerárquica de la manera más inequívoca posible, a fin de excluir cualquier margen evitable para el aplicador de normas.

Ahora bien, según parece, esta garantía del juez legal es formulada de manera especialmente detallada en Alemania. En los demás países europeos, por regla general, basta con la definición del tribunal competente. La determinación adicional del cuerpo resolutorio pretende prevenir el peligro de que la judicatura sea expuesta a influencias ajenas a los hechos por una manipulación de los órganos jurisdiccionales. Con ello se pretende garantizar la independencia de la jurisprudencia y asegurar la confianza de las personas que recurren a la justicia, y también del público, en la imparcialidad y la objetividad de los tribunales.

Cuánta importancia tiene este requisito queda demostrado por el hecho de que no pocas veces se sustituyen jueces por otros más proclives al gobierno de turno sin dar explicación alguna o muy pobre para fundamentar tal decisión. Esto viola también el principio de la inamovilidad de los jueces.

Especialmente en el procedimiento penal, el juez legal tiene una importancia considerable. Necesariamente despertará desconfianza cuando antes de iniciarse un procedimiento penal —más aún cuando podría tener relevancia política— se nombra a nuevos magistrados, que luego tendrán la competencia para sustanciar ese proceso.

Ahora bien, tampoco el sistema alemán puede excluir del todo la posibilidad de que un juez recién nombrado sea asignado a una sala que sustanciará un proceso penal importante y que su nombramiento pueda cambiar la mayoría en esta sala. Sin embargo, la situación jurídica descrita sí impide en general que se produzcan intervenciones masivas por parte de la política mediante el nombramiento de jueces en vista de un procedimiento determinado.

3.1.5. Garantías legales en caso de privación de libertad

Como demuestra ya la tradición constitucional inglesa con la Magna *Carta Libertatum* de 1215, la *Petition of Rights* de 1628 y la Ley de Hábeas Corpus de 1679, la libertad de la persona, garantizada como derecho fundamental, ocupa un alto rango entre las garantías constitucionales. La Ley Fundamental alemana garantiza la libertad de la persona en el artículo 2, párrafo 2, y asegura esta libertad en el procedimiento penal mediante las

correspondientes disposiciones procesales (artículo 104 de la Ley Fundamental).

Las regulaciones procesales del artículo 104 de la Ley Fundamental repiten y afirman en primer lugar que la libertad de la persona podrá ser limitada únicamente en virtud de una ley formal. La intervención más grave, la privación de libertad, puede efectuarse sólo por resolución judicial. Por consiguiente, el juez o magistrado es plenamente responsable por esta intervención en la libertad de la persona. A nuestro entender, la reserva del fallo judicial asegura la libertad de la persona en más alto grado que una privación de libertad que fuera ordenada por otros órganos del Estado.

Este concepto se basa en una concepción especial del juez —de su personalidad y su función—. Según esta concepción, un juez es independiente e insobornable (lo que se sobreentiende). Es independiente frente a la opinión pública contingente, frente a los grupos de presión privados, como también frente a la opinión de los órganos estatales. En esta concepción no caben la justicia que dispensa favores ni los jueces dispuestos a complacer los órganos del Estado. La pauta del juez es *únicamente* el derecho, cuyas normas han de ser claras y determinadas.

No obstante, en casos excepcionales, la privación de libertad (arresto y detención por la policía) es admisible también sin fallo judicial previo. Sin embargo, inmediatamente después debe producirse un fallo judicial. Puede prescindirse de un fallo judicial de forma provisional sólo si el objetivo —constitucionalmente admisible— que se persigue con la privación de libertad no pudiera realizarse de otra manera.

En lo que concierne al Derecho procesal penal, la orden de prisión preventiva es probablemente el caso más importante en que se aplica la privación de libertad. Aquí se manifiesta la relación de tensión entre la libertad individual por un lado y las exigencias de una persecución penal efectiva por el otro.

La intervención en la libertad sólo puede tolerarse si, y en la medida en que la pretensión legítima de la comunidad estatal al esclarecimiento total del delito y al castigo rápido del autor no puede ser asegurada de otra forma que por medio de la detención provisional. La Corte Constitucional Federal ha subrayado reiteradamente en su jurisprudencia que las limitaciones necesarias y adecuadas de la libertad de un inculpado, cuya culpabilidad del delito al fin y al cabo no ha sido probada y que no ha sido condenado aún, han de verse siempre en contraste con la pretensión de la libertad como elemento correctivo, y que su peso frente al interés por la persecución penal se incrementa a mayor duración de la prisión preventiva.

Conforme a eso, los tribunales tienen la obligación —por una parte, en la medida en que aumenta la duración de la detención preventiva— de trami-

tar estos procesos con particular celeridad. Con el paso del tiempo aumentan además las exigencias en cuanto al motivo que justifica la prolongación de la detención; por consiguiente, cada resolución judicial acerca de la prolongación de la detención debe contener explicaciones actuales al respecto, así como sobre la ponderación entre el derecho fundamental del inculpado a la libertad y el interés de persecución penal.

En general, la prisión preventiva, tanto en lo que atañe a su ordenación como a su ejecución y su duración, es dominada por el principio de la proporcionalidad. Por lo tanto, ya no es necesaria cuando existen medidas menos duras que demuestren ser igualmente útiles para lograr el objetivo.

3.1.6. El mandato de la determinación legal de la pena

El mandato, regulado en la constitución (artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental), de que la punibilidad de un delito debe haber sido establecida por la ley *antes* de la comisión del delito se manifiesta como normalización constitucional del principio del Estado de derecho. En este contexto, punibilidad significa en primer lugar sólo la reacción de desaprobación frente a una conducta culpable por parte del poder estatal. Con la estricta reserva legal, la constitución exige que los requisitos de la punibilidad y el tipo de pena (pena privativa de libertad o pena pecuniaria) deben ser regulados en una ley aprobada por el Parlamento.

Según la opinión general, esta reserva parlamentaria tiene una doble finalidad. Por una parte, se trata de proteger al destinatario de la norma jurídica, quien tiene que prever qué conducta está prohibida y es punible para poder adaptar su conducta a ello. Por la otra, únicamente el legislador —y no, por ejemplo, el Ejecutivo o el Poder Judicial— debe decidir acerca de la punibilidad de un acto.

A la inversa, esto significa que al Poder Judicial le está prohibido fundamentar o endurecer tipos penales o penas mediante el Derecho consuetudinario o mediante analogía.

Con ello, también es inadmisible —en vista del mandato de la determinación legal de la punibilidad antes de la comisión de un delito— la fundamentación o el endurecimiento retroactivo de la punibilidad. La constitución impide que lo ilícito de un acto reciba una revaloración *ex post* en detrimento del autor. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, la irretroactividad consagrada en el artículo 103, párrafo 2, de la Ley Fundamental rige solamente para el derecho penal (incluyendo el derecho penal administrativo), pero no para el orden jurídico en general. No abarca el Derecho procesal penal ni tampoco ciertos requisitos de la persecución penal como, por ejemplo, la exigencia de una querella como condición de la persecución penal o la prescripción, lo cual fue muy controvertido en el pasado.

3.1.7. La prohibición de condenas múltiples

La prohibición de condenas múltiples por el mismo hecho (artículo 103, párrafo 3, de la Ley Fundamental) limita el derecho del Estado de castigar en el interés de la paz jurídica y a favor de la libertad y la dignidad de las personas afectadas. Por principio, los absueltos y los penados no deben temer ser otra vez demandados judicialmente por el mismo reproche de un acto punible. La prohibición de las condenas múltiples abarca las leyes penales generales, es decir, el Derecho penal criminal.

Contrario al texto literal de la norma que habla del castigo múltiple o reiterado (*mehrmalige Bestrafung*) por el mismo hecho, la prohibición de la repetición de un proceso penal ya realizado a causa del mismo hecho se aplica siempre cuando el hecho fue objeto de una sentencia firme y ejecutoriada de un tribunal penal; es decir, también en aquellos casos en que el inculpado fue absuelto. En este caso, la acción penal ha sido agotada en su totalidad.

Según la opinión dominante, las sentencias firmes y ejecutoriadas impiden no solamente una nueva condena por un tribunal penal, sino también la iniciación de un nuevo procedimiento de persecución penal. En este sentido hay aquí un impedimento procesal de Derecho procesal penal.

En casos excepcionales extremos, la ley prevé una revisión de la causa de conformidad con el Derecho procesal penal (§ 362 del Código de Procedimiento Penal) en perjuicio del acusado. Por ejemplo, en casos en que la persona absuelta más tarde entregue una confesión o si hubo testigos que testimoniaron en falso premeditadamente a favor de la persona absuelta. En estos casos, mantener el fallo original llevaría a un resultado sencillamente intolerable. Los motivos de la revisión de la causa son normados en forma definitiva, y, como constituyen un quiebre considerable de la cosa juzgada, deben interpretarse —según la opinión general— en forma restrictiva para no sobrecargar la relación de tensión entre la seguridad jurídica y la justicia material.

3.2. Principios derivados

Aparte de los principios fundamentales de la constitución ya mencionados, la Corte Constitucional Federal ha desarrollado otras condiciones normativas para el procedimiento penal que se presentan básicamente como una unión de diferentes elementos del principio del Estado de derecho, por un lado, y de los derechos fundamentales, por el otro. Sin embargo, no se trata de normas absolutas del Derecho constitucional, sino más bien de parámetros derivados de la constitución, que en el caso particular pueden ser invocados para perfilar y precisar las afirmaciones básicas de la constitución en el ámbito del Derecho procesal penal.

3.2.1. El principio del derecho de audiencia

De importancia fundamental para el Derecho procesal penal es el derecho del ciudadano de ser oído legalmente ante los tribunales, consagrado en el artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental. Esta norma ha sido calificada a veces como *derecho fundamental*, otras veces como *derecho procesal fundamental* o *derecho equivalente a los derechos fundamentales*.

En todo caso, es un derecho subjetivo del ciudadano, cuya violación puede alegarse por la vía del recurso de amparo constitucional. Se trata de un *derecho procesal originario* del ser humano que debe garantizar que el individuo no sea meramente un objeto de la resolución judicial, sino que tenga ocasión de ser oído antes de un fallo que afecta sus derechos.

Como expresión del principio del Estado de derecho, el derecho de ser oído, consagrado en el artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental, es además un principio de derecho objetivo que como tal asegura estándares elementales del Estado de derecho para los procesos judiciales.

En el detalle, el artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental apunta a facilitar una resolución correcta y justa y a garantizar una conducción objetiva y equitativa del proceso a través de la disposición imparcial del juez a utilizar y valorar los hechos presentados en el proceso. En suma, la disposición impide que una persona sea juzgada en forma sumaria en un proceso judicial.

Debe existir la posibilidad, como concreción de la garantía constitucional de la dignidad humana, de defenderse en una situación grave y que significa una gran carga para el individuo —como es la situación de un procedimiento penal— con argumentos de hecho y de derecho. La persona afectada debe tener la oportunidad de expresar su posición en forma escrita u oral frente al tribunal acerca de las acusaciones en su contra, presentar solicitudes y realizar alegatos. En forma correspondiente, el tribunal debe tomar nota de estas declaraciones o por lo menos tenerlas en consideración.

*3.2.2. El principio del proceso equitativo**

Además, ampliando las exigencias que ya se desprenden del artículo 103, párrafo 1, de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional Federal ha deducido del principio del Estado de derecho, conjuntamente con el derecho general de libertad, consagrado en el artículo 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental, un derecho del acusado a un proceso penal equitativo con arreglo a los principios del Estado de derecho para compensar así restricciones que no son abarcadas por garantías más específicas.

* O también debido proceso, en inglés *fair trial*. (N. de la t.).

El derecho a un proceso equitativo no se agota en la autolimitación de los medios del Estado frente a las limitadas posibilidades del individuo, sino que establece al mismo tiempo la obligación para los órganos estatales de llevar a cabo el procedimiento en forma correcta y equitativa.

De ello se desprende para el acusado, quien no debe ser un mero objeto del procedimiento penal, la existencia de un mínimo de facultades activas, a fin de poder influir en el proceso también con medios del derecho procesal y así defenderse en forma adecuada contra injerencias excesivas de entidades estatales.

En vista de la indeterminación del principio del Estado de derecho, es preciso ser cuidadoso cuando se pretende deducir mandatos o prohibiciones generales del principio del proceso equitativo. En principio, le corresponde al legislador escoger, entre diferentes regulaciones posibles, una solución que sea compatible con los preceptos constitucionales.

La cuestión seguramente más problemática desde el punto de vista del proceso equitativo es la de la admisibilidad de acuerdos en el procedimiento penal, que puedan producirse tanto en la etapa de instrucción como en la audiencia del juicio oral. Estos convenios, que en forma neutral suelen denominarse *avenimiento procesal penal* o *acuerdo*, pero que en forma más crítica son calificados como *negociado con la justicia*, han adquirido una importancia considerable, sobretodo en el ámbito de los delitos económicos —desde ya—, por razones de economía procesal.

No obstante, se suscitan reparos cuando la pretensión punitiva del Estado, el cumplimiento de los principios procesales, la apreciación jurídica de un hecho y los principios de la determinación de la pena se ponen a disposición de las partes. Mientras que los acuerdos en la etapa de instrucción son más bien poco frecuentes, la situación es diferente en lo que concierne a los acuerdos en la audiencia del juicio oral, en los cuales esta práctica se ha venido imponiendo.

La Corte Constitucional Federal no considera los acuerdos en el procedimiento penal como inadmisibles por principio. Sin embargo, en una resolución del año 1987 señala que la libertad de la decisión voluntaria y de la actuación de la voluntad del acusado no debe ser menoscabada, y que por ello tampoco debe presionarse al acusado a entregar una confesión, prometiéndole ventajas no previstas por la ley o mediante engaño. Asimismo, en el interés de establecer la verdad, el juez no debe contentarse con una confesión que el acusado haya entregado a cambio de la promesa de una atenuación de la pena, cuando se impone la continuación de la diligencia de pruebas. Sin embargo, un tribunal sí puede prometer a un acusado que una confesión tendrá un efecto atenuante. En el contexto de tales acuerdos, la fiscalía puede

renunciar a determinados cargos, de modo que se reduzca el peso de la acusación en general y, con ello, también el marco penal.

En general, en las últimas décadas se ha ido desarrollando una jurisprudencia moderada de los tribunales ordinarios especializados a ese respecto, la que con la resolución de principios de la Corte Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*), el máximo tribunal alemán en materia penal, ha sido llevada a un término provisional.

Según esta resolución, un acuerdo en un procedimiento penal no es inadmisible en general; sin embargo, debe establecerse con la participación de todas las partes interesadas en el juicio oral público, lo cual, en todo caso, no excluye conversaciones previas fuera de la audiencia del juicio oral. El tribunal que conoce la causa tampoco puede anunciar o prometer una determinada pena antes de la deliberación y discusión de la sentencia; no obstante, no está impedido de indicar un límite máximo para la pena que no traspasará en el caso de una confesión.

No obstante, el tribunal ya no está obligado a respetar esa declaración cuando en la audiencia del juicio oral se evidencian nuevas circunstancias graves imputables al acusado. La intención de apartarse de su promesa previa debe ser comunicada en la audiencia del juicio oral, para dar al acusado y a su defensor la oportunidad de prepararse para ello.

Como la pena ha de ser adecuada a la culpa, el tribunal debe observar las razones generales de la determinación de la pena. Sin embargo, es completamente inadmisible convenir con el acusado, antes de dictarse la sentencia, que renuncie a interponer un recurso.

3.2.3. El mandato de la igualdad de armas

Una estrecha relación con el principio del proceso equitativo, que se desprende del derecho constitucional, tiene también la exigencia de la Corte Constitucional Federal de una *igualdad de armas* jurídico-procesal de los organismos encargados de la persecución penal, por una parte, y el inculpado, por la otra.

Según esto, el Ministerio Público está comprometido en el ejercicio de sus funciones a la legalidad y la objetividad. En el marco de sus investigaciones, debe observar la presunción de inocencia y conducir las investigaciones de tal manera que se evite, en lo posible, el abuso de sus poderes y la restricción de los derechos de los inculpados. En especial, está obligado a investigar también las circunstancias que puedan desmentir las imputaciones que pesan sobre un sospechoso y de resguardar también las pruebas correspondientes.

En términos generales, podría decirse que la idea de la igualdad de armas está ampliamente realizada en la audiencia del juicio oral, mientras que

en la etapa previa de investigación la fiscalía (aún) tiene cierta preponderancia. Pero ello de por sí resulta de la naturaleza de las respectivas etapas.

Para no poner en peligro las investigaciones, se debe conceder a la fiscalía —es decir, de hecho a la policía, a la que corresponde llevar a cabo las investigaciones— la posibilidad de realizar su trabajo sin perturbaciones. Por esa razón, en un primer momento no ha de informarse al inculpado de las investigaciones. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal, en principio no es indicado —pero desde el punto de vista de la efectividad de la protección jurídica— someter la iniciación y realización de un procedimiento de investigación de la fiscalía a un control judicial antes de que hayan concluido las investigaciones.

3.3. Límites generales de intervenciones en los derechos fundamentales

Al analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal sobre el derecho penal procesal, se advierten, junto con los enunciados sobre las respectivas garantías constitucionales, otros que se refieren a los límites de las intervenciones.

3.3.1. La reserva legal

En primer lugar, las intervenciones en los derechos fundamentales —y éste es un enunciado que no rige solamente para el ámbito del Derecho procesal penal, sino en general— requieren una base legal. Particular importancia tiene el derecho a la autodeterminación informativa del individuo, que fue desarrollado por la Corte Constitucional Federal a partir del derecho al libre desarrollo de la personalidad —es decir, el derecho a determinar por sí mismo qué datos pueden llegar a manos del Estado.

Aun así, pueden encontrarse ámbitos en los cuales la Corte —aunque en el resultado haya rechazado la existencia de una violación de un derecho fundamental— ha acentuado la importancia de la reserva legal en el proceso penal. Eso a veces produce resultados un tanto curiosos. Por ejemplo, en opinión de una sala de la Corte, el uso de los llamados *enlaces* (es decir, confidentes de la policía, a los que se recurre en la etapa de investigación) para indagar en la vida de la novia de un sospechoso de homicidio calificado, desconociendo su derecho a negarse a declarar como testigo, es supuestamente improcedente sin una base legal especial que autorice la medida.

3.3.2. El núcleo esencial de la persona

Otra limitación para calificar la intervención en derechos fundamentales la constituye, en opinión de la Corte Constitucional Federal, el núcleo esencial

inviolable de la vida privada, ya mencionado en el contexto de las resoluciones sobre el tema del diario de vida. Este núcleo tuvo una importancia central en la resolución sobre la vigilancia acústica del domicilio mediante micrófonos, que declaró al domicilio un ámbito inaccesible a las investigaciones del Estado como parte de la dignidad inviolable del hombre, y con ello como algo casi sacrosanto. Sin embargo, la Corte ya había tenido la ocasión de analizar y evaluar medidas procesales penales que al menos tocaban este ámbito medular. En el caso de la «impresión dactilar genética», dos salas negaron la existencia de una violación de este núcleo o ámbito medular, con la fundamentación de que el test de ADN sólo apuntaba a la parte no codificadora del ADN, y no posibilitaba ninguna decodificación de las informaciones almacenadas en los genes sobre las características hereditarias de los afectados.

Otro ejemplo es el uso de los llamados *detectores de mentiras* en el proceso penal. Después de que la Corte Constitucional Federal, a principios de los años ochenta, había rechazado el uso de tales aparatos, incluso a petición del inculpado y para desmentir las imputaciones a una persona amenazada con una pena de prisión perpetua, a finales de los años noventa la Corte tuvo nuevamente la ocasión de fijar su posición con respecto a la práctica de la prueba con ayuda de un detector de mentiras.

En los hechos, el tribunal evitó pronunciarse sobre la confiabilidad de tales tests y señaló, en cambio, que el derecho a ser oído ante un juez (del artículo 1 de la Ley Fundamental) en todo caso no establecía ningún derecho a un determinado medio de prueba, y que tampoco era evidente que se pudiera desprender del mandato del debido proceso un derecho al uso de un detector de mentiras.

3.3.3. El principio de la proporcionalidad

Sin considerar su deducción dogmática, la Corte Constitucional Federal invocó el principio de la proporcionalidad como otro límite de las intervenciones procesales. Las intervenciones en los derechos fundamentales deben perseguir un fin legítimo y además ser idóneas, necesarias y razonables. Estos criterios adquieren importancia también en el ámbito del Derecho procesal penal. En este contexto, el principio de proporcionalidad significa que el *sí* y el *cómo* de una persecución penal de parte del Estado debe por principio encontrarse en una relación adecuada con la gravedad y la importancia del delito. La intensidad de la sospecha debe justificar las medidas respectivas, y estas últimas, a su vez, deben ser indispensables y, en general, razonables.

La prohibición del exceso también limita la legalidad de una intervención que de por sí es admisible en lo que concierne a su ordenación, ejecución y prolongación. En general, el principio de proporcionalidad exige del juez,

cuando se trata de una intervención, una ponderación en cada caso específico de las necesidades de la justicia penal, por una parte, y de los derechos fundamentales afectados del individuo, por la otra. Esto finalmente conduce a una gradación de la admisibilidad de las intervenciones procesales según la gravedad del respectivo hecho y la intensidad de la sospecha.

En el último tiempo, la importancia central del principio de proporcionalidad para el proceso penal ha sido subrayada recurrentemente por la Corte Constitucional Federal. Sobretodo con miras al registro domiciliario, la Corte destacó que una medida de este tipo debía ser necesaria justamente para la investigación y persecución del delito, lo cual sin embargo no sería el caso cuando se cuenta con otros medios menos drásticos. Además, la intervención debe encontrarse en una relación adecuada con la gravedad del delito y la intensidad de la sospecha.

4. CUESTIONES CONSTITUCIONALES EN LA ETAPA DE INSTRUCCIÓN

El procedimiento penal alemán es caracterizado por la separación entre el procedimiento de investigación o etapa de instrucción y la audiencia del juicio oral. En el primero, la competencia primaria reside en la fiscalía, aunque en términos reales y efectivos esté en la policía, que presenta los resultados de sus investigaciones a la fiscalía, la que entonces evalúa si formulará una acusación, si se requieren más investigaciones o si pone término al procedimiento. La audiencia del juicio oral, por su parte, se realiza bajo la competencia central de los tribunales.

Precisamente, las intervenciones estatales en el marco de un procedimiento de investigación son de importancia constitucional.

En este punto, el tema que más ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal ha sido la admisibilidad de los registros domiciliarios. Específicamente, la Corte precisó en un gran número de resoluciones los requisitos constitucionales para registros o allanamientos domiciliarios. Es así como la intervención en la inviolabilidad del domicilio debe encontrarse en una relación adecuada con la intensidad de la sospecha y debe además ser necesaria para la investigación y persecución del delito. Por principio, la disposición de una medida de esta índole está reservada al juez, y sólo en casos excepcionales, cuando hay peligro en la demora, se permite que los órganos instructores —es decir, la fiscalía— actúen sin orden judicial.

En cuanto a la característica de *peligro en la demora*, la Corte Constitucional Federal exige una fundamentación referida al caso específico. Meras especulaciones, consideraciones hipotéticas o presunciones que se hagan con independencia del caso concreto no son una base suficiente para suponer que existe peligro en la demora. Pero junto con estas exigencias materiales la

Corte Constitucional Federal también parte del hecho de que la suposición del»peligro en la demora no constituye o crea, por ejemplo, un margen de apreciación discrecional de las autoridades; más bien debe partirse del supuesto de un control judicial irrestricto. Ahora bien, en la práctica ello requiere que no sólo se documente claramente el resultado de la investigación, sino también los fundamentos de la decisión de las autoridades.

Sin embargo, en lo referente a estas últimas exigencias, la Corte Constitucional Federal parece haber perdido un poco de vista el factor tiempo, es decir, la necesidad de actuar en forma rápida. La praxis está esforzándose por encontrar una solución practicable.

Asimismo, la Corte Constitucional Federal ha precisado las requisitos para la admisibilidad de intervenciones procesales en lo concerniente al mandato constitucional de resguardar el secreto de las telecomunicaciones. Es así como el artículo 10 de la Ley Fundamental no sólo protege contra el conocimiento, por parte del Estado, de la comunicación de un ciudadano con otro, sino que extiende esta protección también al procesamiento de la información y de los datos que sigue a la obtención de la información, y la utilización posterior de estos datos.

5. CUESTIONES CONSTITUCIONALES EN LA AUDIENCIA DEL JUICIO ORAL

De importancia central desde el punto de vista constitucional es finalmente la audiencia del juicio oral ante el tribunal, como la instancia a la que el artículo 92 de la Ley Fundamental asigna la competencia judicial. En tanto parte medular del procedimiento penal, esta audiencia apunta a la investigación de todos los hechos objetivos y subjetivos relevantes, y debe poner al juez en condiciones de formarse una opinión acerca de la cuestión de culpabilidad.

La audiencia —oral— se abre o se deniega por el juez mediante auto separado después de haber examinado la acusación de la fiscalía. Según el Derecho alemán, la realización del juicio oral sólo es necesaria en casos graves. En casos sencillos de menor intensidad criminal, el delito puede ser sancionado por orden judicial escrita que sustituye la audiencia del juicio oral.

En ciertas circunstancias, el procedimiento también puede ser sobreseído por culpabilidad menor o por prescripción, que haya extinguido, al igual que una amnistía, la pretensión punitiva del Estado, o, como expuse con anterioridad, por la edad avanzada o la decrepitud del inculpado. Pero, por regla general, esto ya lo hará la fiscalía, de modo que no se llegará a la formulación de una acusación; en el caso de una amnistía o de la existencia de una prescripción, ni siquiera a la apertura de la etapa de instrucción.

En casos de criminalidad grave, se realizará una audiencia de juicio oral pública. Ésta ha de organizarse de tal manera que ofrezca «[…] la garantía máxima posible para la investigación de la verdad tanto como para la defensa óptima del acusado y por tanto para una sentencia justa […]». En este sentido, los derechos fundamentales procesales garantizan también que «[…] fallos que afectan la privación de la libertad personal estén basados en un suficiente esclarecimiento judicial de los hechos y que tengan una base suficiente en lo que concierne a los hechos.»

Sólo en casos excepcionales el acusado puede ser excluido de la participación en el juicio oral. Junto con ello, tiene por principio el derecho a ser defendido por un defensor de su elección. A eso se agrega el derecho del acusado a participar de —es decir, acceder a— las fuentes de la constatación de los hechos. Aquí hay que tomar en cuenta que este derecho, en lo esencial, sólo se refiere al *si* de la participación, mientras que la forma de esta última no puede ser inferida de la constitución. Sólo cuando ya no se cumplen los estándares mínimos del Estado de derecho pueden sacarse conclusiones concretas del mismo principio del Estado de derecho para la organización del proceso.

Cuando se dicta un auto de apertura del juicio oral, el proceso penal por lo general es llevado a cabo en forma pública. El principio de publicidad también se desprende del principio correspondiente al Estado de derecho del proceso equitativo.

Aunque esta publicidad tiene la función de evitar una justicia secreta, no es garantizada en todos los momentos del proceso penal. Es así como el procedimiento por orden penal escrita —la sanción de delitos menores— no es público. Las audiencias del juicio oral en causas penales juveniles tampoco son públicas. Asimismo, es posible excluir al público en casos especiales, regulados por la ley. Tampoco hay que desconocer que la publicidad del juicio trae consigo desventajas para el acusado. Se hacen públicas las imputaciones, lo cual —más allá del procedimiento penal— puede traer considerables desventajas para el acusado y una enorme carga para su familia. Por esta razón, la Corte Constitucional Federal resolvió que las transmisiones televisivas de las audiencias judiciales son inadmisibles. Los límites de la publicidad de las audiencias se desprenden del derecho general de la persona de los intervinientes y del derecho del acusado a un proceso equitativo, así como del concepto de eficacia de la administración de justicia.

Aquí hay que considerar también los efectos de los medios de comunicación sobre la opinión pública, que son vistos en forma sumamente crítica por la Corte Constitucional Federal. En este contexto, la Corte habla de «descripciones distorsionadas de la realidad», de la «preferencia de los aspectos sensacionalistas y escandalosos», del «riesgo de la selectividad hasta la falsificación» y del «efecto denigrante de la exposición pública».

Precisamente, con el trasfondo de la apreciación sumamente crítica —y en mi opinión, realista— de la Corte Constitucional Federal acerca de los efectos de la publicidad mediática, ésta no es indicada ni siquiera con el consentimiento de los involucrados. Por lo tanto, no se va más allá de la presencia de público en la sala de audiencias, tal como la prevé la ley, y contra la que no hay ningún reparo en términos constitucionales. No existe ninguna obligación constitucional de generar o producir la publicidad mediática. Pero con ello no se ha contestado la pregunta de si el legislador está o no impedido de admitir la publicidad mediática en forma parcial, y tomando en cuenta determinados mecanismos de protección.

La Corte Constitucional Federal ha subrayado repetidas veces que es el legislador quien configura el procedimiento penal concretando las normas constitucionales. Entretanto, sin embargo, el Derecho procesal alemán se ha hecho extraordinariamente complejo y difícil de manejar. Además, los procesos, particularmente aquellos relacionados con la criminalidad económica, pueden ser difíciles por los mismos hechos que tratan. Por ello el procedimiento penal alemán es a menudo engorroso y lento.

La culpa de ello, sin embargo, no debe atribuirse solamente al legislador, sino también a la justicia penal de los tribunales supremos y a la jurisprudencia de las secciones de la Corte Constitucional Federal. Un entramado de normas cada vez más fino conduce a una justicia cada vez más lenta.

Eso, por su parte, se contradice con el principio de celeridad que se desprende del principio del Estado de derecho y que sirve también, aunque no exclusivamente, para la protección del acusado. Muchas veces es precisamente la defensa la que, aprovechando toda clase de subterfugios que habilita el Código de Procedimiento Penal, permite que el proceso se arrastre y alargue, esperando sacar provecho de ello en el resultado final; por ejemplo, porque los jueces se pierden en la maraña de solicitudes y cometen errores susceptibles de un recurso de casación, que pueden conducir incluso a la anulación de la sentencia por la Corte Federal de Justicia.

Es difícil de tolerar, por ejemplo, que un proceso que se sustancia por la muerte de dos niños a manos de uno de los padres se prolongue por más de 15 años, porque el máximo tribunal en lo penal anuló dos veces las sentencias. En este caso, otro juicio oral no ayudará a un mayor esclarecimiento de los hechos. Quince años después, la pérdida de pruebas es evidente. Ni los testigos ni los acusados lograrán recordar con precisión. Habrá testigos de la defensa que ya fallecieron o que no son ubicables por otras razones. Podríamos alargar la lista a voluntad. Además, con el paso del tiempo va disminuyendo también la necesidad del Estado de imponer su pretensión punitiva. El Estado comprometido con los principios del Estado de derecho da cuenta de este fenómeno al establecer plazos de prescripción.

Por sus excesos de reglamentación, que no son indicados por el principio del Estado de derecho, el Código alemán de Procedimiento Penal no tiene precisamente una función de modelo.

6. CUESTIONES DE PROTECCIÓN JURÍDICA

Por último quisiera tocar el tema de las posibilidades de protección jurídica frente a intervenciones en los derechos fundamentales en el marco de un proceso penal. Al respecto, en primer lugar, hay que partir del hecho de que la Ley Fundamental confía la tutela de los derechos fundamentales a jueces independientes. No obstante, este modelo teórico es problemático en la medida en que, en la práctica, los organismos encargados de la persecución penal tienen el *derecho al primer paso*, y el Poder Judicial debe limitarse en un primer momento a una función de control. Aun así —y eso ya está consagrado en el plano constitucional— la Ley Fundamental condiciona las medidas coercitivas más antiguas —a saber: el registro domiciliario y la detención— a la existencia de una orden judicial (en sus artículos 13, párrafo 2, y 104, párrafo 2). En todo caso, la constitución, haciéndose cargo de las realidades del proceso penal, les reconoce a los órganos de la persecución penal la competencia de proceder con urgencia en caso de *peligro en la demora*, y esto les da la posibilidad de actuar con eficiencia.

El principio de proporcionalidad de la legislación penal*

Carlos Bernal Pulido
Profesor de Derecho Constitucional y de Filosofía del Derecho en la Universidad Externado de Colombia

SUMARIO: Introducción. I. Los derechos Fundamentales y la legislación penal. *1.1. La tipificación de un delito y la fijación de la pena como ejercicio de la política legislativa. 1.2. La ley penal como intervención en los derechos fundamentales. 1.3. La ley penal como mecanismo de protección de los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales.* II. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el marco constitucional de la legislacion penal. *2.1. Los derechos fundamentales como marco de la legislación penal. 2.2. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales como límites de la legislación penal. 2.2.1. El concepto del principio de proporcionalidad. 2.2.2. La interdicción del exceso. a) Subprincipio de idoneidad. b) Subprincipio de necesidad. c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. 2.2.3. La prohibición de protección deficiente. a) El subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente. b) El subprincipio de necesidad de la prohibición de protección deficiente. c) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente. 2.2.4. El margen de acción legislativo.* Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este capítulo es analizar si el principio de proporcionalidad debe aplicarse como criterio para controlar la constitucionalidad de los tipos penales y de las penas. El interés de este tema estriba en la profunda controversia que la jurisprudencia constitucional colombiana y de otros países ha suscitado en torno a dos preguntas conexas. En primer lugar, se trata del problema de si tipificar una conducta como delito y fijar como sanción una determinada pena es un asunto que concierne en exclusiva al Legislador o si, por el contrario, también es susceptible de ser controlado por la Corte Constitucional. Ahora bien, si la respuesta a este problema radica en la última alternativa se plantea, en segundo lugar, el interrogante de si es racional y legítimo llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes penales sobre la base del principio de proporcionalidad[1]. A continuación abordare-

* Una versión preliminar de este capítulo fue publicada en las memorias de las *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2002.

1. Sobre este aspecto resulta ilustrativa la discusión que la sentencia 136 de 1999 (asunto de la Mesa Nacional de HB) originó en el Derecho constitucional español. Cfr. Sobre esta discusión, entre otros, B. Aláez Corral. «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (a propósito de la sen-

mos estos dos problemas en las respectivas partes, primera y segunda, en que está dividido este estudio.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA LEGISLACIÓN PENAL

Uno de los principios centrales de toda democracia representativa consiste en que las decisiones fundamentales para la sociedad deben ser tomadas por el Legislador. Como es bien sabido, cuando este principio está tipificado por una Constitución que, como la colombiana (art. I.º), además consagra un catálogo de derechos fundamentales y un sistema de justicia constitucional, se institucionaliza una tensión constante e irreductible entre la democracia y la libertad o, más específicamente, entre las decisiones de la mayoría parlamentaria y las concreciones que efectúa la Corte Constitucional a partir de los derechos fundamentales. Esta tensión se expande por todas las áreas en que la legislación se entrecruza con el contenido de los derechos y origina la necesidad de delimitar la competencia del legislador y la de la Corte Constitucional.

El derecho penal es uno de los sectores del ordenamiento jurídico en donde más se acentúa esta tensión competencial entre el legislador y la Corte. En este terreno, la controversia se plantea sobretodo entre tres tesis. Por una parte, se aduce que atribuir la categoría de punibles a determinados comportamientos que se consideran nocivos para la vida social y fijar las sanciones que deben ser impuestas en caso de que se realicen es un asunto de política criminal, ajeno a todo tipo de certezas deducibles de los derechos fundamentales, y que por tanto debe dejarse en las manos de los consensos y las transacciones parlamentarias que se reflejan en la legislación. Desde el flanco opuesto, se afirma que la tipificación penal de una conducta implica siempre una intervención en los derechos fundamentales y que, por lo tanto, a la Corte Constitucional le compete establecer si las intervenciones penales tienen definitivamente el carácter de restricciones válidas o, por el contrario, de violaciones de tales derechos. En otros términos, se señala que toda ley penal implica una intervención en los derechos fundamentales y que consiguientemente puede ser constitucional o inconstitucional. Por último, se aborda la tensión entre la legislación penal y los derechos fundamentales desde la perspectiva del titular de los bienes y derechos protegidos. Como es bien sabido, en el Estado social de derecho, los derechos fundamentales no

tencia 136 de 1999, del 20 de julio de 1999)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional,* N.º 15, 1999, pp. 15 y ss; y J.M. BILBAO URILLOS. «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana del legislador (comentario de la sentencia 136 de 1999 en el caso de la Mesa Nacional de HB)», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* N.º 58, 2000, pp. 277 y ss.

revisten sólo la dimensión de derechos de defensa frente a las intervenciones estatales, sino también, dentro de su dimensión prestacional[2], la faceta de derechos de protección, que exigen conductas positivas del poder público que los garanticen frente a sus propias actuaciones y frente a las acciones de terceros[3]. Desde este punto de vista, toda ley penal aparece como una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales[4]. Por esta vía se sostiene entonces que el legislador penal no sólo puede vulnerar los derechos fundamentales por un exceso de severidad de sus medidas (por ejemplo, la vulneración del derecho de libertad a causa de una pena exagerada), sino también porque la severidad de sus previsiones no alcance a ofrecer una protección suficiente a los derechos y demás bienes constitucionales que se lo ordenan.

A continuación nos acercaremos con mayor detenimiento a estas tres tesis relacionadas con la vinculación del legislador penal a los derechos fundamentales.

1.1. La tipificación de un delito y la fijación de la pena como ejercicio de la política legislativa

En una interesante serie de sentencias, la Corte Constitucional ha establecido claramente que tanto la tipificación penal de una conducta como la fijación de la pena son asuntos que se enmarcan dentro de la competencia del legislador. Es bien cierto que la Corte nunca ha sostenido que de esta afirmación se derive que la legislación penal esté exenta del control de constitucionalidad. Por el contrario, en varios de sus pronunciamientos ha reconocido que el Derecho penal sólo puede entenderse en el marco de la Constitución[5] y que, por lo tanto, «la facultad del legislador para restringir

2. Cfr., sobre las dimensiones de los derechos fundamentales, N. Osuna. *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, cap. Tercero.

3. Cfr., sobre eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, A. Julio. *La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

4. Cfr., entre muchos otros, sobre el derecho penal y la pena como mecanismos de protección de los derechos fundamentales y bienes constitucionales S. Mir Puig. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 37. Asimismo, entre muchas otras, las sentencias de la Corte Constitucional colombiana C-565 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara, y C-026 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Diaz.

5. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1994, M.P.: Alejandro Martinez Caballero.

derechos, en desarrollo del *ius puniendi*, no es ilimitada»[6]; o, en otros términos, que «el legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado»[7].

Sin embargo, la Corte ha enfatizado reiteradamente que esta sujeción del derecho penal a los derechos fundamentales no implica reconocer que la Constitución haya definido *ab initio* y de una vez por todas el contenido de la legislación penal. Dicho metafóricamente, la Constitución no se perfila como un microcosmos de la legislación penal, en el que ya se encuentren definidos *in nuce* todos los tipos penales y todas las penas adecuadas para cada momento histórico[8]. Se trata justo de todo lo contrario. Dentro de los amplios márgenes de la Constitución, el legislador está dotado de un espacio de discrecionalidad para determinar el contenido de la ley penal que sea apropiado a las circunstancias sociales, políticas y económicas y que esté en consonancia con la ideología de las mayorías del Congreso. Como la propia Corte señala: «a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones [...] y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, *por lo cual dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes desarrollos de la política criminal*»[9].

Como correlato de esta aceptación, en varios casos la Corte Constitucional se ha restringido a sí misma en el ejercicio del control sobre las leyes penales, es decir, ha declinado todo intento de fiscalizar al detalle la compatibilidad de las medidas adoptadas por el Congreso con los derechos fundamentales. En lo sucesivo nos referiremos a esta postura como la tesis estricta de la autorrestricción. La aplicación de esta tesis ha llevado a la Corte Constitucional a estimar, por ejemplo, que la facultad de establecer regula-

6. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-381 de 2001, M.P.: Jaime Araujo Renteria.

7. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-609 de 1996. M.P.: Alejandro Martinez Caballero y Farro Morón Diaz.

8. La idea de que la Constitución en ningún caso prefigura al detalle el contenido del derecho penal ha sido bien esbozada en la aclaración de voto a la sentencia C-565 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara, suscrita por los magistrados Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez. Esta aclaración discrepa del enfoque conceptual de la mayoría, porque éste partiría de la idea «de que en la Constitución puede encontrarse una visión sustancialista integral del derecho penal». La aclaración continúa: «La drasticidad de la norma (penal) correspondería, según este esquema, a la prefiguración de las penas deducible de la Carta Política».

9. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martinez Caballero y Fabio Morón Díaz, y C-581 de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

ciones punitivas más o menos favorables a los derechos fundamentales, que la Constitución le ha atribuido al Congreso, cobija también la potestad de determinar el momento en que éstas deben comenzar a regir[10]. En la misma dirección, la Corte ha señalado que «definir las causales de extinción del proceso penal es una competencia exclusiva del legislador»[11]. Asimismo, de modo más general, la jurisprudencia de la alta Corte ha establecido con rotundidad que «la verificación acerca de si una sanción penal es suficiente o no respecto del delito para el cual se contempla encierra la elaboración de un juicio de valor que, excepto en los casos de manifiesta e innegable desproporción o de palmaria irrazonabilidad, escapa al ámbito de competencia de los jueces». Si la Corte entrara en estos ámbitos, «estaría distorsionando el sentido del control constitucional», llegaría a decisiones que versan sobre «asuntos de pura conveniencia, reservados para la rama legislativa del poder público»[12]. De este modo, mientras no incurra en una vulneración palmaria de los derechos fundamentales «bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado»[13]. Por último como principio general, la Corte ha dejado sentado que la competencia de «establecer los nuevos hechos punibles, y determinar la jerarquía de los mismos, así como establecer las sanciones y los procedimientos aplicables a los hechos punibles [...] radica exclusivamente en el legislador»[14]; o, en otras palabras, que el legislador «goza de una amplia discrecionalidad, pues únicamente él está llamado a evaluar el daño social que causa determinada conducta y las medidas de punición que debe adoptar el Estado, dentro del contexto de la política criminal, para su prevención y castigo»[15].

10. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martinez Caballero y Fabio Morón Díaz.
11. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1490 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz.
12. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 1997, M.P.: Jorge Arango Mejía.
13. Ídem.
14. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1999, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; cfr. También, sobre el convencimiento de que la dosificación de las penas es un asunto que corresponde en exclusiva al legislador, sentencia C-565 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara.
15. Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-146 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, y C-739 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Existe un buen número de poderosos argumentos que hablan a favor de la tesis estricta de la autorrestricción. Aquí nos referiremos a cuatro de los más importantes: el argumento de la falta de certeza, el de la reserva de ley penal, el de los derechos de protección y el de la libertad positiva.

El argumento de la falta de certeza sostiene que las preguntas de si es correcto punir una conducta y de cuál debe ser la pena a imponer en caso de que se ejecute no tienen una respuesta que pueda deducirse con certeza de los derechos fundamentales o que logre concitar un consenso social extendido y unívoco. Se aduce que la solución a interrogantes tales como si debe punirse el consumo de droga o el aborto, en qué circunstancias y con qué penas, no puede derivarse directamente de las disposiciones de la Constitución. Más bien, se trata de problemas controvertidos en la sociedad, que rehúsan cualquier tipo de consenso y que, por lo tanto, no tienen por qué ser decididos por los jueces, sino por el Legislador elegido democráticamente. La Corte Constitucional ha reconocido el peso de este argumento y algunos de sus alcances. Así, por ejemplo, refiriéndose al derecho disciplinario, la corporación ha admitido:

> No escapa a la Corte la existencia de una amplia disparidad de apreciaciones en el concierto social acerca del rigor, estrictez, naturaleza y extensión de las diferentes penas y sanciones. Se entrelazan en esta materia concepciones disímiles sobre la función de la pena a la que puede imprimírsele un carácter expiatorio, resocializador o intimidatorio, dependiendo del momento histórico y de las ideas que prohije la persona o el grupo social. No será difícil encontrar voces que acremente recriminen la pena por su benignidad junto a otras que se duelan de su rudeza[16].

El segundo argumento se deriva del anterior. Si no existe certeza acerca de la corrección de los tipos penales y de las penas, es lógico pensar que, como establece la jurisprudencia de la Corte, «la determinación de los comportamientos que ameritan sanción y el establecimiento de su naturaleza, alcance y de la respectiva dosimetría punitiva»[17] sea un asunto reservado sólo al legislador[18]. Este sería el sentido de lo prescrito por los artículos 150

16. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
17. Ídem.
18. Cfr., sobre este argumento, la aclaración especial de voto a la sentencia C-239 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Diaz, suscrita por el magistrado Eduardo Cifuentes: «la materia penal pertenece a la reserva del legislador, y lo contrario vulneraría gravemente el principio democrático». Esta aclaración también hace énfasis en la conexión que existe entre este argumento y el de la falta de certeza del ámbito penal: «El activismo de la Corte Constitucional está plenamente justificado allí donde las reglas constitucionales existen y puede extraerse de ellas un claro significado deóntico, así este sea general y requiera posterior desarrollo normativo. Cuando estas condiciones no se reúnen, la Corte entra en el campo del decisionismo y abandona su función juris-

inciso 2º y 29 C.P., que, correlativamente, sustraerían estos asuntos de la competencia de la administración y de la jurisdicción (incluida la constitucional)[19].

En tercer lugar, aparece el argumento de los derechos de protección. De acuerdo con este argumento, la aceptación de que los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales (por ejemplo, la preservación del orden económico o del medio ambiente) revisten también la faceta de derechos y bienes de protección implicar atribuir al legislador la competencia para crear tipos penales e imponer sanciones con un amplísimo margen de discrecionalidad. Como consecuencia, verbigracia, el problema de si un derecho o un bien debe ser protegido mediante normas penales o si, por el contrario, debe garantizarse por medio de otras estrategias menos severas no aparece decidido por la Constitución ni puede ser resuelto por la jurisdicción. Sólo al legislador compete establecer la necesidad de utilizar el derecho penal, como última *ratio*, o decantarse por otro tipo de medidas alternativas[20].

El último, aunque no en importancia, es el argumento de la libertad positiva. Según este concepto, al interior del Estado, al sujeto le viene atribui-

---

diccional con manifiesto menoscabo de la legitimidad democrática cuya intangibilidad debería mantener».

19. Cfr. también, sobre la reserva de ley penal, las sentencias C-739 de 2000, M.P.: Fabio Morón Diaz, y C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltran Sierra, en donde este argumento jugó un papel central para declarar la constitucionalidad de una causal para excluir la pena correspondiente al aborto, introducida por el legislador en el nuevo Código Penal. Allí sostuvo la Corte Constitucional: «Tampoco resulta inconstitucional el parágrafo acusado por la supuesta violación del derecho a la vida como lo afirma el demandante, y por las razones que él aduce para sustentar su demanda, pues el nuevo Código Penal, como ya se dijo, en los artículos 122 y 123 define el delito de aborto como lo consideró conveniente el legislador en el marco de un Estado social, pluralista y democrático de derecho. Y, conforme a su potestad de configuración de la ley, el Congreso de la República juzgó necesario y conveniente de acuerdo con las circunstancias sociales, políticas y culturales establecer una causa personal de exclusión de la pena, la que puede legítimamente adoptarse como decisión legislativa».

20. La Corte Constitucional ha aludido a este argumento en la sentencia C-015 de 1997, M.P.:Eduardo Cifuentes Muñoz: «La protección penal de ciertos bienes y valores debe ser permanente y absoluta y, en este caso, la tutela penal de orden legal corresponde a la obligación positiva constitucional de amparar la vida y los derechos fundamentales de las personas. En cambio, otros bienes pueden ser susceptibles de una protección penal relativa, ya sea porque son propios de determinado ámbito no universal de relaciones o porque su protección eficaz puede buscarse a través de otros medios jurídicos legítimos diferentes de la misma legislación penal, motivo éste que puede justificar inclusive la adopción de políticas criminales enderazadas a 'despenalizar' ciertas conductas. La protección legal del patrimonio y de la buena fe no es ajena a la Constitución, pero de ésta no se infiere que siempre deba tener la impronta del derecho penal. Por consiguiente, la libertad de configuración normativa expresamente reservada al legislador en materia penal, en cuya virtud crea y elimina tipos penales, puede tener más alcance respecto de los bienes susceptibles de tutela penal relativa».

da únicamente la libertad de acometer aquéllas conductas que sean razonables o necesarias. La libertad no consiste en hacer o dejar de hacer lo que se quiera, sino en hacer lo razonable o lo necesario. Conectado con el problema de la competencia del legislador penal, el concepto positivo de libertad indicaría que es el legislador y no el individuo o la jurisdicción constitucional quien debe determinar qué debe entenderse por razonable o necesario. En este sentido, el legislador es la instancia que debe definir las conductas sobre las cuales se proyecta la libertad del individuo[21], y la legislación penal es una de las principales formas de definir por vía negativa los contornos de esta libertad.

El argumento de la libertad positiva también ha resonado en ciertas ocasiones en la Corte Constitucional. Así por ejemplo, este argumento ocupó el centro de la escena en el salvamento de voto de los magistrados JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ, HERNANDO HERRERA, FABIO MORÓN Y VLADIMIRO NARANJO a la sentencia C-221 de 1994[22] (el asunto de la dosis personal). En este salvamento de voto, encabezado por la conocida máxima de MAZZINI: «La verdadera libertad no consiste en el derecho a escoger el mal, sino en el derecho a elegir sólo entre las sendas que conducen al bien», se invoca a favor de la penalización legislativa del consumo de droga y en contra de la sentencia que la declara inconstitucional, lo siguiente:

> Resulta contra la naturaleza de la ley despenalizar una conducta lesiva *per se*. Es un derecho de la sociedad, y de los mismos enfermos, el que la ley no permita el consumo de sustancias que, como está plenamente demostrado, inexorable e irreversiblemente atentan contra la especie humana. No hay ningún título jurídico válido que permita la destrucción de la humanidad. Resulta un contrasentido amparar la despenalización del consumo de drogas, así sea limitado a la llamada «dosis personal», en el argumento de la defensa de la dignidad humana, por cuanto precisamente es esa dignidad la que se ve gravemente lesionada bajo los efectos de la drogadicción.

Debe reconocerse cierto fundamento a los argumentos que respaldan la tesis estricta de la autorrestricción. Es bien cierto que la penalización de ciertas conductas es un ámbito en el que con poca frecuencia puede operarse con premisas analíticas, normativas y empíricas ciertas y ampliamente compartidas. Es igualmente cierto que la Constitución reserva al legislador la creación del derecho penal, y que la faceta de protección de los derechos fundamentales lo habilita y le impone el deber de utilizar la legislación penal para que estos derechos y otros bienes sean garantizados efectivamente. En

21. Cfr. sobre este concepto, entre muchos otros, I. BERLIN. «Dos conceptos de libertad», en ID. *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 200 y ss.

22. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Diaz.

fin, también es cierto que uno de los objetivos legítimos de la legislación penal es encauzar de cierta manera el ejercicio de la libertad individual para posibilitar la convivencia. No obstante, de estos argumentos no puede deducirse que el legislador penal esté sustraído al control de constitucionalidad o que este control sólo deba limitarse a lo evidente, es decir, a extirpar los exabruptos. Llevada al límite, la tesis estricta de la autorrestricción implicaría que el control de constitucionalidad de las leyes penales se restringiera a los aspectos formales (que se haya respetado el procedimiento legislativo y la reserva de ley) y a los límites materiales que la Constitución traza explícitamente a la ley penal. Según estos límites, sólo sería inconstitucional una ley que impusiera la pena de muerte (art. II C.P.)[23], la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 12 C.P.), la esclavitud (art. 17 C.P.), el destierro[24], la prisión perpetua o la confiscación (art. 34 C.P.)[25], o que restringiera los derechos fundamentales de forma meridianamente arbitraria e irracional.

El inconveniente que se origina por esta vía estriba en que la libertad y los demás derechos del individuo quedarían a expensas de otras intervenciones legislativas –que por lo demás son la mayoría de las que se presentan en la práctica– que no llegaran al nivel de lo evidentemente irracional. Podría darse el caso de que estas intervenciones fueran desproporcionadas o carecieran de justificación plausible, pero, por no ser evidentes, escaparían a todo tipo de control. Como la propia Corte Constitucional ha reconocido en otra sentencia, la función de la jurisdicción constitucional no consiste únicamente en suprimir las limitaciones arbitrarias que el legislador imponga a los derechos fundamentales, sino también aquéllas que sean «innecesarias, inútiles o desproporcionadas»[26].

Además, frente a los argumentos antes aludidos debe admitirse que incluso el ejercicio de la reserva de ley penal debe ejercerse dentro del marco que la Constitución le traza al Congreso. También debe reconocerse que la libertad que la Constitución consagra es preeminentemente la libertad negativa, la libertad de hacer u omitir lo que se quiera, y no la libertad positiva, concepto más bien ligado al del Estado autoritario, que se arroga el poder de definir las concepciones del bien que el ciudadano luego debe asumir como propias[27]. Por lo tanto, la ley penal no representa la definición del contenido

23. Cfr., sobre la prohibición constitucional de la pena de muerte, sentencia C-144 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

24. Cfr., sobre la prohibición constitucional de la pena de destierro, sentencia C-046 de 2001, M.P.: Alvaro Tafur Galvis.

25. Cfr., entre muchas otras, sobre estos límites materiales explícitos, sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martinez Caballero y Fabio Moron Diaz.

26. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Asimismo, la C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

de la libertad individual garantizada por los derechos fundamentales, sino un conjunto de intervenciones en el ejercicio de esta libertad, que en todo caso deben estar justificadas por la protección de otros derechos y bienes jurídicos. Así mismo, a pesar de que en el ámbito penal no se disponga siempre de certidumbres que provean al juez de objetividad para decidir, lo cierto es que, por una parte, la libertad no admite injerencias legislativas excesivas y por otra, los derechos fundamentales y demás bienes garantizados por la ley penal no se conforman con cualquier tipo de medidas protectoras.

1.2. La ley penal como intervención en los derechos fundamentales

La segunda tesis acerca de las relaciones entre la legislación penal y los derechos fundamentales sostiene que la tipificación de un delito y la fijación de la pena correspondiente representan una intervención en los derechos fundamentales.

El fundamento de esta tesis se encuentra en la idea de que la Constitución protege la libertad general de acción con normas de derecho fundamental. Esta libertad, que coincide con el concepto negativo de la misma y cuyo nombre varía en cada ordenamiento —por ejemplo, en Alemania se llama libertad general de acción (art. 2.1 Ley Fundamental)[28], pero en España «derecho general de libertad»[29], «libertad general de actuación» o libertad general de autodeterminación individual»[30]—, consiste en la libertad de hacer u omitir lo que uno quiera. Esta libertad desde luego no es absoluta y, por tanto, puede ser objeto de intervenciones y restricciones legislativas. Sin embargo, estas intervenciones y restricciones deben estar siempre justificadas en razón del favorecimiento de otros derechos y bienes constitucionales y deben ser proporcionadas. Dicho en términos metafóricos pero altamente ilustrativos, se admite que la libertad es el punto de partida de la vida en sociedad, es la regla general y sólo puede ser restringida excepcionalmente por la ley, cuando otras razones constitucionales así lo exijan. Además, en este caso, las restricciones deben ser proporcionadas.

Si se aplican estas consideraciones al ámbito penal, se convendrá que la tipificación penal de una conducta implica una intervención en la libertad

27. Cfr. sobre el concepto de libertad negativa y sobre el vínculo de la libertad positiva contra el Estado autoritario, M. BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, segunda parte, II.

28. Cfr. R. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 333.

29. Cfr., entre muchas otras, las sentencias 127 de 1994, f.j. 6 y 137 de 1990, f.j.g.

30. Cfr., entre muchas otras, la Sentencia 120 de 1990, f.j. rr.

general de acción y que, como tal, debe estar justificada, y además que la pena prevista debe guardar proporción con la protección de los derechos y bienes que justifiquen su eventual imposición. Dicho de manera negativa: las leyes penales carentes de fundamento y las penas excesivas están prohibidas por la libertad garantizada constitucionalmente. Como correlato, se atribuye a la Corte Constitucional la competencia para controlar efectivamente la legislación penal en estos aspectos. La práctica de un control efectivo implica la renuncia de la Corte a permanecer tras la línea de lo evidentemente irrazonable o arbitrario, y el imperativo de examinar detenidamente la proporcionalidad de las medidas adoptadas por el legislador. La pregunta, no obstante, es: ¿de qué modo puede llevarse a cabo ese control de proporcionalidad? Y, paralelamente, ¿cómo puede hacerse compatible con el reconocimiento y el respeto de un margen de acción legislativo, que el Congreso pueda hacer valer sobretodo en los casos más farragosos e inciertos?.

De estos interrogantes nos ocuparemos en la segunda parte. Por ahora es preciso constatar que la Corte Constitucional ha aceptado en muchas de sus sentencias los planteamientos de esta segunda tesis, que bien podemos denominar la tesis de la intervención. De este modo, por una parte, la Corte ha reconocido que el artículo 16 C.P. consagra la libertad general de acción, bajo el concepto de derecho al libre desarrollo de la personalidad. La Corte ha entendido este derecho como «la potestad de autodeterminarse, conforme a su propio arbitrio»[31], y en la célebre sentencia C-221 de 1994 ha declarado sin cortapisas que la disposición que lo contempla consagra la «libertad *in nuce*» en la Constitución. Complementariamente, en otras decisiones, la Corte ha enfatizado el carácter constitucional que tiene la libertad general de acción, como uno de los bienes que se debe asegurar a los integrantes de la Nación (preámbulo C.P.), y como el objeto de la expresión «toda persona es libre», del artículo 28 C.P. Según la Corte, la libertad que protege la Constitución comprende «la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios [...] y la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente»[32].

En la misma dirección, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las leyes penales representan una intervención en la libertad general de

31. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-493 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

32. Cfr. sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

acción y que, dado que esta libertad, al igual que los demás derechos fundamentales, no tiene carácter absoluto[33], en principio puede ser restringida por las leyes penales[34]. Del mismo modo, tanto la libertad personal como otros derechos fundamentales (los derechos fundamentales patrimoniales o los políticos) pueden ser objeto de intervenciones legislativas consistentes en la fijación de las penas para los delitos. Estas intervenciones también serán legítimas si se deben a la necesidad de proteger otros derechos o bienes jurídicos y si no restringen los derechos de manera desproporcionada.

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha admitido que toda ley penal es una intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que toda pena es una intervención en la libertad personal o en el derecho que resulte afectado —la propiedad, por ejemplo, si se trata de una multa—, y que es función de la Corte Constitucional llevar a cabo un control de constitucionalidad efectivo de estas intervenciones, para establecer su legitimidad y proporcionalidad.

1.3. La ley penal como mecanismo de proteccion de los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales

La tercera tesis expresa que toda ley penal representa una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás bienes constitucionales que se lo ordenan. Consecuentemente, se sostiene que el legislador penal también puede vulnerar los derechos fundamentales cuando la severidad de sus previsiones no alcance a ofrecerles una protección suficientemente efectiva.

Como antes advertimos, la cláusula del Estado social de derecho (art. I.º C.P.) modifica el contenido que los derechos fundamentales tenían en el Estado liberal. De este modo, junto a la tradicional dimensión de derechos de defensa, que impone al Estado el deber de no lesionar la esfera de libertad

33. Cfr. ídem: «el constituyente no concibió la libertad individual como un derecho absoluto y, por consiguiente, intangible; por el contrario, autoriza su limitación en ciertos casos, como sería por ejemplo la comisión de hechos delictivos». Cfr., sobre el postulado de que ningún derecho tiene carácter absoluto, sentencia C-475 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

34. Cfr. sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz: «cuando el legislador en desarrollo del *ius puniendi* restringe un derecho fundamental, en principio, tal restricción no viola la Constitución, pues el legislador está plenamente facultado para hacerlo, salvo que la restricción misma resulte lesiva del ordenamiento superior (...). El derecho a la libertad, que es el tema de interés en este proceso, puede ser objeto de restricción por parte del legislador, en casos excepcionales y con la observancia de los requisitos y formalidades establecidos en la misma Constitución».

constitucionalmente protegida, se genera un nuevo tipo de vinculación, la vinculación positiva. En esta segunda dimensión, los derechos fundamentales imponen al Estado un conjunto de «deberes de protección»[35], que encarnan en conjunto el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan[36]. Correlativamente a la imposición de estos deberes de protección, los derechos fundamentales dejan de ser en la dimensión positiva meras normas programáticas, hueras declaraciones de principio o normas objetivas, y se convierten en auténticos derechos subjetivos a obtener del Estado una protección efectiva. En muchos casos, esta exigencia de protección efectiva se transforma en la imposición al legislador del deber de expedir leyes penales. La creación del derecho penal, entonces, abandona parcialmente el terreno de la discrecionalidad legislativa y se convierte en un mecanismo de cumplimiento de las exigencias de los derechos de protección. Mediante el derecho penal, el Estado protege los derechos fundamentales de las injerencias más intensas provenientes de los poderes públicos y de los particulares.

En algunas de sus sentencias, la Corte Constitucional ha reconocido este efecto que la vertiente de protección de los derechos fundamentales ha acarreado sobre la legislación penal. Así, por ejemplo, la Corte ha asegurado que «la pena [...] tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas»[37]. Es evidente que los bienes jurídicos más importantes de que son titulares las personas son los derechos fundamentales. Del mismo modo, y aunque sobre ello quepan dudas razonables, ha sostenido que el efecto disuasorio o preventivo de la pena es una de las estrategias más efectivas para proteger los derechos fundamentales de ataques provenientes de terceros[38]. Por consiguiente, cuanto más importantes sean los derechos que deban ser protegidos, más severa deberá ser la pena[39]; y aunque la

35. Cfr. sobre el concepto de deberes de protección, en la doctrina alemana, J. Isensee. «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en AA.VV. *Handbuch des Staatsrechts*, J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), Heidelberg, C.F. Müller, 1992, vol. 5, p. 145.

36. Cfr., con una destacada claridad sobre estos dos tipos de vinculación a los derechos fundamentales, en la jurisprudencia constitucional española, la sentencia 53 de 1985, f.j. 4.

37. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-026 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Diaz. En el mismo sentido, la T-596 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

38. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

39. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1993, M.P.: Carlos Gaviria Díaz: «Dentro de la concepción del Estado social de derecho y con base en la importancia que a los derechos fundamentales otorga nuestra Carta Política, cuando se vulneran los derechos a la vida, a la libertad y a la dignidad a través de los delitos de homici-

dosificación de las penas sea un asunto confiado en principio al legislador, su ejercicio debe llevarse a cabo «con estricta sujeción a los mandatos de la Constitución»[40].

No obstante, hasta el momento tal vez sean el salvamento de voto a la sentencia C-647 de 2001, suscrito por los Magistrados MARCO G. MONROY y RODRIGO ESCOBAR, y la aclaración de voto a la misma, suscrita por los magistrados CLARA I. VARGAS, JAIME ARAÚJO, ALFREDO BELTRÁN y MANUEL J. CEPEDA, en donde con mayor vehemencia se ha reivindicado el efecto de los derechos fundamentales de protección sobre la legislación penal. Como es bien sabido, en dicha sentencia se declaró la constitucionalidad de una causal para excluir la pena correspondiente al aborto, introducida por el legislador en el nuevo Código Penal. Los magistrados que salvaron el voto quisieron hacer valer, contra la opinión mayoritaria, que la sentencia era ilegítima porque se apartaba de los principios sentados en su precedente, la sentencia C-134 de 1994. En esta primera sentencia se afirmó que el Estado tenía «la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y [que] dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente [debía] incluir la adopción de normas penales»[41]. Asimismo, allí se estableció que la protección penal efectiva era únicamente aquélla que se aplicaba a todos los casos de aborto y que no incluía ninguna causal de excepción o de exclusión de la pena, ni siquiera «en el caso de embarazo producto de delitos contra la libertad sexual». Por lo tanto, si era claro que el derecho a la vida, en cuanto derecho de protección, exige la punición del aborto en todos los casos, resultaría inconstitucional, como se expresa en el mencionado salvamento de voto, que el legislador despenalizara algunos supuestos como el que aparece en el artículo 124 del nuevo Código Penal[42]. El

---

dio y secuestro, se hace necesario por parte del Estado la imposición de una pena, y ante todo de un tratamiento punitivo aleccionador y ejemplarizante, atendiendo los bienes jurídicos cuyo amparo se persigue; es decir, que a tales hechos punibles se les debe aplicar las más rígidas sanciones con el objeto de que produzcan un impacto que se encuentre en consonancia con la magnitud del delito cometido y de los derechos vulnerados».

40. Ídem.

41. La sentencia C-134 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa continúa: «El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte».

42. Que «el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas», y que el aborto se realice «en extraordinarias condiciones anormales de motivación».

salvamento de voto concluye entonces que esta disposición «no asegura la protección penal del derecho a la vida del *nasciturus* y con ello desconoce la Carta que ordena perentoriamente al Estado velar por su conservación». En este caso, «la ausencia de sanción tiene como consecuencia inmediata la [...] desprotección».

Por su parte, los magistrados que aclaran el voto aducen contra la fundamentación de la sentencia que, si bien el legislador, «en ejercicio de su potestad de configuración, puede castigar el aborto así como puede prescindir de la imposición de pena en algunas hipótesis en las cuales éste es realizado en nuestra sociedad», la política criminal de esta materia debe respetar todos los derechos fundamentales que resultan afectados. Esto significa que al Congreso le está vedado «desproteger totalmente la vida», permitiendo la práctica libre del aborto, así como también desconocer los derechos de la mujer embarazada (su autonomía personal, su vida y su integridad)). Por esta razón, concluyen estos magistrados: «Si bien los derechos de la mujer no tienen por lo general la virtualidad de anular el deber de protección del ser en gestación, en ciertas circunstancias excepcionales –unas de las cuales son las señaladas en la norma demandada– no es constitucionalmente exigible dicho deber».

La discrepancia entre la fundamentación de la sentencia, el salvamento de voto y la aclaración pone de presente el problema que subyace a las implicaciones de los derechos de protección sobre la legislación penal: ¿en qué punto se encuentra la protección efectiva de los derechos fundamentales mediante las leyes penales? ¿Exigen estos derechos un mínimo de protección (como parece indicarlo la sentencia), o un máximo (como se hace valer en el salvamento), o una medida intermedia, que tenga en cuenta las exigencias procedentes de los derechos y bienes que jueguen en sentido contrario (como se reivindica en la aclaración)? Y además, ¿de qué manera se establece ese punto mínimo, máximo o intermedio? Y, por último, ¿cómo se debe armonizar esta última tesis de los derechos de protección con las dos anteriores? ¿Cómo puede crearse un modelo de relaciones entre los derechos fundamentales y la legislación penal, de tal modo que las intervenciones legislativas protejan lo suficiente (tesis 3), sin ser excesivas (tesis 2) y, de este modo, satisfagan las exigencias provenientes de los derechos, sin que a la vez esto signifique la supresión de todos los márgenes de acción legislativa y la consecuente petrificación constitucional del derecho penal (tesis I)?

La tesis que defenderemos en la segunda parte señala que el principio de proporcionalidad, en sus variantes de interdicción del exceso y de prohibición de protección deficiente, permite dar una respuesta plausible a estos interrogantes.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO PARA DETERMINAR EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL

2.1. Los derechos fundamentales como marco de la legislación penal

Las exigencias aparentemente contrapuestas que se desprenden de las tres tesis antes examinadas pueden armonizarse, si se considera que los derechos fundamentales, en sus dimensiones negativa y positiva, trazan un marco que limita al legislador penal, pero que a la vez depara un amplio margen de acción. La idea es que los derechos fundamentales imponen al legislador ciertos mandatos y prohibiciones implícitos y explícitos que éste no puede transgredir, pero que más allá de estos límites al legislador le está permitido fijar con libertad la política criminal que considere pertinente. Si lo decimos con la metáfora utilizada por ALEXY[43], los derechos fundamentales establecen lo constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo constitucionalmente imposible (las prohibiciones), y a la vez deparan al legislador el extenso terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido). Lo constitucionalmente imposible es aquello que se deriva de la faceta negativa de los derechos fundamentales, y consiste en la prohibición de que la ley penal intervenga en exceso en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la libertad personal y en los demás derechos del individuo. Lo constitucionalmente necesario es aquello que ordenan los derechos de protección, o sea, que los bienes más preciados del individuo sean protegidos por el Legislador de manera eficaz y suficiente contra las intervenciones del Estado y de los particulares. Y lo constitucionalmente posible es aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador, aquello que no está decidido ni prefigurado por la Constitución, el espacio que se abre a la política criminal y punitiva en la democracia.

El problema, sin embargo, estriba en saber cómo deben determinarse estos elementos. ¿Con qué criterios metodológicos debe precisarse lo que desde el punto de vista constitucional es imposible, necesario y lo que es meramente posible?

En relación con esta pregunta las respuestas se pueden polarizar en dos concepciones: la tesis del mínimo de los derechos fundamentales y la tesis del principio de proporcionalidad. Analicemos por ahora la primera tesis.

43. R. ALEXY. «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», C. Bernal Pulido (trad.), Revista Española de Derecho Constitucional, N.º 66, 2002.

De acuerdo con la primera concepción, que se deriva de la teoría interna de los derechos fundamentales[44], lo constitucionalmente imposible y lo necesario corresponde a un mínimo irrestringible en el contenido de los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de la vinculación negativa, lo imposible es el mínimo de la libertad y de los demás derechos que nunca podría ser afectado por la legislación penal. Paralelamente, desde la óptica de la vinculación positiva, lo necesario es el mínimo de protección que la ley penal debe ofrecer a los derechos fundamentales para una protección efectiva. En fin, lo posible se define como el espacio restante, como lo no contemplado por el mínimo negativo y el mínimo positivo.

Si se sigue esta vía metodológica, aparece de súbito la pregunta de si existe algún criterio racional y plausible para establecer esos mínimos negativo y positivo. A este respecto, los criterios más conocidos son el del núcleo esencial de los derechos fundamentales y el criterio del contenido prefigurado de tales derechos.

La tesis del núcleo esencial, acogida con entusiasmo por la jurisprudencia de la primera Corte Constitucional[45], sostiene que los derechos fundamentales tienen un ámbito susceptible de ser afectado por el legislador –el contenido accidental– y un núcleo irrestringible. Este núcleo estaría conformado por todas las «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recognoscible como tal y sin las cuales el derecho se desnaturalizaría», y por «los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula del derecho».

No es ésta la ocasión de emprender una crítica detallada de las objeciones que cabe oponer contra la teoría del núcleo esencial[46]. Sin embargo, debe reconocerse que por lo menos dos argumentos impiden que la idea del núcleo esencial pueda ser un criterio plausible y racional para determinar los mínimos de los derechos fundamentales que el legislador penal debe respetar. En primer lugar, no parece atinado afirmar que los derechos fundamentales tengan un contenido accidental en el que sea legítima cualquier intervención legislativa, incluso si es arbitraria o desproporcionada. Esta idea supone que existiría una parte del contenido de los derechos en la que no rige el principio de supremacía de la Constitución, y esta suposición es a todas luces inadmi-

44. Cfr., sobre la diferencia entre las teorías interna y externa de los derechos fundamentales, Borowski. *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., primera parte, I.

45. Cfr., por todas, sentencia C-179 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz. En materia penal, sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martinez Caballero y Fabio Morón Díaz.

46. Cfr., sobre este aspecto, J.C. Gavara De Cara. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

sible. En segundo término, esta teoría no parece poder ofrecer un criterio racional para determinar en los casos concretos en qué consiste el núcleo de un derecho fundamental de defensa o de prestación. Si se observan bien los criterios aducidos por la Corte Constitucional, se concluirá que en realidad no son más que meras peticiones de principio. En efecto, según el primer criterio, la esencia es aquello sin lo cual un derecho deja de serlo. Sin demasiados esfuerzos, este criterio puede traducirse con el pleonasmo: la esencia es lo esencial. A su vez, de acuerdo con el segundo criterio, el núcleo de un derecho está compuesto por los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho. Frente a este criterio ni siquiera es necesario explicar la petición de principio: el núcleo es el núcleo. Estos dos criterios representan tan sólo un frontispicio retórico que encubre el más puro intuicionismo. Con su ayuda resulta imposible determinar el núcleo esencial de cualquier derecho fundamental en los casos prácticos. Esto se hace evidente si se pregunta, por ejemplo: ¿a partir de qué intensidad vulnera una pena el núcleo de la libertad?, ¿qué medidas de protección penal son suficientes para proteger el núcleo del derecho a la vida?, ¿lo es la penalización del aborto en todos los supuestos?, si este es el caso, ¿cómo se explica que en otros países, como España o Alemania, el aborto esté despenalizado cuando el embarazo es producto de un acceso carnal violento o cuando se practica dentro de las primeras doce semanas de gestación?, ¿varía entonces el núcleo del derecho a la vida de país en país y de orden jurídico en orden jurídico?, ¿el contenido del núcleo del derecho a la vida de cada individuo depende entonces en últimas de su nacionalidad?

El segundo criterio es el del contenido prefigurado de los derechos fundamentales. De acuerdo con este criterio, expuesto magistralmente en Alemania sobre LÜBBE WOLFF[47], los derechos fundamentales tienen un solo contenido, prefigurado de forma completa y definitiva por la Constitución, y que el legislador en ningún caso puede restringir. De este modo, el mínimo de los derechos consiste en la totalidad de su contenido, que se interpreta estrictamente desde el principio. En el caso de los derechos de defensa, este contenido estaría sustraído absolutamente de las intervenciones legislativas; en lo concerniente a los derechos de protección, estaría ordenado al Legislador garantizar todo ese contenido, pero, hay que agregar, sólo ese contenido.

Salta a la vista que este segundo criterio escapa a la primera objeción propuesta contra la teoría del núcleo esencial, y que versa sobre la existencia

47. Cfr. G. LÜBBE WOLFF. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Baden-Baden, Nomos, 1988.

de un contenido accidental del Derecho. La tesis del contenido prefigurado no distingue entre núcleo y periferia, sino que considera que todo el contenido del derecho está sustraído a las intervenciones del legislador. Se trata de un único contenido duro e irrestringible. No obstante, esta tesis no consigue sobreponerse al embate de la segunda crítica contra el núcleo esencial, porque tampoco ofrece criterios adicionales al mero intuicionismo, mediante los cuales pueda determinarse qué pertenece al contenido único de cada derecho. A su vez, esta tesis reduce de nuevo la libertad protegida por los derechos fundamentales a la dimensión positiva anteriormente mencionada. Lo que ocurre, sin embargo, en este caso es que el contenido de la libertad positiva ya no se fija por el legislador, sino que viene prefigurado por la Constitución y debe ser identificado por la Corte Constitucional. Por esta razón, tampoco la teoría del contenido prefigurado logra ofrecer una respuesta plausible para el interrogante de cómo se determina el límite que los derechos fundamentales imponen al legislador penal y cómo se establece el margen de maniobra de este último. A nuestro juicio, el principio de proporcionalidad está provisto de una estructura argumentativa mediante la cuál es viable efectuar esta delimitación de la forma más racional posible.

2.2. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales como límites de la legislación penal

2.2.1. El concepto del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es un concepto que ha venido apareciendo cada vez con mayor ahínco en la jurisprudencia constitucional, como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para el legislador. En la jurisprudencia colombiana, este principio ha estado vinculado sobretodo con la aplicación del principio de igualdad[48]. Sin embargo, poco a poco se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas y administrativas sobre otros derechos fundamentales[49], en las que sobretodo su tercer elemento: la ponderación, se ha vuelto

48. Cfr. en este ámbito, entre otras, las sentencias T-230 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-288 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-022 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz; C-1410 de 2000, M.P.: Alejandro Martinez Caballero, y C-093 de 2001, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

49. Cfr., sobre la expansión del principio de proporcionalidad a diversas áreas de los derechos fundamentales en que tienen incidencia las actuaciones de los poderes públicos, sentencias T-530 de 1992, M.P.: Alvaro Tafur Galvis; T-015 de 1994, M.P.: Alejandro Martinez Caballero; T-429 de 1994, M.P.:Antonio Barrera Carbonell, y T-311 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz.

casi imprescindible. Dentro de esta expansión general, desde un tiempo atrás la Corte Constitucional ha venido reiterando que este principio debe aplicarse inexorablemente en el control sobre la creación legislativa de los delitos y las penas y sobre su imposición por parte del juez[50].

La aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario[51]. Este supuesto surge como una alternativa argumentativa, que tiene en cuenta las relaciones entre los derechos fundamentales[52] y los demás principios constitucionales, y que pretende superar los problemas a los que se enfrentan las referidas tesis intuicionistas y absolutas del contenido mínimo[53]. La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho cuando es interpretado de manera amplia. Este contenido es *prima facie*, porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos[54] y bienes protegidos por la Cons-

50. Cfr. sobre este aspecto sentencia C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

51. Cfr. sobre esta definición de los principios y sobre su relación con el principio de proporcionalidad, ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. III y ss.

52. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

53. En la sentencia C-475 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional se decanta expresamente a favor de esta interpretación de los derechos fundamentales como principios, a causa de la poca plausibilidad de la tesis del contenido prefigurado, que pregona la existencia de derechos ilimitados: «Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (I) que se trata de derechos que se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (a) que todos los poderes del Estado deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso lo único que podría hacer el poder legislativo sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos 'absolutos', el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los «derechos absolutos» tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho. Como la concepción 'absolutista' de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógica y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados en la mayor medida posible, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica».

54. Sobre la función del principio de proporcionalidad en las colisiones entre derechos, la Corte Constitucional ha señalado en varias sentencias: «El concepto de proporcio-

titución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por el legislador. Así, por ejemplo, la libertad general de acción, como libertad negativa[55], comprende *prima facie* el derecho a hacer y omitir lo que se quiera, incluso el derecho a perpetrar un homicidio. Sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, ella puede ser restringida por el legislador penal, quien legítimamente puede tipificar el homicidio como delito e imponerle una pena restrictiva de la libertad. Con todo, estas restricciones legislativas tampoco son absolutas. Si bien el legislador puede imponerlas en ejercicio de un extenso margen de acción, este poder público no puede desatender las exigencias que se derivan de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y cuyo cumplimiento debe ser controlado por la Corte Constitucional[56]. Cuando se trata de los derechos de defensa frente a las intervenciones penales del Congreso, estos tres subprincipios se agrupan bajo el concepto de interdicción del exceso. En cambio, cuando lo relevante son los derechos de protección, los tres subprincipios conforman la prohibición de protección deficiente.

2.2.2. La interdicción del exceso

En su dimensión de derechos de defensa, la libertad general de acción y los demás derechos fundamentales prohíben que las medidas que adopte el legislador penal –la tipificación de los delitos y la fijación de las penas– sean excesivas. Lo excesivo no es algo que pueda ser determinado en abstracto, sino en el caso concreto, habida cuenta de la protección que exijan para sí los bienes jurídicos que las leyes penales garantizan. El principio de proporcionalidad, en su variante de la interdicción del exceso, es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa respectivo. En esta variante, el principio de proporcionalidad está conformado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[57], cuyo contenido se ajusta a las siguientes definiciones.

---

55. Cfr., sobre la vinculación con la libertad negativa y no con la libertad positiva del principio de proporcionalidad, la sentencia T-417 de 2000, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

56. Cfr., sobre la exigencia de proporcionalidad de las medidas penales, disciplinarias y sancionadoras en general, además de las sentencias antes mencionadas, las sentencias T-596 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón, T-254 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-070 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-718 de 1999, M.P.: Jose Gregorio Hernández Galindo.

57. Cfr., sobre estos subprincipios, sentencia C-1410 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz: «el concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la

a) Subprincipio de idoneidad

De acuerdo con el subprincipio de idoneidad, toda ley penal, como intervención en la libertad general de acción y otros derechos fundamentales, debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo.

Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada. En cuanto a la primera exigencia, para que una medida penal no sea legítima debe ser claro que no busca proteger ningún derecho fundamental, ni otro bien jurídico relevante. Por su parte, de acuerdo con la segunda exigencia, para que dicha medida (el tipo penal o la pena) no carezca de idoneidad, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

Como bien se puede observar, en este primer subprincipio se exige un mínimo y no un máximo de idoneidad. La formulación negativa de su concepto implica un mayor respeto del margen de acción del legislador, pues lo que se exige de sus medidas no es un grado óptimo de idoneidad para alcanzar la máxima protección de un bien jurídico imprescindible, sino tan sólo que no sea abiertamente inadecuada para contribuir a proteger un bien jurídico legítimo. Con todo, esta barrera es ya bien significativa. La Corte Constitucional, por ejemplo, ha reivindicado la legitimidad de toda medida penal que pretenda la protección de otros derechos fundamentales o bienes jurídicos. Por el contrario, ha declarado que es abiertamente ilegítima toda pena que sólo tenga como propósito deliberado causar dolor al delincuente[58].

b) Subprincipio de necesidad

De acuerdo con el subprincipio de necesidad, para que una intervención penal en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

Se trata, entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza: I. La idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y 2. El menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. A fin de respetar el margen de acción legislativa, en esta comparación también se utilizan definiciones

utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes».

58. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

negativas. En efecto, para que una medida penal no sea necesaria debe existir un medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad y que sea menos restrictivo de la libertad o de los demás derechos fundamentales que resulten afectados. Esto no implica que el legislador deba adoptar siempre la medida penal óptima, sino sólo la prohibición de restringir vanamente la libertad, es decir, la prohibición de utilizar una medida restrictiva intensa en caso de que exista un medio alternativo por lo menos igualmente idóneo para proteger el bien jurídico relevante y que a la vez sea más benigno con el derecho restringido.

c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

De acuerdo con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico) debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental[59].

Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Mediante esta comparación, se prohíbe que una afectación intensa de la libertad o de otro derecho fundamental sea correlativa tan sólo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico (piénsese, por ejemplo, en el caso de que se prohibiera y penara con 30 años de prisión el hurto del radio de un automóvil: la protección de este aspecto leva o si se quiere intermedio del derecho de propiedad no justifica la intensa restricción de la libertad que una condena semejante implicaría). Como sugiere Alexy[60], para llevar a cabo esta comparación puede utilizarse una escala triádica, en la que las dos variables a comparar: la intervención en la libertad o en el derecho y la protección del bien jurídico, pueden verse afectados –restringido el primero y realizado el segundo– en una medida leve, media o intensa. De este modo, sería ilegítimo que la libertad o el derecho de defensa fuera restringido en una medida intensa y que la restricción se justificara con un favorecimiento apenas leve o medio del derecho de protección. Tampoco estaría justificada una restricción media que fuese correlativa a una protección leve.

Hasta aquí todo muy bien. A partir de lo dicho, sin embargo, se advierte que el principio de proporcionalidad depara a la Corte Constitucional un

59. Cfr., sobre el concepto del principio de proporcionalidad en sentido estricto, la sentencia C-459 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

60. Alexy. «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», cit.

amplio margen de subjetividad en la catalogación del grado de intervención o de protección como leve, medio o intenso. Es preciso admitir que este margen de interpretación es, a todas luces, irreductible –el juez nunca ha sido ni será tan sólo la boca que pronuncie las palabras de la ley o de la Constitución, pero que, con todo, existen criterios intersubjetivamente válidos que lo limitan–. Sería un dislate señalar, por ejemplo, que mientras una pena de prisión de 30 años es una restricción leve, una multa de $10,000 representa una intervención intensa de los derechos del individuo[61]. A su vez, y ya de modo general, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sentado por lo menos dos criterios plausibles para este fin, que tienen aplicación en materia penal.

El primero de estos criterios es la gravedad del delito. Este es un criterio vinculado con la intensidad de la protección del bien jurídico. Cuanto más grave es un delito, más afecta al bien protegido, y por lo tanto mayor debe ser la protección legislativa y mayor la pena a imponer[62]. En otros términos, esto quiere decir que cuanto más grave sea un delito, más justificado estará que el legislador tienda a favorecer el bien jurídico mediante una protección media o incluso intensa[63], y consiguientemente estará más justificado que la libertad sea restringida con una intensidad mayor[64]. En sentido contrario,

---

61. En la sentencia C-591 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte hace algunas interesantes reflexiones sobre la mayor o menor intensidad de las penas en materia disciplinaria.

62. Cfr. sentencia C-285 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Diaz. De acuerdo con este criterio, por ejemplo, en este caso la Corte Constitucional sostuvo que el acceso carnal violento es más lesivo del bien jurídico que protege cuando la víctima está unida al agresor por vínculo matrimonial o marital: «Es de considerar que la violencia sexual es uno de los hechos más graves contra la persona, en cuanto afecta su dignidad, su libertad y, además, puede generar secuelas negativas permanentes; pero lo más grave es que ese daño puede afectar no sólo a la persona misma que sufre la afrenta, sino también incidir en la ruptura de la unidad familiar o al menor producir graves disfunciones en la misma, lo que afectará a los demás miembros que la integran, y particularmente a los menores». Este argumento fue uno de los pilares para que la Corte declarara inconstitucional que el vínculo matrimonial fuera una causal de atenuación penal de este delito.

63. Cfr. sentencia C-345 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, en que se justifica la mayor extensión del término de prescripción de ciertos delitos, si son cometidos por empleados públicos. La Corte argumenta que la diferencia en el quántum de la pena está justificado en este caso porque el delito es más grave si se comete por un empleado público: «El delito perpetrado por un empleado público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos [...] además de vulnerar determinados bienes jurídicos tutelados lesiona los valores de la credibilidad y de la confianza públicas, lo cual justifica que la pena a imponer sea mayor. La mayor punibilidad para los delitos cometidos por servidores públicos –reflejada en las causales genéricas o específicas de agravación– responde a la necesidad de proteger más eficazmente a la sociedad del efecto corrosivo y demoledor que la delincuencia oficial tiene sobre la legitimidad de las instituciones públicas».

64. También, como correlato, si el delito no es más grave, comparativamente la pena tampoco puede serlo. Cfr. sentencia C-070 de 1996, M.P.: Hernando Herrera Ver-

cuanto menos grave sea un delito, tanto menos justificada estará la restricción intensa de la libertad y la imposición de una pena severa[65]. En virtud de este criterio, y en conexión con el principio de igualdad, es inconstitucional que la ley atribuya a un hecho punible menos grave una pena superior que a uno más lesivo[66].

El segundo criterio es el grado de culpabilidad. El mayor o menor grado de culpabilidad es un criterio que se relaciona con el grado de la intervención legislativa en la libertad general de acción. Cuanto mayor sea la culpabilidad, más razones existirán para que la conducta sea prohibida y sancionada con una pena más severa[67]. En sentido contrario, cuanto menor sea la culpabilidad, debido a la simetría que debe guardar con el castigo impuesto, menos intensa deberá ser la pena.[68].

2.2.3. La prohibición de protección deficiente

La segunda variante del principio de proporcionalidad, que también se aplica para controlar la constitucionalidad de la legislación penal, pero desde el punto de vista de la satisfacción de las exigencias impuestas por los derechos de protección, es la prohibición de protección deficiente.

En esta variante, el principio de proporcionalidad supone también interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar

---

gara, como un caso en que la Corte declara inconstitucional una agravación punitiva que se aplica a los delitos contra el patrimonio económico superiores a $100,000 y que, a causa de la devaluación de la moneda, termina aplicándose a todos estos delitos, independiente de su mayor o menor gravedad.

65. La jurisprudencia constitucional ha expuesto este criterio, trazando una relación entre el principio de proporcionalidad y el principio de antijuridicidad material. Así, por ejemplo, en la sentencia C-070 de 1996 la Corte sostiene: «El principio de lesividad o de antijuridicidad material ha sido acuñado por la doctrina jurídico penal y recogido en la legislación como uno de los elementos necesarios del delito (art. 4º C.P.). Este principio de medular importancia para el Derecho penal no ha sido expresamente consagrado en la Constitución Política, lo cual no quiere decir que carezca de relevancia constitucional o que no pueda ser deducido de las normas constitucionales. En efecto, podría afirmarse que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia (art. 2º C.P.), pero que, en materia de ejercicio del *ius puniendi* del Estado, este protección no puede conllevar una restricción injustificada de los derechos fundamentales, como podría suceder, por ejemplo, cuando, a pesar de la reducida importancia de un bien, se limita irrazonablemente la libertad personal del infractor [...] Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (art. 4º C.P.) al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso'».

66. Cfr. sobre este supuesto la sentencia C-364 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Diaz, que versa sobre la imposición a una contravención de una pena superior que la de un delito.

67. Cfr. sentencia C-285 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

68. Cfr. la sentencia C-591 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

que de ellos se deriva la pretensión *prima facie* de que el legislador los garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen *prima facie* al legislador el desarrollo de todas las acciones (no redundantes) que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración[69] de otros derechos y principios que jueguen en sentido contrario[70]. El carácter *prima facie* de estos derechos implica que las intervenciones del legislador de las que sean objeto sólo puedan ser constitucionalmente admisibles y válidas de manera definitiva si observan las exigencias del principio de proporcionalidad.

La versión del principio de proporcionalidad que se aplica frente a los derechos de protección se llama prohibición de protección deficiente (el Untermabverbot de la doctrina alemana)[71]. Este principio se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos. Cuando se interpretan como principios, los derechos de protección implican que el legislador les otorgue *prima facie* la máxima protección. Si éste no es el caso, y , por el contrario, el legislador protege un derecho sólo de manera parcial o elude brindarle toda protección, la falta de protección óptima debe enjuiciarse entonces desde el punto de vista constitucional mediante la prohibición de protección deficiente. Esta prohibición se compone de los siguientes subprincipios.

a) El subprincipio de idoneidad de la prohibición de protección deficiente

Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de idoneidad cuando no favorece la realización de un fin legislativo que sea constitucionalmente legítimo. En otros términos, es preciso que la carencia de protección óptima del derecho fundamental genere una mayor realización del fin constitucionalmente legítimo del Congreso. En el caso de la legislación

69. Esta vulneración se produce cuando las medidas de protección representan intervenciones desproporcionadas en los principios que juegan en sentido contrario.

70. Cfr., sobre el carácter de principios de los derechos de protección, ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales,* cit., pp. 419 y ss; BOROWSKI. *La estructura de los derechos fundamentales*, cit., parte segunda, II, 2.

71. Los siguientes son algunos de los trabajos más representativos de la discusión alemana sobre el *Untermabverbot*: C-W CANARIS. «Grundrechtswirkungen und Verhältmismäbigkeitprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts», en *Jus* N.º 3, 1989, pp. 161 y ss; J. DIETLEIN. «Das Untermabverbot», en *ZGesgeb*, N.º 9, 1995, pp. 131 y ss; K-E. HAIN «Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermab und Untermabverbot», *en DVBL*, 1993, pp. 982 y ss; K-E HAIN. «Das Untemabverbot in der Kontroverse, en *ZGesgeb,* N.º II, 1996, pp. 75 y ss.

penal, una medida o una abstención legislativa que no realice de manera óptima un derecho fundamental de protección será idónea si implica efectivamente la no-intervención en un derecho fundamental de defensa (la libertad general de acción u otro derecho fundamental).

b) El subprincipio de necesidad de la prohibición de protección deficiente

Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las exigencias del principio de necesidad cuando existe otra abstención u otra medida legal alternativa que favorezca la realización del fin del Congreso por lo menos con la misma intensidad, y a la vez favorezca más la realización del derecho fundamental de protección. En material penal se presenta este caso cuando con una restricción alternativa de la libertad, igual o más benigna, se obtiene una protección mayor del bien jurídico relevante.

c) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto de la prohibición de protección deficiente

Una abstención legislativa o una norma legal que no proteja un derecho fundamental de manera óptima, vulnera las existencias del principio de proporcionalidad en sentido estricto cuando el grado de favorecimiento del fin legislativo (la no-intervención de la libertad) es inferior al grado en que no se realiza el derecho fundamental de protección. Si se adopta la escala triádica expuesta con ocasión de la interdicción del exceso, se concluirá entonces que, según la prohibición de protección deficiente, está prohibido que la intensidad en que no se garantiza un derecho de protección sea intensa y que la magnitud de la no-intervención en la libertad o en otro derecho de defensa sea leve o media, o que la intensidad de la no-protección sea media y la no-intervención sea leve. Para decirlo con un ejemplo, estaría prohibido que, para no intervenir en la libertad de la madre en un grado medio, se desprotegiera penalmente al *nasciturus* y se despenalizara el aborto en todos los supuestos durante los cinco primeros meses de embarazo[72].

72. Una argumentación semejante aparece en el salvamento de voto a la sentencia C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. Cabe advertir, empero, que este salvamento interpreta de una manera tan amplia la causal de exclusión de la pena para el aborto que tipifica el nuevo Código Penal que convierte su carácter excepcional en el de regla general. Es muy dudoso que esta interpretación amplia sea la correcta. En todo caso, a efectos de lo que aquí interesa, el salvamento sostiene: «la tensión que se presenta entre el derecho a la vida del feto y los derechos a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la madre que está 'en extraordinarias condiciones anormales de motivación' es resuelta por la disposición en comento con una solu-

2.2.4. El margen de acción legislativo

Por último, debe examinarse el problema del margen de acción legislativo. La práctica conjunta del examen de interdicción del exceso y de prohibición de protección deficiente sobre la legislación penal, sobretodo en cuanto concierne al tercer subprincipio, parece mostrar que el principio de proporcionalidad elimina todo margen de acción legislativo. Esta impresión puede resultar de un análisis de las alternativas que los subprincipios de proporcionalidad en sentido estricto de uno y otro examen prohíben al legislador. Este análisis puede sintetizarse de la siguiente manera.

En la interdicción del exceso, el principio de proporcionalidad en sentido estricto prohíbe que una intervención intensa en la libertad se justifique por un favorecimiento leve o medio del derecho de protección y que una intervención media se justifique por un favorecimiento leve. Se trata entonces de las relaciones intensa/leve, intensa/media, media/leve. Correlativamente, en la prohibición de protección deficiente, este subprincipio prohíbe que una no-protección intensa se justifique por una no-intervención media o leve, o que una no-protección media se justifique por una no-intervención leve. Son entonces las relaciones leve/intensa, media/intensa, leve/media. Si se suman estas tres alternativas prohibidas, se llegará entonces a la conclusión de que al legislador sólo le está permitido establecer medidas que respeten el equilibrio entre los derechos en conflicto que se produce en los casos de empate: una intervención leve a cambio de una protección leve, y la otra cara de la moneda: una no-protección intensa a cambio de una no intervención intensa, etc., o más sintéticamente: las relaciones intensa/intensa, media/media, leve/leve. De aquí podría derivarse la conclusión de que los derechos que juegan de un lado y del otro flanquean al legislador por todos los frentes y eliminan todos sus márgenes de acción.

Esta conclusión, sin embargo, no es atinada. A pesar de que los derechos fundamentales acoten la discrecionalidad del legislador penal, ellos le deparan por los menos tres márgenes de acción[73]. En primer lugar, aparece el margen para la elección de medios. Es bien cierto que el Congreso sólo puede escoger medidas que impliquen relaciones de empate. Con todo, la clase de los medios que implican estas relaciones intensa/intensa, media/

---

ción que elimina el derecho a la vida del primero. No se trata pues de una restricción de derechos para la obtención de un fin constitucional, sino de una medida que tolera la desaparición absoluta del primero y principal derecho fundamental cual es el de la vida, en aras de la garantía de la libertad de la mujer. Desde este punto de vista, la restricción a la protección a la vida del *nasciturus* es absolutamente desproporcionada».

73. Cfr., sobre los distintos tipos de márgenes de acción legislativa, ALEXY. «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», cit.

media y leve/leve es siempre bastante amplia. La elección legislativa entre un medio y otro, cuando ambos cumplen esta exigencia, es irrefutable y no puede ser alterada por la jurisdicción constitucional[74]. En segundo término, el legislador también dispone de un margen para la ponderación. Dentro de su competencia está optar por uno de los tres tipos de empate intensa/intensa, media/media o leve/leve, y su decisión acerca del nivel en que quiere equilibrar las relaciones entre los bienes en conflicto es asimismo inquebrantable[75]. Por último, el Congreso también goza de un margen de acción cognitivo, que se relaciona con la certeza de las premisas mediante las que se establece la intensidad en la intervención y el grado de protección. Cuando quiera que no existan premisas ciertas que hablen en contra de las medidas legislativas, éstas deberán declararse exequibles, como en la sentencia alemana sobre el *canabis*[76], en la que se reconoció que no existían «conocimientos científicamente fundados que [hablaran] necesariamente a favor de la corrección» de la penalización o liberalización del consumo de *canabis*, y se concluyó, por tanto, que «el legislador [ostentaba] la prerrogativa de apreciación y de decisión para elegir entre varias alternativas potencialmente adecuadas para alcanzar el fin legislativo».

Finalmente, conviene señalar que el respeto de estos márgenes de acción y de las exigencias derivadas de los derechos de protección imponen a la Corte Constitucional el deber de ejercer sus competencias con suma prudencia e imponiéndose una razonable autorrestricción. Parece plausible, por tanto, que cuando se advierta la inconstitucionalidad de una ley penal, ésta sólo sea declarada inexequible en los casos en donde no sea posible su salvación por medio de una interpretación conforme con la Constitución. Parece más com-

74. Cfr., sobre el margen de acción para la elección de medios, la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, suscrito por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra Y Manuel José Cepeda Espinosa.

75. La Corte Constitucional se ha referido implícitamente a este argumento, al reconocer la competencia del legislador para establecer criterios diferenciales en el tratamiento penal de las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos «basados, por ejemplo, en la existencia objetiva de distintas categorías delictivas que presentan variaciones importantes en cuanto a la gravedad que comporta su comisión, en la trascendencia de los bienes jurídicos que se busca proteger mediante su incriminación y en otros criterios de política criminal». Cfr. sentencias C-556 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez; C-557 de 1992, M.P.: Simon Rodríguez Rodríguez C-093 de 1993, M.P.: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero; C-565 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara; C-070 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-592 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz. En estas escalas se conserva el empate, pero varía el rango en que se sitúa: a mayor lesión del bien jurídico, mayor protección y mayor intervención en la libertad; y viceversa: a menor lesión del bien jurídico, menor protección y menor intervención en la libertad.

76. *BverfGE* 90, 145, 182 y ss.

patible con el respeto de los márgenes legislativos y con el cumplimiento de los deberes de protección que la Corte intente buscar, siempre dentro de los márgenes semánticos del texto de la ley, alternativas compatibles con los derechos fundamentales, antes que declarar desde el comienzo la inexequibilidad, que lógicamente implica la desprotección automática de los bienes jurídicos tutelados[77].

BIBLIOGRAFÍA

Referencias doctrinales

ALÁEZ CORRAL, B. «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (a propósito de la STC 136 del 20 de julio de 1999)», *Repertorio Avanzadi del Tribunal Constitucional*, N.º 15, 1999.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

- «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», C. Bernal Pulido (trad.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 66 de 2002.

BERLIN, I. «Dos conceptos de libertad», en *ID. Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1996.

BILBAO UBILLOS, J.M. «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana del legislador (comentario de la sentencia 136 de 1999 en el caso de la Mesa Nacional de HB)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 58, 2000.

BOROWSKI, M. *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

CANARIS, C-W. «Grundrechtswirkungen und Verhältnismäbigkeitprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts», en *JuS*, N.º 3, 1989.

DIETLEIN, J. «Das Untermabverbot», en *ZGesgeb*, N.º 9, 1995.

77. La Corte aplicó muy plausiblemente en este sentido el principio de interpretación conforme con la Constitución, en la Sentencia C-070 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Gavara De Cara, J.C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

Hain, K-E. «Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermab und Untermabverbot», en *DVBL,* 1993.

- «Das Untermabverbot in der Kontroverse», en *ZGesgeb*, N.º 11, 1996.

Isensee, J. «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en AA. VV. *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 5, J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), Heidelberg, C.F. Müller, 1992.

Julio, A. La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Lübbe-Wolff, G. *Die Grundrechte als Eingriffsahwehrrechte. Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*, Baden-Baden, Nomos, 1988.

Mir Puig, S. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

Osuna, N. *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Referencias jurisprudenciales

Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional. Sentencia C-557 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

Corte Constitucional. Sentencia T-403 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-422 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-530 de 1992, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 1993, M.P.: Fabio Morón Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T-493 de 1993, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 1993, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-015 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-134 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia C-176 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T-230 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-429 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional. Sentencia C-026 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia SU 089 de 1995, M.P.: Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-425 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-459 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-022 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-070 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-285 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-364 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-609 de 1996, M.P.: Alejandro Martinez Caballero y Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-015 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-103 de 1997, Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-311 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-301 de 1999, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia T-718 de 1999, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. Sentencia T-417 de 2000, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-739 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-1410 de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-1490 de 2000, M.P.: Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C-046 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2001, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-581 de 2001, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Tribunal Constitucional alemán. *BverfGE* 90, 145.

Tribunal Constitucional español. STC 53 de 1985.

Tribunal Constitucional español. STC 137 de 1990.

Tribunal Constitucional español. STC 120 de 1990.

Tribunal Constitucional español. STC 127 de 1994.

Tribunal Constitucional español. STC 127 de 1994.

Tribunal Constitucional español, STC 136 de 1999.

Las garantías penales como mandatos de optimización

Gloria Patricia Lopera Mesa
Profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad Eafit de Medellín, Colombia.

SUMARIO: I. Introducción. II. Teorías «conflictivistas» vs. Teorías «coherentistas» de los derechos fundamentales. III. ¿Es posible evitar un uso autoritario de la «jurisprudencia de principios» en materia penal?

I. INTRODUCCIÓN

En una primera aproximación las garantías penales pueden ser definidas como todas aquellas técnicas normativas orientadas a tutelar la libertad y otros derechos fundamentales frente al ejercicio del poder punitivo. Algunas de ellas, como la exigencia de reserva de ley o de taxatividad, tienen como fin limitar dicho poder en la fase de creación de normas penales; otras, como la prohibición de irretroactividad, el derecho a no autoincriminarse, a la defensa y en general todas aquellas vinculadas a la noción de debido proceso, se proyectan en un segundo momento de su ejercicio, el de la aplicación de las normas penales; finalmente otras, como el establecimiento de un plazo máximo de detención preventiva, representan límites a las agencias policiales a través de las cuales el poder punitivo muestra su rostro a pie de calle.

Las garantías penales son, pues, mecanismos jurídicos para proteger los derechos fundamentales que se ven comprometidos por el ejercicio del *ius puniendi*. Pero a la vez, ellas mismas constituyen derechos fundamentales, por cuanto su otorgamiento no depende de la decisión de mayorías políticas sino que viene impuesto por normas constitucionales, las cuales, a su vez, otorgan a los individuos el poder jurídico de reclamar su cumplimiento a los poderes públicos.

El derecho penal liberal tradicionalmente ha considerado las garantías penales como «límites infranqueables», auténticos muros de contención del poder punitivo que el legislador no podía traspasar so pena de inconstitucionalidad de la ley. El reconocimiento constitucional de buena parte de estas garantías ha permitido que operen como condiciones de validez sustancial de las leyes penales, de tal forma que, en presencia de leyes que infringiesen alguna de tales garantías se considera que hay lugar a un conflicto entre norma superior (constitución) y norma inferior (ley), a resolver mediante el criterio jerárquico de resolución de antinomias, esto es, con la pérdida de validez de la norma inferior inconstitucional. La antinomia, pues, se sustanciaba como un conflicto entre reglas.

Justicia Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año II , N.º 3, enero - junio, Lima, 2006

Pero sucede que, como resultado de una serie de circunstancias que no es del caso detallar aquí y que configuran la que se ha dado en llamar la «constitucionalización» del sistema jurídico, en el razonamiento de la Corte Constitucional esta manera de concebir la relaciones entre constitución y ley en cierto modo se ha visto desplazada a favor de un entendimiento «dúctil» del Derecho en general y de los contenidos constitucionales en particular. Tal comprensión ha hecho que el juicio acerca de la constitucionalidad de las leyes se torne más complejo, pues en algunos supuestos, los así llamados «casos difíciles», las antinomias entre el contenido de la ley y el de algún precepto constitucional dejan de ser tratadas como conflictos de reglas para en su lugar ser concebidos como una colisión entre principios: entre aquellos principios afectados por la norma legal, los cuales suministran razones en contra de su constitucionalidad, y aquellos que, en sentido contrario, ofrecen razones normativas que respaldan su validez constitucional[1].

Tal estrategia argumentativa supone entender a las garantías penales no ya como barreras infranqueables, como reglas inderrotables que indefectiblemente determinan la invalidez de toda norma legal que las afecte de algún modo, sino más bien como barreras flexibles y dúctiles, como principios derrotables que pueden llegar a ceder a favor de otro principio cuya satisfacción se considere prioritaria a la luz de una determinada situación.

Esta «principialización» de las garantías penales ha sido duramente criticada por muchos autores que llaman la atención sobre la relativización y consiguiente pérdida de su fuerza normativa, una vez dichas garantías son concebidas como «mandatos de optimización», esto es, como normas que reclaman la realización más alta posible de su objeto atendiendo a las circunstancias jurídicas y fácticas. Tal forma de concebir los límites al poder punitivo, se afirma, suministra una justificación constitucional a muchos de los fenómenos actuales de expansión del Derecho penal.

En la doctrina colombiana resulta de especial interés la crítica que los profesores Iván OROZCO ABAD y Juan Gabriel GÓMEZ ALBARELLO dirigen contra la jurisprudencia de principios desarrollada por la Corte Constitucional, en muchos casos orientada a justificar la merma de resistencia normativa de los derechos fundamentales, en particular de las garantías penales, frente a los embates del eficientismo punitivo. Afirman estos autores que: «*acaso nada puede llegar a contribuir tanto a la entronización de la eficiencia como principio y como valor último del Estado y del derecho como un uso autoritario – que no garantista – de la jurisprudencia constitucional de sopesamiento de*

1. Al respecto vid. Luis PRIETO SANCHÍS, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en M. Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo(s),* Madrid, Trotta, 2033, págs. 123-158.

principios»[2] . En otro aparte de la misma obra amplían este argumento, al señalar que, concebidos como principios susceptibles de ponderación, *«la fuerza de resistencia de los derechos frente a la injerencia estatal corre el riesgo de ser neutralizada severamente, en tanto emerge el peligro de que argumentos funcionalistas, que toman cuerpo en principios y bienes colectivos como la capacidad funcional del sistema, la seguridad y el orden público, terminen por imponerse en los casos de colisión de normas»*[3].

Pero, de otro lado, es posible encontrar una recepción mucho más favorable de esta «jurisprudencia de principios» en otros ámbitos donde no se comprometen garantías penales.

Así, en primer lugar, esta misma ideología liberal que sustenta la crítica a la jurisprudencia de principios en materia penal, se muestra al mismo tiempo favorable a la idea según la cual el reconocimiento de la libertad y del derecho a un trato igual ha de ser el punto de partida de toda relación individuo estado, y toda restricción de aquellos derechos una excepción que es preciso justificar. Pero como veremos luego, cuando se quiere dar forma jurídica a esta idea, mediante la articulación de sendos derechos generales de libertad y de igualdad, la consideración de los derechos fundamentales como mandatos de optimización resulta insoslayable.

En segundo lugar, buena parte de la jurisprudencia constitucional que ha favorecido la expansión y amparo de derechos sociales, bajo la figura de construcciones jurisprudenciales como el «mínimo vital», se basa en la interpretación de los contenidos constitucionales como mandatos de optimización[4].

Finalmente, y ya en el ámbito penal, ese mismo crítico liberal de la jurisprudencia de principios sin duda se mostraría favorable a una interpretación lo más amplia posible de las normas que acogen dichas garantías, de modo tal que, por ejemplo, el derecho a no declarar contra sí mismo no sólo sea entendido en su acepción más tradicional como derecho a no ser obligado a confesar, sino también como el no ser obligado a someterse a pruebas autoincriminatorias. Asimismo se mostrará favorable a sostener, de la mano del derecho general de libertad, que ya no sólo todas las sanciones, sino

2. Iván Orozco Abad y Juan Gabriel Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal,* Bogotá, Temis – IEPRI U. Nacional, 1999, pág. 45.

3. Ibíd., pág. 121.

4. Sobre la importancia de la teoría de los principios para el desarrollo de una teoría de los derechos sociales fundamentales vid. Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (2001), Bogotá, Legis, 2005, págs. 307, donde se refiere a la necesidad de distinguir entre razones válidas (que fundamentan el reconocimiento de derechos *prima facie* o no definitivos) y razones válidas y suficientes (que fundamentan el reconocimiento de derechos definitivos).

también todas las prohibiciones penales, afectan ámbitos de libertad merecedores de protección iusfundamental *prima facie,* y que por tanto el legislador penal cuando tipifica ciertas conductas como delitos no se mueve en el terreno baldío de la simple libertad natural o extrajurídica, sino en el de las libertades protegidas por los derechos fundamentales, con la consiguiente carga de justificación que ello comporta.

Así las cosas, nuestro crítico liberal parecería incurrir en una postura inconsistente al celebrar, por un lado, la «ductilidad» de las normas constitucionales cuando se trata de ampliar el contenido de los derechos pero, por otra parte, en rechazarla cuando se trata de afrontar los efectos adversos que se derivan de tal ductilidad. Si estamos dispuestos a acoger una determinada teoría que nos permite interpretar las normas que consagran derechos como principios que ordenan la satisfacción más amplia posible de su objeto, a fin de reivindicar la expansión de la libertad, no podríamos desechar la misma teoría cuando en otros casos su utilización conduzca a resultados insatisfactorios. En tal caso, para no incurrir en inconsistencia, es preciso optar por una de las siguientes vías: a) abandonar la teoría en cuestión para acoger, en su lugar, un modelo teórico alternativo, o b) sin renunciar a la teoría, examinar las razones que dan lugar a tales consecuencias indeseables e intentar evitarlas utilizando las herramientas que suministra la propia teoría.

Pretendo sustentar que la segunda opción resulta preferible a la primera. Para ello es preciso, en primer lugar, poner de relieve las razones que avalan la superioridad de la teoría de los derechos fundamentales basada en su consideración como mandatos de optimización frente a otras construcciones alternativas; en segundo lugar, indagar si la propia teoría suministra elementos que permitan contrarrestar los efectos adversos de tal reconstrucción cuando se proyecta sobre el entendimiento de las garantías penales.

II. TEORÍAS «CONFLICTIVISTAS» VS. TEORÍAS «COHERENTISTAS» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hasta ahora me he referido a la «jurisprudencia de principios», o al entendimiento de los derechos fundamentales, como «mandatos de optimización», sin detallar exactamente los elementos que conforman tal concepción. Es necesario, ahora, entrar en dicha explicación, con el fin de identificar con claridad la teoría contra la cual dirigen sus ataques los críticos de la «jurisprudencia de principios» e intentar demostrar por qué, pese a los innegables riesgos que comporta, ella resulta una concepción teórica superior a sus rivales.

Propongo denominar «conflictivistas» a las concepciones de los derechos fundamentales basadas en su consideración como principios en el sentido de mandatos de optimización y, a su vez, llamar «coherentistas» a aquellas teorías que, en oposición a las anteriores, se oponen a la consideración de los

derechos fundamentales como mandatos de optimización, niegan la existencia de genuinos conflictos entre derechos y, por ende, la necesidad de acudir a la ponderación para resolverlos.

1. Sin duda la más completa reconstrucción de la teoría de los derechos fundamentales en clave conflictivista se encuentra en la obra de Robert ALEXY. El punto de partida de su teoría lo constituye la distinción entre principios y reglas, la cual, a juicio de este autor, radica en que los primeros representan *mandatos de optimización,* es decir, son *«normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes»*[5]*;* en cambio las reglas son normas que establecen una medida exacta de satisfacción, esto es, que *«contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible»*[6], con lo cual, una vez se verifica su condición de aplicación, ha de hacerse exactamente lo que en ellas se ordena, ni más ni menos.

Esta propiedad de los principios cobra sentido desde la perspectiva de un *«deber ser ideal»* (*ideales Sollen*) que marca el horizonte normativo al que debe tender su aplicación, pero en cuya formulación aún no han sido consideradas las circunstancias fácticas (posibilidades reales) y jurídicas (presencia de otras normas en colisión) que condicionan la plena realización de su objeto. Precisamente en la no incorporación de dichas condiciones radica su connotación de deber ser «ideal»[7]. Por el contrario las reglas, al establecer determinaciones referidas a las posibilidades jurídicas y fácticas, serían portadoras de un *«deber ser definitivo o real»*[8]*.*

El entendimiento de los principios como normas que postulan un «deber ser ideal» permite explicar el carácter *prima facie* de los mandatos que imponen, en oposición al carácter definitivo de las reglas. Tal propiedad está

---

5. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. E. Garzón Valdés, 1ª. ed. en castellano, 2ª. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 86. La elaboración inicial de esta idea puede verse en su trabajo «Zum Begriff des Rechtsprinzips», *RTh,* cuaderno 1, 1979, págs. 59-87, publicado posteriormente en la compilación *Recht, Vernunft, Diskurs,* Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1995, págs. 177 – 212 (por la cual cito en adelante).

6. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* citado, pág. 87.

7. Así, en uno de sus primeros trabajos sobre el tema de los principios señala ALEXY que, en lugar de mandatos de optimización, podría hablarse también de «deber ser ideal» (*ideales Sollen*) entendido, en un sentido general y débil, como *«todo deber que no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad, y por ello exige sólo un cumplimiento aproximativo o en la mayor medida posible».* «Zum Begriff des Rechtsprinzips», citado, pág. 204.

8. De ahí que afirme que «*cuando, a través de una disposición de derecho fundamental, se ha llevado a cabo alguna determinación relacionada con las exigencias de principios contrapuestos, se estatuye con ella no sólo un principio sino también una regla».* Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* cit., pág. 134.

en directa relación con la anterior pues viene dada por el hecho de que *«los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y a las posibilidades fácticas»*[9], con lo cual el mandato en ellos establecido debe aún ser considerado a la luz de las circunstancias del caso a decidir y de la existencia de otros principios igualmente relevantes que imponen deberes contradictorios a fin de establecer cuál de ellos prevalece en el caso concreto: *«(d)el hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para ese caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta»*[10], para lo cual, en la construcción de este autor, es preciso dar aplicación al principio de proporcionalidad, cuyo resultado es la formulación y fundamentación de una regla que expresa la solución definitiva del caso.

Ahora bien, ¿cuáles son las razones que determinan que una norma sea interpretada en uno u otro sentido? En otro trabajo, he defendido la tesis según la cual la interpretación de una norma como una regla o un principio (mandato de optimización) *no viene determinada necesariamente* (aunque sí puede verse influida de un modo importante) por la formulación lingüística de las disposiciones normativas, de modo tal que los enunciados que presenten un nivel más alto de indeterminación («se garantiza el derecho al honor») alberguen normas con estructura de principios, mientras que aquellos formulados con mayor precisión («no habrá pena de muerte») tiendan a ser interpretados como reglas. La opción entre una u otra lectura (como principio o como regla) es más bien el resultado de una convención interpretativa según la cual *cierto tipo de decisiones jurídicas*, los así llamados *«casos difíciles»*, requieren que las normas que suministran las razones para decidir sean interpretadas no como portadoras de un *«deber ser definitivo o real»*, esto es, como reglas, sino como portadoras de un *«deber ser ideal* o *prima facie»*, es decir, como principios. Mientras la primera interpretación llevaría a entender que las normas relevantes en el caso imponen deberes definitivos, que establecen una medida de cumplimiento determinada y que, en caso de conflicto, éste ha de saldarse con la declaración de invalidez o la excepción permanente de una de ellas, su interpretación como principios permite derivar de ellas sólo deberes *prima facie*, que admiten un cumplimiento gradual y resolver sus conflictos mediante la determinación de lo que dichas normas exigen en cada caso de acuerdo a las posibilidades tanto fácticas como jurídicas[11].

9. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* citado, pág. 99.

10. Ibíd., pág. 99.

11. Vid. Gloria Patricia LOPERA, «Los principios constitucionales como mandatos de optimización», en *La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados,* Medellín, Universidad Eafit – Cuadernos de Investigación, 2004, págs. 97 y ss.

Pero la calificación de una norma como principio o como regla no puede hacerse a partir de la interpretación aislada y abstracta de la disposición que la estatuye, sino sólo una vez puesta en relación con las circunstancias del caso a decidir y con las demás normas que resulten relevantes para el mismo pues, como se ha señalado con razón, «*el hecho de que una norma contenga ya todas las determinaciones en relación con los principios o las reglas que jueguen en su contra, no puede constatarse sino en concreto, es decir, desde una perspectiva que tome en consideración las circunstancias particulares en que la norma debe ser aplicada*»[12]. De este modo, en el juicio de constitucionalidad de las leyes que intervienen en derechos fundamentales, la interpretación de una norma iusfundamental como regla o principio sólo puede hacerse una vez considerada la relación que se plantea entre la constitución y la ley objeto de control a fin de determinar si el problema jurídico a decidir puede ser considerado cómo un *caso fácil*, caso en el cual la norma iusfundamental será entonces tratada como una *regla*, y en este caso, la contradicción que eventualmente se constate entre su contenido y el de la ley enjuiciada se saldará con la aplicación del criterio jerárquico de resolución de antinomias; si, por el contrario, se trata de un *caso difícil,* la norma iusfundamental será tratada como un *principio* que se opone a las demás razones (de principio) que avalan la constitucionalidad de la ley enjuiciada y cuya colisión debe resolverse a través del principio de proporcionalidad.

En este orden de ideas, hablamos de principios *sólo* cuando nos hallamos en presencia de normas que: 1) no operan en el razonamiento de modo aislado, en el sentido de que por sí solas no ofrecen fundamento a una decisión jurídica, sino que siempre lo hacen en conjunción con otras normas (otros principios) que orientan la decisión en sentido contrario, de tal suerte que el concepto de principio aparece invariablemente ligado a la idea de conflicto normativo[13]; 2) cuando para resolver dicho conflicto no se consideran de recibo los mecanismos tradicionales de resolución de antinomias, basados en la anulación o excepción permanente de una de las normas en

12. Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pág. 588.

13. En tal sentido señala Letizia Gianformaggio que «*aplicar un principio es distinto de aplicar una regla en cuanto la aplicación del principio comporta también siempre la aplicación de otro principio que se asume con aquél concurrente y relevante en la situación específica, de modo tal que la conclusión de la argumentación se deriva de las consideraciones en las cuales son tenidas en cuenta, en la situación específica, ambos principios*», con lo cual, «*en rigor, si uno de los principios concurrentes viene 'inaplicado', entonces no puede decir de ninguna manera que venga aplicado el otro principio: en realidad viene aplicada una regla*». «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», *RIFD,* 1985/1, págs. 65-103, aquí pág. 91.

conflicto, y en su lugar se adopta el esquema de argumentación que suministra el principio de proporcionalidad. En presencia de ambas condiciones llamamos principios a las normas involucradas en el razonamiento y las interpretamos como portadoras de deberes *prima facie* en lugar de como portadoras de deberes definitivos[14/15].

---

14. En esta dirección señala Luis PRIETO que lo que se pone de manifiesto cuando se establece un vínculo entre ponderación y principios *«no es que un principio se caracteriza por operar en el marco de un conflicto según la ley de la ponderación, sino que, al contrario, cuando hacemos uso de esa técnica de solución de conflictos debemos decir que aplicamos principios».* «Diez argumentos a propósito de los principios», en *Ley, principios, derechos,* Madrid, Dykinson, 1998, págs. 47-68, aquí pág. 61.

15. He de advertir que la tesis que sostengo a propósito de las razones que determinan la interpretación de una norma como regla o como principio no es una reconstrucción exacta de lo que sobre este punto sostiene el propio ALEXY, cuya postura al respecto no es del todo clara. Así, por una parte, este autor sostiene una tesis fuerte de la separación entre principios o reglas según la cual toda norma es o bien un principio o bien una regla, y ha rechazado expresamente que tanto la generalidad como el carácter abierto o cerrado del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica sean elementos decisivos para interpretar una norma como principio o como regla (en tal sentido vid. del autor, *Teoría de los derechos fundamentales,* citado, págs. 83 y ss; «Zum Begriff des Rechtsprinzips», citado, pág. 184; «Zur Struktur der Rechtsprinzipien», en *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts,* B. Schilcher / P. Koller / B. C. Funk (Hg.), Wien, Verlag Österreich, 2000, págs. 31 - 52, aquí págs. 44 y ss). Por otra parte, ha admitido que la distinción entre ambos tipos de normas *«es una cuestión de interpretación»,* en la que *«como siempre ocurre con la interpretación, no hay criterios que permitan en todos los casos una respuesta fácil y clara»* («Zur Struktur der Rechtsprinzipien», citado, pág. 38). Ambas afirmaciones resultan compatibles si se entiende que la norma, en cuanto atribución de a una disposición, es precisamente el resultado de la interpretación, y que sólo tras esta última se le atribuye a la norma su estructura deóntica, esto es, su carácter de *deber ser ideal* (principio) o de un *deber ser definitivo o real* (regla). De este modo, la posición de ALEXY en torno a la separación entre principios y reglas no parecería guardar diferencias significativas con la de aquellos autores que, como Letizia GIANFORMAGGIO, sostienen, en la línea de una tesis débil de la separación, que *«la diferencia entre reglas y principios emerge* exclusivamente *en el momento de la interpretación-aplicación»*, de tal suerte que sostener que *«una cierta disposición contiene una regla en lugar de un principio o viceversa, no significa otra cosa que sugerir prácticas interpretativo-aplicativas de un tipo en lugar de otro».* («L'interpretazione della Costituzione…», citado, pág. 72).

    Sin embargo, en un trabajo que precisamente guarda relación con el tema de las garantías penales, ALEXY parece contrario a esta interpretación en clave funcional de la separación entre principios y reglas, vinculada a la consideración del caso a decidir como fácil o difícil y al tipo de razonamiento aplicativo que cada uno de estos supuestos demanda (subsunción o ponderación), y más bien pareciera entender que la consideración de una norma como principio o como regla es una propiedad altamente dependiente de la textura lingüística de las disposiciones normativas, la cual condicionaría de modo invariable sus posibles significados normativos, excluyendo que estos fuesen interpretados como portadores de deberes *prima facie* (esto es como principios), para en su lugar permitir sólo su interpretación como reglas. Así ocurriría con la prohibición de irretroactividad en materia penal establecida en el

Con esto el problema se traslada a la determinación de los criterios que permiten adjetivar a un caso como «fácil»o «difícil». Esto último ocurrirá cuando, ante un mismo caso, concurran al menos dos soluciones normativas en pugna y existan discrepancias entre los participantes en la práctica constitucional acerca de cuál de ellas debe prevalecer. Sin duda, la mayor precisión de los enunciados constitucionales es un indicio del grado de consenso logrado en una sociedad en torno a la necesidad de atrincherar ciertos contenidos constitucionales bajo la forma de reglas precisas, dotadas de validez definitiva, capaces de operar como «razones protegidas», que excluyen la deliberación ulterior por parte del intérprete acerca de si debe o no aplicarse la solución

---

artículo 103.2 LFB, norma que, a juicio de Alexy, constituye el prototipo de una regla de validez estricta, frente a la cual, *«a diferencia de lo que normal y necesariamente ocurre con otros derechos fundamentales, no tiene lugar ponderación alguna»*. («Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín», trad. D. Oliver, Doxa, 23, 2000, págs. 197-230, aquí pág. 211).

Esta interpretación de la prohibición de irretroactividad como una regla tiene lugar en el contexto de la discusión acerca de si la punición de los centinelas del muro de Berlín que dispararon contra quienes pretendían cruzar la frontera amparados por causales de justificación vigentes en tiempos de la RDA infringía o no la prohibición de irretroactividad. Alexy sostiene que no hay tal infracción, y ello sobre la base de una argumentación en la que queda claro que, pese a la identificación de la prohibición de retroactividad con una regla dotada de validez estricta, en realidad dicha norma es tratada como un principio susceptible de optimización. En efecto, este autor afirma que la prohibición de irretroactividad constituye una regla dotada de validez absoluta o estricta, pero condicionada por una cláusula de excepción que dejaría por fuera del ámbito de protección de dicha garantía aquellas situaciones en las que pretenda hacerse valer causales de justificación de un Estado injusto que ampara derecho extremadamente injusto (págs. 215 y ss). Y ello porque la prohibición de retroactividad ha de ser considerada como una regla que expresa el resultado de una ponderación efectuada por el constituyente entre los principios de seguridad jurídica, que incluye la protección de la confianza, y el de justicia material. A juicio de este autor, en situaciones normales, esto es, en el contexto de un sistema jurídico en el que rigen los principios de un Estado de Derecho, la protección de la confianza adquiere prioridad sobre las exigencias de justicia material, pero tal prioridad se invierte cuando se trata de la aplicación de causales de justificación que amparan derecho extremadamente injusto (pág. 216). Sin embargo, la posibilidad de reabrir la deliberación para llegar a invertir esta relación de prioridad y, de paso, añadir una cláusula de excepción implícita que no se infiere del tenor literal de la disposición que consagra la prohibición de irretroactividad, no supone otra cosa que «principializar» la norma en cuestión o, más precisamente, de plantear un conflicto entre una regla y un principio. Tal conflicto se sustancia, como es sabido, a través de una ponderación en la que intervienen el principio que ofrece la justificación subyacente a la regla (en este caso la seguridad jurídica, en su vertiente específica de protección de la confianza) y el principio que se opone a su aplicación para el caso en controversia (en este caso la justicia material). En definitiva, de poco vale el empeño de Alexy por afirmar el carácter de regla de la prohibición de retroactividad cuando ante un caso difícil está dispuesto a reabrir el balance de razones que subyace a la misma para introducir una excepción implícita hasta ese entonces no considerada. Eso, en otras palabras, significa ponderar.

prevista en ella. Así ocurre, en el caso colombiano, con las disposiciones que proscriben la pena de muerte, imponen un plazo máximo de 36 horas para poner a disposición judicial a un detenido o prohíben la retroactividad penal. Pero el que tales disposiciones sigan siendo interpretadas como reglas, en lugar de como principios que han de batirse con otras razones en el campo abierto de la ponderación, depende no tanto de la precisión del lenguaje en el que vienen expresadas, cuanto de que se mantengan vivos los argumentos que han dado lugar a considerarlas como razones excluyentes. De este modo, la «principialización» de los contenidos constitucionales hasta entonces entendidos como reglas viene a poner de manifiesto el hecho de que en la sociedad ha dejado de estar tan claro el orden de prioridades sobre el que hasta entonces se fundamentaba su interpretación como reglas inderrotables.

2. Pero la distinción entre reglas y principios, pese a ser un elemento decisivo, no es, con todo, el único sobre el que se basa la teoría «conflictivista» de los derechos fundamentales. Esta última propone una reconstrucción de la estructura normativa de los derechos fundamentales algo más compleja, que parte de distinguir entre el *«derecho fundamental como un todo»* o derecho fundamental en sentido lato, entendido como un haz de posiciones y normas adscritas a una disposición de derecho fundamental y, por otra parte, el *«derecho fundamental en sentido estricto»*, que correspondería a cada uno de los significados normativos susceptibles de ser adscritos a una disposición de derecho fundamental[16]. Así, por ejemplo, mientras que la libertad para casarse o no casarse es un derecho fundamental en sentido estricto adscrito al artículo 42 de la constitución, el conjunto de ésta y las restantes normas que pueden ser vinculadas interpretativamente a dicha disposición (derecho a que del matrimonio se deriven plenos efectos jurídicos, a que el legislador no dicte normas que supriman dicha institución, etc.), conformarían el derecho fundamental en sentido lato o derecho fundamental como un todo.

Así pues, al interior de un derecho fundamental en sentido lato coexisten una pluralidad de posiciones y normas iusfundamentales de diverso tipo (derechos a algo, libertades, competencias), de diverso grado de generalidad (directamente estatuidas, adscritas, individuales), de diversa validez (reglas dotadas de validez definitiva, principios dotados de validez *prima facie*), que pueden ser vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental[17]. La coexistencia de ambos tipos de normas, reglas y

16. Sobre esta distinción vid. Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* citado, págs. 240 y ss; Carlos BERNAL, *El principio de proporcionalidad…,* citado, págs. 75 y s.

17. Al respecto señala ALEXY que *«no basta concebir a las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios. Un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como*

principios, dentro de la estructura normativa de los derechos fundamentales suministra la clave para entender el carácter dinámico y conflictivista que asume la determinación del contenido de los derechos en el modelo de este autor.

3. En efecto, la adscripción a las disposiciones de derecho fundamental tanto de reglas como de principios permite distinguir entre el *ámbito de protección inicial* y el *ámbito de protección definitiva*, que corresponden a dos momentos distintos en la definición del contenido del derecho. En un primer momento se determina el *contenido inicialmente protegido* por el derecho, para lo cual se acoge una *teoría amplia del supuesto de hecho* que permite incluir dentro del mismo toda norma o posición que presente alguna propiedad que caiga dentro del campo semántico de la disposición iusfundamental interpretada en sentido amplio[18]. Así, por ejemplo, la libertad religiosa otorgaría protección constitucional a toda acción que pueda caer en el espacio de significado del concepto de «manifestación religiosa» interpretado en sentido amplio: desde la celebración del culto católico o evangélico hasta la actividad de una secta nudista; igualmente, al derecho a no declarar contra sí mismo cabría adscribir el derecho de los conductores a rehusar la práctica de pruebas de alcoholemia. Tal laxitud es el correlato de concebir a los derechos fundamentales como mandatos de optimización, como normas que reclaman *el mayor grado de satisfacción posible*, y es precisamente la que hace posible que la concepción conflictivista esté en condiciones de reconocer sendos derechos generales de libertad e igualdad como normas de clausura del sistema de derechos fundamentales. Pero a su vez, la contrapartida de esta amplitud en la definición del contenido inicial del derecho es que el mismo sólo cuenta con validez *prima facie*, y ello es así porque en este primer

principios», reiterando más adelante que *«en el haz que constituye el derecho fundamental como un todo hay que incluir tanto posiciones definitivas como prima facie»*, *Teoría de los derechos fundamentales,* citado, págs. 138, 244.

18. Conforme a una *teoría amplia del supuesto de hecho* la definición del ámbito inicial de protección del derecho se rige por las siguientes reglas: *«(1) Todo lo que presenta una propiedad que –considerada aisladamente– basta para una subsunción bajo el supuesto de hecho queda tipificada, cualesquiera que sean las otras propiedades [...] (2) Dentro de los márgenes semánticos de los conceptos del supuesto de hecho hay que llevar a cabo interpretaciones amplias».* A la anterior se opone una *teoría estrecha o estricta del supuesto de hecho*, conforme a la cual sólo ingresarían al ámbito de protección del derecho fundamental aquellas modalidades de ejercicio típicas o que no entren en colisión con otros principios constitucionales. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* citado, págs. 298 y ss, 312. A la distinción entre teorías amplias y estrechas o estrictas del supuesto de hecho se refieren también Luis Prieto, «La limitación de los derechos fundamentales, citado, págs. 457 y ss; Manuel Medina, *La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales,* Madrid, McGraw Hill, 1996, págs. 54 y ss.

momento sólo se tienen en cuenta las razones a favor de la adscripción, no las que puedan oponerse a que esa protección inicial o *prima facie* adquiera carácter definitivo.

4. De ahí que sea necesario, en un segundo momento, acotar el contenido *prima facie* de los derechos para establecer qué parte del mismo ha de valer como *contenido definitivo* a la luz de las circunstancias jurídicas y fácticas del caso a resolver, esto es, una vez resueltas las colisiones con otras normas del sistema jurídico que imponen restricciones al contenido inicialmente protegido. El reconocimiento de un ámbito inicial de protección tan amplio requiere pues, como contrapartida, admitir la existencia de límites externos al derecho, impuestos en virtud de otras normas constitucionales, legales, reglamentarias, por sentencias judiciales o incluso por normas de naturaleza contractual[19]. De este modo, la determinación del contenido del derecho que se lleva a cabo al enjuiciar la constitucionalidad de una medida restrictiva comprende dos pasos: en el primero se establece si la posición afectada por la ley enjuiciada forma parte del *contenido prima facie* del derecho, por ejemplo, si la negativa a someterse a pruebas de alcoholemia forma parte del ámbito inicial de protección del derecho a no declarar contra sí mismo; en el segundo momento se determina si la limitación impuesta por la norma que obliga a la práctica de tales pruebas está justificada y, por tanto, si la posición afectada por dicha restricción queda por fuera del *contenido definitivo* del derecho a no declarar contra sí mismo o si, por el contrario, se trata de una limitación injustificada, caso en el cual se considera no como una restricción válida sino como una vulneración del derecho que, como tal, ha de ser declarada inconstitucional[20].

5. Así pues, para determinar si la limitación del derecho está o no justificada es preciso resolver previamente la colisión que se entabla entre las razones a favor de consolidar esa protección *prima facie* en una protección definitiva a la luz de las circunstancias del caso y las razones que, en sentido contrario, abogan por su exclusión. Mientras, en nuestro ejemplo, las primeras vienen dadas por el principio que garantiza el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, las segundas son suministradas por los principios

19. Sobre la coincidencia que suele existir entre la adopción de una teoría amplia del supuesto de hecho y una teoría externa de los límites llama la atención Carlos BERNAL, *El principio de proporcionalidad…,* citado, pág. 631. Sin embargo, Martin BOROWSKI destaca que entre ambas no existe una vinculación necesaria. *Grundrechte als Prinzipien. Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte,* Baden – Baden, Nomos, 1998, págs. 38, 204.

20. Vid. Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien,* citado, págs. 29 y ss, 100 y ss; en el mismo sentido Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...,* citado, págs. 461 y ss.

sustanciales y formales que fundamentan la restricción de ese derecho mediante la obligación de someterse a pruebas de alcoholemia. Con ello, la concepción conflictivista de los derechos construye la exclusión definitiva de la protección iusfundamental como un juego de razones y contrarrazones, esto es, como el resultado de una ponderación entre principios[21].

En síntesis, los rasgos centrales de la concepción conflictivista de los derechos contra la cual dirigen sus ataques los críticos de la «jurisprudencia de principios» son: la consideración de la estructura normativa de los derechos fundamentales como un entramado de principios y reglas, una teoría amplia del supuesto de hecho de derecho fundamental, una teoría externa de los límites y la determinación del contenido definitivo de los derechos como el resultado de una ponderación.

Buena parte de las concepciones que se oponen a la consideración de los derechos fundamentales como principios susceptibles de ponderación se sitúan en las coordenadas de la que propongo llamar una concepción «coherentista»[22], caracterizada, en contraste con la anterior:

---

21. Vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* citado, pág. 311.

22. La que aquí denomino concepción coherentista de los derechos en realidad agrupa un conjunto heterogéneo de posturas suscritas por autores de muy diversa procedencia, como pueden serlo Jürgen Habermas (*Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso,* trad. de la 4ª. ed. alemana a cargo de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, págs. 327 y ss.), Luigi Ferrajoli («Los fundamentos de los derechos fundamentales», *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* A. de Cabo y G. Pisarello (edits.), Madrid, Trotta, 2001, págs. 300 y ss; Alfonso García Figueroa, «Entrevista a Luigi Ferrajoli», en M. Carbonell y P. Salazar (edits.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid, Trotta-UNAM, 2005, págs. 526 y ss), Friedrich Müller (*Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik,* Berlín, Duncker & Humblot, 1969; del mismo, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik,* Berlín, Duncker & Humblot, 1969), Ignacio de Otto («La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en Lorenzo Martín – Retortillo e Ignacio de Otto, *Derechos Fundamentales y Constitución,* Madrid, Cívitas, 1988, págs. 95 – 172, aquí págs. 107 y ss.), Javier Jiménez Campo (*Derechos fundamentales. Concepto y garantías,* Madrid, Trotta, 1999, págs. 36 y ss), Andrés Ollero («La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal», *La Ley,* 6/1998, págs. 2247-2252), Antonio Martínez Pujalte (*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997), Juan Cianciardo (*El conflictivismo en los derechos fundamentales,* Pamplona, Eunsa, 2000), Tomás de Domingo (*¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), Pedro Serna y Fernando Toller (*La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos,* Buenos Aires, La Ley, 2000), entre otros. Todos estos autores comparten, sin embargo, el rechazo a una visión conflictivista de los derechos, así como al empleo del principio de proporcionalidad y al juicio de ponderación que éste incorpora.

1) Por concebir a los derechos fundamentales como reglas dotadas de validez definitiva, lo cual, entre otras consecuencias, supone entender que toda posición perteneciente al ámbito de aplicación de una norma de derecho fundamental se beneficia de una protección plena, pero a su vez admitir que toda posición que exceda dicho contenido ha de quedar por fuera del mundo de los derechos[23].

2) Al reducir la estructura normativa de los derechos fundamentales a la que es propia de las reglas se elimina la posibilidad de establecer una distinción entre el *contenido prima facie* y el *contenido definitivo* del derecho fundamental. De acuerdo a esta concepción, sólo existiría un único ámbito normativo dotado de la validez definitiva propia de las reglas pero, como contrapartida, los contenidos que ingresan a dicho ámbito se reducen a aquellas posiciones cuya garantía no plantee conflictos con otros derechos y demás contenidos constitucionales, esto es, aquellos modos de ejercicio que estuviésemos dispuestos a poner a salvo de ulteriores limitaciones, pues de otro modo resultaría difícilmente concebible una protección tan irrestricta. Por tal motivo, la concepción coherentista de los derechos está en relación directa con una teoría *estrecha* o *estricta* del supuesto de hecho de los derechos fundamentales, como la desarrollada en la dogmática alemana por Friedrich MÜLLER[24] o en la española por Ignacio DE OTTO[25].

---

23. En tal sentido se pronuncia Antonio MARTÍNEZ-PUJALTE, para quien *«mas allá de los contornos que lo delimitan no puede existir protección constitucional del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección constitucional es absoluta». La garantía del contenido esencial...*, citado, pág. 53.

24. Este autor sostiene que al *«ámbito normativo»* del derecho fundamental, entendido aquí como el supuesto de hecho de la norma, sólo ingresan las modalidades *«específicas»* u *«objetivamente pertenecientes»*, quedando por fuera aquellas modalidades *«no específicas»* de ejercicio del derecho. Así pues, de acuerdo a los ejemplos que propone este autor, una ley que prohibiese pintar, predicar o manifestarse en un cruce de calles, o que impidiese a los músicos percusionistas los ensayos nocturnos en un bloque de viviendas, no constituiría intervención alguna en las libertades artística, de expresión y religiosa, pues no afectaría posiciones pertenecientes al ámbito normativo de tales derechos, por lo que tales prohibiciones no estarían sometidas a reserva de ley ni tendría que superar ninguno de los controles impuestos a las normas que intervienen en derechos fundamentales. Vid. Friedrich MÜLLER, *Die Positivität der Grundrechte*, citado, págs. 64, 73 y s, 88, 100 y s; del mismo, *Freiheit der Kunst...,* citado, págs. 56, 60, 65, 124.

25. En la doctrina española Ignacio DE OTTO participa claramente de una teoría estricta del supuesto de hecho cuando señala que *«para justificar por qué no se puede establecer un laboratorio con explosivos en una casa de vecindad no hace falta argumentar con la limitación de la libertad de creación científica y técnica, y ello porque nadie puede considerar que las normas prohibitivas de la instalación de ese laboratorio son normas limitativas de esta libertad»,* como tampoco cabe entender, a juicio de este autor, a la propaganda comercial como un ejercicio de la libertad de expresión, o a la actividad de una secta nudista como un ejercicio de libertad religiosa. Ignacio DE OTTO, «La regulación del ejercicio...», citado, págs. 139, 142.

3) Esta concepción estricta del supuesto de hecho lleva aparejada una *teoría interna* de los límites o, lo que es igual, una concepción de los derechos fundamentales como derechos *ilimitables*[26]. Conforme a esta posición, situada en el polo opuesto a la teoría externa propia del conflictivismo, la determinación del contenido del derecho implica al mismo tiempo la definición de sus límites, los cuales ya se encuentran previstos, explícita o implícitamente, en la disposición que los reconoce, debidamente interpretada en consonancia con el resto del sistema jurídico, con lo cual, como afirma Friedrich Müller, «*la determinación de los 'límites' y la determinación de 'contenidos' deben decir objetivamente lo mismo*»[27]. Pero al tiempo que se afirma que el derecho incorpora sus propios límites se excluye la posibilidad de una ulterior limitación por parte del legislador, cuya actividad en relación con los derechos fundamentales no podría consistir en la adición de nuevas restricciones a los derechos, sino en la concreción (con efectos más bien declarativos) de los límites que los derechos ya llevan consigo. Por ello, según los planteamientos de la teoría interna, propiamente no cabe hablar de límites o restricciones del derecho, sino que la actividad del legislador en relación con los derechos en realidad consistiría en una *delimitación* interna de su contenido, una concreción de los contornos del derecho que ya vendrían trazados desde su configuración constitucional[28].

---

26. Sobre las teorías internas de los derechos fundamentales vid., en sentido crítico, Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien,* citado, págs. 31 y ss, 99 y s; *La estructura de los derechos fundamentales,* citado, págs. 68 y ss; «La restricción de los derechos fundamentales», citado, págs. 32 y s. Para una exposición detallada de diversos planteamientos pertenecientes a la teoría interna vid. Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...,* citado, págs. 442 y ss.

27. Friedrich Müller, *Die Positivität der Grundrechte,* citado, pág. 32 y s.

28. En tal sentido sostiene Javier Jiménez Campo que mientras la *limitación* consiste en la acción de establecer «*constricciones, excepciones o privaciones de un bien o derecho ya definido*», la *delimitación* comprende «*todas las acciones públicas que contribuyen a definir los contornos generales y objetivos de un derecho fundamental*». En su opinión, este autor este último concepto resulta preferible para referirse a la ordenación legislativa de los derechos fundamentales, pues «*evita el aparente absurdo de admitir que el legislador pueda 'limitar' un derecho creado por la Constitución y soslaya, al tiempo, la insuprimible coloración axiológica de la voz 'limitación'». Derechos fundamentales. Concepto y garantías,* Madrid, Trotta, 1999, pág. 39. Por su parte Andrés Ollero sostiene que *«no es lo mismo limitar que delimitar, prescribir limitaciones que describir límites inmanentes[...] no es lo mismo definir la silueta de un cuerpo que amputarle un miembro»,* «La ponderación delimitadora...», citado, pág. 2248, mientras Pedro Serna y Fernando Toller afirman que *«los derechos [...]* no tienen ni necesitan límites externos, *sino que son* delimitables*: a través de la tarea legislativa y de la decisión judicial es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá un ejercicio abusivo», La interpretación constitucional...,* citado, pág. 66.

4) De todo lo anterior resulta que, de acuerdo a la concepción coherentista, la aplicación de los derechos fundamentales que tiene lugar con ocasión del juicio de constitucionalidad de las leyes no pasa por resolver una colisión entre el principio iusfundamental afectado por la intervención y el principio que fundamenta dicha intervención, a fin de determinar cuál de ellos prevalece a la luz de las circunstancias del caso, sino por interpretar de un modo adecuado los preceptos constitucionales para establecer cuál es el *«verdadero»* alcance del derecho alegado y verificar si la posición afectada por la norma enjuiciada en realidad pertenece al ámbito protegido por el derecho o se trata sólo de un ejercicio *«aparente»* del mismo[29]. Para ello básicamente acuden a una «*interpretación correctora restrictiva*», que en algunos autores aparece combinada con el establecimiento de *jerarquías abstractas* entre derechos fundamentales.

En síntesis, las concepciones coherentistas se caracterizan por: concebir los derechos fundamentales como reglas, acoger una teoría estricta del supuesto de hecho de derecho fundamental, una teoría interna de sus límites y considerar que la determinación del contenido de los derechos es el resultado de una correcta interpretación orientada a distinguir entre su contenido «verdadero» y su contenido «aparente».

Una vez expuestos los rasgos centrales de ambas concepciones es el momento de explicar las razones por las cuales considero preferible la reconstrucción de la teoría de los derechos fundamentales en clave «conflictivista». Son dos las razones que fundamentan esta prioridad:

1) En primer lugar, esta postura teórica permite dar cuenta de un elemento central de la filosofía liberal de los derechos, cual es el reconocimiento de que toda disminución del ámbito dentro del cual el individuo puede optar entre diversas alternativas de acción supone una restricción de su libertad, que no deja de ser un mal en cuanto tal y, por ello, ha de estar sometida a una exigencia de justificación. Una concepción conflictivista resulta más afín a esta consideración de la libertad como punto de partida de la relación entre individuo y estado, y de toda restricción a la misma como una excepción que es menester justificar. Y ello porque, desde sus presupuestos, es posible extender la protección iusfundamental no sólo a las modalidades típicas de ejercicio de los derechos, que pueden ser adscritas a una específica disposición iusfundamental, sino también a aquellas otras que suelen ser vistas como manifestaciones de la simple libertad natural. De este modo, el ámbito de la libertad jurídica viene a coincidir, así sea *prima facie,* con el de la libertad natural, lo que permite hablar de un *derecho general de libertad* como *nor-*

29. Vid. Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien,* citado, págs. 31 y s.

ma de clausura del sistema jurídico[30], cosa que no ocurre si se asume una concepción coherentista, cuyos presupuestos le obligan a relegar todas las manifestaciones de la simple libertad a un espacio ajeno al mundo de los derechos.

2) El potenciar la exigencia de argumentación es la segunda de las razones que tornan preferible la concepción conflictivista de los derechos en relación con su contraria. Y ello porque, al expandir el ámbito de protección *prima facie* de los derechos, impone la exigencia de que toda restricción de ese contenido sea considerada como limitación de un derecho fundamental, cuya justificación depende, por tanto, de que venga respaldada en razones más fuertes que las que militan a favor de mantener la protección del derecho. Tal cosa no ocurre con las concepciones coherentistas, que suelen apoyarse en una visión optimista acerca de las posibilidades de determinar con precisión las fronteras que delimitan el espacio de cada derecho, en un acentuado cognitivismo interpretativo que lleva a subestimar la frecuencia y trascendencia de los conflictos entre contenidos constitucionales y, por el contrario, a sobreestimar las posibilidades de conocer el contenido de los derechos con ayuda de los métodos tradicionales de interpretación[31]. Es así como la estrategia argumentativa de estas teorías se orienta, en el ejemplo de Müller, a sostener que el derecho a la libertad artística *no comprende* el derecho a pintar en los cruces de calles o, en los que propone De Otto, a afirmar que la propaganda comercial *no está amparada* por la libertad de expresión, o que el derecho de huelga *no incluye* el de ocupar incondicionadamente los locales del empresario. Puede que tal estrategia colme las demandas de justificación de la decisión en los casos claros, allí donde no surge ninguna disputa interpretativa en torno al contenido protegido por los derechos, y frente a los cuales lo más probable es que se alcancen los mismos resultados a partir de los presupuestos de una concepción conflictivista o coherentista de los derechos. Pero la misma se revela manifiestamente insuficiente en los casos difíciles, aquellos en los cuales existen discrepancias sobre el alcance de los derechos que no se reducen a desacuerdos puramente lingüísticos sino a diferencias de fondo acerca de lo que debe estar permitido, prohibido u obligado en determinada situación. Divergencias que, conviene recordar, afloran en las sociedades plurales en las que se desarrollan los actuales estados constitucionales, caracterizadas por la

30. Sobre el derecho general de libertad vid. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales,* citado, págs. 331 y ss; Luis Prieto Sanchís, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», en *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* citado, págs. 217-260.

31. Sobre este punto llaman la atención Luis Prieto, «Constitucionalismo y garantismo», en M. Carbonell y P. Salazar (edits.), *Garantismo,* citado, pág. 52; Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad...,* citado, pág. 472.

convergencia de diversas concepciones del mundo y de lo bueno, a partir de las cuales no siempre es posible obtener pautas unívocas de interpretación de los derechos. Una estrategia de argumentación que frente a un caso difícil se limite a señalar que la posición controvertida forma parte o no del derecho alegado en modo alguno se tendrá por satisfactoria y antes bien será percibida como una *«pseudofundamentación»*[32]. Y en cuanto se trate de ir más allá y argumentar acerca del por qué se prefiere una determinada interpretación nos encontraremos inevitablemente abocados a emplear una ponderación para estructurar la fundamentación externa de los enunciados interpretativos por los que optemos; ponderación que en el caso de las teorías coherentistas simplemente aparece encubierta bajo el recurso a otras estrategias de interpretación, con lo cual no se hacen visibles, ni controlables, las premisas que han determinado la decisión[33].

Así las cosas, habida cuenta de las ventajas que en términos de expansión de la libertad protegida por los derechos y de racionalidad argumentativa presenta una teoría conflictivista frente a su contraria, no parece aconsejable prescindir de dicha construcción teórica para en su lugar optar por una concepción coherentista.

Con todo, la principal objeción que debe enfrentar el conflictivismo es que la concepción argumentativa que alienta puede ser un arma de doble filo para los derechos, pues al tiempo que somete toda limitación a una carga de justificación –lo que supone una valiosa garantía– también los sustrae del «coto vedado» que representa su consideración como derechos no limitables o razones protegidas, para en su lugar exponerlos al campo abierto de la argumentación. Cosa que, en principio, no ocurriría si se acoge una concepción coherentista de los derechos, según la cual, una vez definidos sus magros contornos, aquellos operarían como razones excluyentes o protegidas, cerrando así el paso a toda deliberación por parte de sus destinatarios y, con ello, a la posibilidad de establecer ulteriores limitaciones al contenido de los derechos o de exceptuar su aplicación en determinados casos.

Llegados a este punto surge la cuestión de si esta devaluación de la resistencia normativa de los derechos es una consecuencia inevitable del conflictivismo o si, por el contrario, dicha concepción teórica también ofrece elementos para oponerse a su instrumentalización en clave autoritaria.

---

32. Vid. Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien,* citado, pág. 47, quien afirma que en estos casos se producen *«fundamentaciones aparentes»* (*Scheinbegründungen)* y Carlos BERNAL, *El principio de proporcionalidad...,* citado, pág. 471, quien habla de un *«déficit de fundamentación».*

33. En tal sentido vid. Hege STÜCK, «Subsumtion und Abwägung», *ARSP*, 84/3, 1998, págs. 405-419, aquí págs. 409, 418.

III. ¿ES POSIBLE EVITAR UN USO AUTORITARIO DE LA «JURISPRUDENCIA DE PRINCIPIOS» EN MATERIA PENAL?

El riesgo de que una concepción conflictivista de los derechos permita subordinarlos frente a consideraciones de tipo eficientista sin duda se ve corroborado en buena parte de las decisiones de la Corte Constitucional en materia penal. Precisamente en una de las sentencias en las que la Corte se decanta más claramente a favor de una concepción de los derechos fundamentales como principios que han de ser garantizados en la mayor medida posible, en oposición a una concepción coherentista («absoluta» en términos de la Corte) de los mismos, tal reconstrucción es utilizada para justificar la restricción legislativa al nombramiento de defensor durante la investigación preliminar al imputado que no ha rendido versión libre, argumentando que en este momento de la investigación penal se justificaba una restricción «leve» del derecho de defensa para garantizar la eficacia del proceso penal como un medio para acceder a la verdad, proteger a las víctimas y sancionar a los responsables[34]. Un ejemplo más dramático lo constituye el aval otorgado por nuestra jurisprudencia constitucional en la C-127/1993 (M.P. A. Martínez) a la existencia de tipos penales «dinámicos», eufemismo para justificar la constitucionalidad de los tipos penales abiertos en los que la exigencia de taxatividad cede el paso a la necesidad de eficacia en la lucha antiterrorista.

Sin embargo, lo que cabe constatar en la mayor parte de estas decisiones es que el recurso a la concepción de los derechos fundamentales como principios susceptibles de ponderación no viene seguido del respeto a las elevadas exigencias de fundamentación que supone una aplicación sistemática y rigurosa del principio de proporcionalidad para justificar la restricción de derechos fundamentales. Más bien, como han señalado con acierto Orozco Abad y Gómez Albarello, el recurso a la que estos llaman la *«jurisprudencia de principios»* no ha obedecido a la existencia de una línea jurisprudencial sólida y coherente, sino una muestra más del *«mercenarismo argumentativo»* de nuestra Corte Constitucional, en la que las construcciones dogmáticas y jurisprudenciales generalmente funcionan sólo como estrategia de fundamentación de decisiones, cuyas motivaciones se comprenden más bien atendiendo a su «contexto de descubrimiento» que a la luz de sus justificaciones. Así, mientras se acude a una concepción confictivista para relativizar el derecho de defensa o la garantía de taxatividad en materia penal, en las sentencias sobre aborto se acude a una concepción «absolutista» o coherentista para fundamentar un imperativo categórico de protección penal del derecho a la vida. De este modo, cabe concluir con estos autores que «*el principio de fundamentación en el que se basan los fallos* (de la Corte Constitucional) *no*

34. C-475/1997, M. P. E. Cifuentes.

resulta de una lealtad a las premisas normativas sino (más bien) *de la utilidad para justificarlos»*[35].

No obstante, lo que cabe preguntarse es si esta devaluación de la resistencia normativa de los derechos fundamentales frente a argumentos eficientistas en materia penal es realmente una consecuencia vinculada lógica o necesariamente a su consideración como *mandatos de optimización* y a la utilización del principio de proporcionalidad, si responde a una suerte de «perversidad intrínseca» de esta estrategia argumentativa, o si, por el contrario, ella responde más bien a otro tipo de factores ligados al contexto social y a la cultura jurídica en la que se desarrolla la argumentación iusfundamental.

Luego de advertir sobre los peligros de su instrumentalización autoritaria, a renglón seguido los autores que venimos citando reconocen que no cabe atribuir a la jurisprudencia de principios *«una tendencia inmanente hacia el ablandamiento de las libertades … de los individuos frente al Estado»*[36], sino más bien que en el caso colombiano, *«en un contexto de premisas empíricas no realizadas de paz, la realización del Estado social por la vía de la jurisprudencia de principios, tiende a privilegiar (¿en una lógica de prevención y punición de la violencia?) la eficiencia sobre las garantías»*[37]. Pero no se trata de una tendencia inexorable ya que, de hecho, tal estrategia argumentativa, a partir de su concepción amplia del contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y de las rigurosas exigencias argumentativas que impone a la justificación de las medidas que intervienen en la órbita de tales derechos, también posibilita una instrumentalización garantista, al servicio de una estrategia general de reducción de la violencia punitiva, como he intentado demostrar en otro trabajo, donde pongo de relieve cómo los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto ofrecen importantes posibilidades para cuestionar la validez constitucional de muchas normas penales[38].

Por otra parte, debe precisarse que la principal virtud de una concepción conflictivista de los derechos es que ella suministra una estructura de argumentación para encarar las disputas interpretativas que se plantean cuando se trata de establecer el contenido y alcance de los derechos en los «casos difíciles». Pero ello no significa que, de acuerdo a esta concepción teórica,

35. Iván OROZCO ABAD y Juan Gabriel GÓMEZ ALBARELLO, *Los peligros del nuevo constitucionalismo…,* citado, pág. 155 (paréntesis fuera del texto original).

36. Ibíd., pág. 45.

37. Ibíd., pág. 45.

38. Gloria Patricia LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales.* Tesis Doctoral, inédita, 2005.

todos los casos deban ser tratados del mismo modo o que ella contenga una invitación a cuestionar permanentemente la fuerza normativa de los derechos. En efecto, ha de recordarse que, de acuerdo a esta concepción, la estructura normativa de los derechos no se compone sólo de principios o mandatos de optimización, sino también de reglas dotadas de validez definitiva. Y es precisamente el entender los derechos como un entramado de principios y reglas lo que hace posible no sólo ampliar el ámbito de protección inicial de los derechos, al concebirlos como mandatos de optimización, sino también el atrincherar aquellas posiciones pertenecientes al ámbito de protección definitiva del derecho bajo la forma de reglas llamadas a operar como razones excluyentes en la deliberación.

Esto último determina que también al interior de esta teoría exista un importante espacio para los casos fáciles, aquellos en los que no existen razones válidas para poner en cuestión el alcance de un derecho, y en los que por tanto no hace falta sacar la balanza de la ponderación, o bien aquellos que en su día dieron lugar a una ponderación que fue resuelta estableciendo una regla de precedencia condicionada llamada a resolver el caso en controversia y a servir como precedente aplicable a otros casos futuros similares. De este modo, también una concepción conflictivista puede dar cuenta del hecho de que muchas garantías penales como la prohibición de irretroactividad, el establecimiento de un plazo máximo de detención preventiva o la reserva de ley en materia penal generalmente operen como reglas. Bien es verdad que, desde sus presupuestos, no es posible impedir que en algún caso el intérprete reabra el balance de razones sobre el que se apoya su consideración como reglas dotadas de validez definitiva, pero también es cierto que una aplicación consecuente de esta teoría le impone en este caso a quien pretenda reabrir dicho balance unas elevadas exigencias de justificación que se oponen a que las razones que hasta entonces han sustentado la validez definitiva de una determinada garantía penal puedan ser derrotadas por cualquier argumento. Así, aunque el principio de proporcionalidad, como ningún otro método de razonamiento jurídico, está en capacidad de suministrar respuestas algorítmicas a los casos difíciles, ello no significa que dicha estructura argumentativa sirva para justificar cualquier respuesta.

Con ello creo que el problema no radica precisamente en una «perversidad intrínseca» de la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización y en el empleo del principio de proporcionalidad como criterio estructural de fundamentación de las decisiones que los afecten. Más bien que el verdadero problema consiste en la precaria resistencia normativa que en el momento actual, y no sólo en nuestro país, se reconoce a los derechos fundamentales, su clara subordinación frente a consideraciones eficientistas pretendidamente impuestas por la necesidad de luchar contra el terrorismo. Esta precaria resistencia normativa se hace explícita en el elevado

peso que en la ponderación se confiere a los imperativos de eficacia punitiva, que viene así a equiparar y contrarrestar el retórico reconocimiento de la fuerza normativa de los derechos fundamentales. Pero es precisamente el empleo de esta técnica argumentativa la que permite hacer visibles y explícitas tales consideraciones, y con ello posibilita el control y la crítica de los fundamentos que acompañan tales valoraciones.

Por eso creo que la tan denostada «jurisprudencia de principios» que alienta el conflictivismo contribuye a hacer visible y, con ello, a tomar consciencia de un fenómeno importante, cual es la pérdida de significado normativo de las garantías penales, pero no constituye como tal una causa del mismo. Antes bien, tal concepción de los derechos no sólo obliga a dar buenos argumentos para justificar su limitación, sino también a mantener despiertas las razones que sustentan nuestra creencia en su mayor valor frente a argumentos que apelan a consideraciones de eficiencia punitiva, lucha antiterrorista y otros ropajes con los que suele vestirse la nuda razón de estado. Tal concepción nos recuerda algo importante y es que la fuerza de tales garantías descansa, en definitiva, en la estima que los ciudadanos tienen de sus libertades, pues como ha puesto de manifiesto lúcidamente FERRAJOLI, «*(l)a Constitución, y en general el Derecho, no (son) otra cosa que un conjunto de significados. Rigen, funcionan, mientras su sentido es socialmente compartido. De otro modo, desaparecen, junto a los valores que garantizan, sin necesidad de golpes de estado o cambios institucionales*»[39]

39. Luigi FERRAJOLI, «El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia con la realidad», trad. P. Andrés Ibáñez, en *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta, 1996, pág. 29.

Estudio comparativo de la función y trascendencia de los tribunales constitucionales*

PETER HÄBERLE
Catedrático Emérito de Derecho Público en la Universidad de Bayreuth, Alemania.
Director del Instituto de Derecho Constitucional Europeo.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. A. POSIBILIDADES Y LIMITACIONES DEL ESTUDIO COMPARATIVO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES (TEMAS METODOLÓGICOS). I. ASPECTOS HISTÓRICOS, TIEMPO Y ESPACIO. II. PARTICULARIDADES DE LA INTERPRETACIÓN. B. TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. I. CONCEPCIÓN AMPLIA Y ABIERTA DEL TEMA. II. TEMAS RELACIONADOS AL ESTATUS Y LA SELECCIÓN DE LOS JUECES. III. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. C. ROL Y FUNCIONES DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LO PARTICULAR – COMPARACIÓN. I. CAPACIDAD DE TRANSFORMACIÓN Y APERTURA. II. DISTINTAS FUNCIONES A LA LUZ DE LAS DIVERSAS TEORÍAS SOBRE ESTADO Y CONSTITUCIÓN. III. COMPARACIÓN DE DERECHO POSITIVO: FORMACIÓN DE LAS CATEGORÍAS Y GRUPOS DE CASOS EN RELACIÓN CON LAS COMPETENCIAS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN

En primer lugar quisiera agradecer por el honor y la alegría de poder dirigirme a ustedes desde este ilustre foro. *I. Pernice*, fundador del afamado Instituto Hallstein, ha logrado entusiasmar con su idea a una suerte de pequeña asamblea mundial de juristas constitucionales. La jurisdicción constitucional es sin duda uno de los aspectos centrales de la categoría del Estado constitucional en la actual etapa de su evolución, y condiciona a la vez su legitimidad. ¿Y en qué forma podría contribuir el espíritu, el *genius loci* de *Berlín* a nuestro tema, aunque por cierto sí ha contribuido a muchas artes y varias ciencias? ¿No sería más lógico recurrir a Washington (desde 1803), Viena (desde 1920), Roma (desde 1946), Lisboa (desde 1976), Madrid (desde 1978), o también Luxemburgo (desde 1953) o Estrasburgo (1951), o desde ese *annus mirabilis* -año memorable– de 1989 también Budapest, Varsovia y Kiev? ¿O incluso nuestra propia Karlsruhe, que tiene legítimos motivos de

* La presente contribución se basa en una ponencia que el autor presentó en un coloquio internacional el 2 de noviembre de 2005 en el Auditorio Máximo de la Universidad Humboldt de Berlín. Todas las contribuciones del coloquio (IV Coloquio Internacional de ECLN) se publican en el Volumen 6 de la Serie de la Red Europea de Derecho Constitucional (*European Constitucional Law Network* - ECLN) bajo el título «El futuro del sistema judicial europeo – rol constitucional de las cortes europeas» *(«The Future of the European Judicial System – The Constitutional Role of European Courts»)*. Agradecemos encarecidamente al Prof. Ingolf Pernice, organizador del evento, por permitirnos publicar este aporte en la «Europäische Grundrechte Zeitschrift» (*EuGRZ = Revista Europea de Derechos Fundamentales*).

orgullo (desde 1951)? Estos lugares y nombres hacen alusión a ciertas etapas históricas en la evolución de la jurisdicción constitucional. También habría que incluir, por supuesto, a Suiza, que según Thomas MANN es «una pequeña Europa»: pensemos en Lausana o –más bien– en su Tribunal Constitucional (pues aquí la división de poderes se ha trasladado a lo geográfico, y por lo tanto la sede del mismo no es la capital federal de Berna). Y sería una omisión dejar de lado a Pretoria, Lima y Sarajevo (1996).

El escaso tiempo que se me ha asignado (de apenas treinta minutos), y las limitaciones de tener que expresarme ante ustedes en mi inglés teñido de un acento suabio, ya son de por sí un dolor de cabeza, sobretodo en lo referente a la estructura de esta corta ponencia. Pienso que sin duda los participantes extranjeros en este seminario estarán esperando que un autor (o ponente) alemán incida sobretodo en aspectos metodológicos, pues es típico de los alemanes el dedicarse a los aspectos históricos y científicos. En ese sentido no pienso defraudarlos, pues el tema mismo se presta para este tipo de disquisiciones.

A. Posibilidades y limitaciones del estudio comparativo de los tribunales constitucionales (temas metodológicos)

I. Aspectos históricos, tiempo y espacio

Bien sabido es que el método comparativo tiene ya una tradición clásica sobretodo en el *derecho civil y en el derecho penal*. En Alemania e Italia encontramos juristas famosos como G. RADBRUCH, M. RHEINSTEIN (quien luego vivió en los Estados Unidos desde 1933), y también K. ZWEIGERT y H. DÖLLE, mientras que en el derecho penal destaca H.H. JESCHECK. En Alemania, el Estado nacional a la vez autocentrista e imperialista impidió el florecimiento del enfoque comparativo en el estudio del derecho constitucional. En Italia, conocemos hoy en día las obras de G. DE VERGOTTINI, en España las de G. DE PELAYO y en Francia las de la Sra. C. GREWE. Por supuesto, nada menos que R. VON JEHRING nos puso entre manos esa obra clásica más antigua, que abogaba por la superación de las fronteras entre los derechos nacionales. Finalmente, el estudio comparativo del derecho constitucional se impuso en forma definitiva (si es que cabe utilizar este término en la ciencia) desde aquel *annus mirabilis* –año memorable– de 1989. Antes de ello, ya en 1982/83, se había fomentado entre nosotros la comparación de las constituciones –o más bien de las leyes fundamentales– dentro del ámbito del estudio comparativo de las culturas. Así, en el marco de un seminario internacional organizado por el Senado español en mayo de 1989 en Madrid, me atreví a plantear la tesis del método comparativo en manos del juez como *quinto* método de interpretación después de los cuatro métodos clásicos de

Savigny (1840). Esta tesis despertó gran interés en L. Favoreu, nuestro colega francés, quien lamentablemente falleció a una edad temprana. En mi opinión, no existe un número restringido de fuentes del derecho (por ejemplo, en la forma de principios generales del derecho). El *continuo perfeccionamiento del derecho constitucional* forma parte de las tareas fundamentales en la labor de los tribunales constitucionales.

II. Particularidades de la interpretación

La comparación de un tema jurídico, como en este caso un aspecto de derecho constitucional como la jurisdicción constitucional, debe basarse en una interacción de tres elementos – a saber, los textos, la teoría y la práctica (sobretodo la judicatura). En este sentido, debemos preguntarnos qué dicen o cómo actúan en torno a nuestro tema las constituciones escritas o las tradiciones no escritas (de jurisprudencia), las comunidades académicas y la praxis, en especial la de los propios tribunales pero también la del Estado. Para ello hay que tomar en cuenta distintas dimensiones: se trata asimismo de comparar lo *di*símil, es decir, de no apuntar a una homologación sino acoger abiertamente las diferencias en un espíritu de pluralidad, o en todo caso de buscar posibles equivalencias funcionales. Por lo tanto, viene al caso el enfoque *científico-contextual*: lo que un texto pretende decir a menudo sólo surge con claridad cuando se toma en cuenta el *contexto* (según mi planteamiento del año 2001: la interpretación mediante la adición). Tomemos esto muy en cuenta: Así como ningún texto (jurídico) debe considerarse fuera de contexto, ningún texto (jurídico) debe leerse sin interpretarlo. Como R. Smend dijo en 1951: «Aun cuando dos constituciones dicen lo mismo, no se trata de lo mismo.» Con ello se abrieron las puertas al enfoque *científico-cultural*: las teorías, los textos y la práctica sólo se revelan ante nosotros si tomamos en cuenta su entorno cultural (el *humus* o subsuelo de su cultura, si así cabe decirlo). En Francia, el término «república» tiene un matiz y un contenido muy específicos (entre otras cosas, laico). En el actual contexto cultural alemán, el Tribunal Constitucional es prácticamente el alma de la Constitución, junto con los derechos fundamentales y el Estado de derecho. La elevada posición de los jueces (también a nivel social) en los países anglosajones forma parte de su contexto cultural, y se extiende incluso a las fórmulas de respeto como el tratamiento de «su Señoría». El contexto cultural también comprende la diversidad de métodos científicos de los distintos países, su estilo y su lenguaje en lo referente a la labor jurídica: el «Conseil d'Etat» francés y el «Conseil Constitutionnel» de París trabajan según el método cartesiano, y expresan sus conclusiones en un lenguaje formal, aunque conciso y preciso. A su vez, los fallos de los tribunales constitucionales alemanes a menudo causan en el observador extranjero la impresión de estar leyendo

una monografía científica. Italia, en cambio, ama – y domina – la retórica forense, ya desde la época de *Cicerón*, quien por cierto nos legó la palabra «cultura». Por lo tanto, el estudio comparativo del derecho debe tomar en cuenta el espacio y el tiempo. Entiéndase bajo 'espacio' el estudio comparativo en el tiempo actual, y bajo 'tiempo' el enfoque de la historia de las constituciones, es decir, del derecho. Obviamente, ningún jurista contemporáneo domina ambas dimensiones a la vez, a diferencia de ARISTÓTELES o MONTESQUIEU.

B. Tribunales constitucionales

I. Concepción amplia y abierta del tema

El tema que me ha sido encomendado se refiere al concepto de los tribunales constitucionales. No sólo a efectos del presente coloquio, es necesario circunscribir dicho concepto. Sin embargo, abogo aquí por una acepción amplia: en otras palabras, también las llamadas Cortes Supremas de países como México y Brasil forman parte del concepto, debido a que sus funciones incluyen la jurisprudencia constitucional (sin por ello competir con los propios tribunales constitucionales), hacen referencia a la constitución y ejercen en y dentro de ella una labor de interpretación (en lo concerniente a la calidad de los órganos constitucionales). El factor decisivo está en la vinculación con las respectivas constituciones – establecida a través de métodos de trabajo racionales y en lo posible transparentes – y en las competencias específicas asignadas a través de ciertos procedimientos del derecho positivo o en las funciones asumidas en la práctica dentro de la propia concepción de sus atribuciones. Por otro lado, se considera tribunales constitucionales también a los cuerpos jurídicos que sólo ejercen sus funciones con respecto a constituciones *parciales*: en otras palabras, no incluimos únicamente a los tribunales constitucionales nacionales sino también los tribunales constitucionales regionales (supra-nacionales) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia Europeo de Luxemburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica. Las convenciones de derechos humanos son constituciones *parciales* por excelencia. El derecho constitucional europeo de la Unión Europea es – desde mi punto de vista – una constitución parcial que trasciende los límites nacionales y se viene expandiendo intensivamente. Esto último hace que, hasta cierto punto, las 25 constituciones nacionales de los países miembros de la UE a su vez no sean sino constituciones parciales. Sin duda los jueces constitucionales respectivos no acogerían esta opinión con muestras de alegría… No obstante, esta amplia concepción del término 'tribunal constitucional' también debe guardar la flexibilidad desde el punto de vista temporal. Consideremos, por ejemplo, el

modo en que el «Conseil Constitutionnel» francés ha ido asumiendo – de motu propio y paso a paso - el rol de un verdadero tribunal constitucional. En otras palabras: el término 'tribunal constitucional' no puede definirse de modo terminante en lo concerniente a sus elementos estructurales, pues se trata de un concepto abierto (por ejemplo, respecto del Tribunal Penal Internacional según el Estatuto de Roma). ¿Y qué sucede con la Corte Internacional de Justicia de La Haya en vista de la constitucionalización del derecho público? Por lo tanto, la pregunta clave es: ¿Cuál es la diferencia entre un tribunal constitucional y un tribunal internacional (como por ejemplo el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio – EFTA)?

II. Temas relacionados al estatus y la selección de los jueces

Estos temas, de por sí muy diversos, forman parte esencial del concepto 'tribunal constitucional' y por consiguiente son tratados de este modo también por los demás ponentes de este coloquio berlinés (G. Leibholz es autor del texto clásico en Alemania al respecto, en su informe sobre el estatus del año 1952 (Anuario del Derecho Público, tomo 6 (1957), p. 109 ss.). La concepción de un tribunal constitucional debe tomar en cuenta de antemano aspectos tales como los requisitos electorales para los candidatos (legitimados en un proceso democrático), las audiencias públicas («Hearings») ante el Senado de los Estados Unidos (que considero de naturaleza ejemplar), y también la feliz competencia que se otorga al Presidente de la República Italiana de poder elegir personalmente a un tercio de los jueces constitucionales para la Corte de Roma (entre los ejemplos más recientes encontramos a juristas tan notables como A. Baldassare y G. Zagrebelsky). Sin duda, el nombramiento de los jueces del Tribunal Constitucional Federal de Alemania no es modelo para nadie debido a las estrictas proporciones partidarias de su elección, que se lleva a cabo en cierta penumbra. También llega un punto en que cabe preguntarse si resulta conveniente atiborrar los tribunales constitucionales de catedráticos universitarios: las personas forjadas en la praxis (sobretodo los parlamentarios), con experiencia política, siguen siendo imprescindibles. En Alemania resulta urgente reemplazar el nombramiento gubernamental de los jueces alemanes para el Tribunal de Justicia Europeo de Luxemburgo por un proceso de elección legitimado a través de una comisión parlamentaria *ad hoc*.

III. Derecho procesal constitucional

El derecho procesal constitucional, que personalmente concibo desde 1976 como un derecho constitucional material e independiente de los demás códigos procesales, es más que un atributo accesorio del tribunal constitucional: por el contrario, se trata de su ley fundamental por derecho propio.

Debe comprenderse en el sentido más lato, profundo y autónomo, y comprende la posibilidad del dictamen en minoría, como lo prevé expresamente la Constitución de España (1978) en su Artículo 164, y siguiendo la larga y fructífera tradición de la Corte Suprema de los Estados Unidos. (La opinión minoritaria de algún juez o jueces puede con el tiempo convertirse en una posición mayoritaria, como ha sucedido con el dictamen en minoría de la Sra. W. RUPP VON BRÜNNECK en el caso de la protección del patrimonio para ciertas posiciones de derecho público (Tribunal Constitucional Federal de Alemania 32, 129 - 141 ss.), lo cual respalda la teoría de la constitución como proceso público (1969)). Desde un punto de vista comparativo, vemos que la conciencia sobre la trascendencia del derecho procesal constitucional viene incrementándose prácticamente a nivel mundial. En el Perú observamos el florecimiento de una ciencia del derecho procesal constitucional, con nombres ilustres como G. BELAÚNDE (sic) y C. LANDA, al igual que en México (FERRER MAC GREGOR). Precisamente los países más jóvenes – que aún deben ir desarrollando todo lo relacionado con su jurisdicción constitucional – harían muy mal en subestimar el derecho procesal constitucional y su perfeccionamiento (tanto en lo referente a las atribuciones de los jueces como desde el punto de vista de la doctrina), incluyendo temas tales como los escritos «amicus curiae». En este sentido, el Brasil también viene cumpliendo un rol ejemplar gracias a GILMAR FERREIRA MENDES. Por otro lado, la ciencia jurídica todavía no logra alcanzar sus aspiraciones en lo referente a un derecho procesal constitucional europeo.

Estas breves disquisiciones ya nos indican la estrecha vinculación que existe entre todos los asuntos relacionados con la doctrina comparativa de la jurisdicción constitucional. Por lo tanto, resulta urgente abordar la *tercera parte* de esta ponencia sobre el rol y las funciones de los tribunales constitucionales en lo particular.

C. Rol y funciones de los tribunales constitucionales en lo particular - comparación

I. Capacidad de transformación y apertura

El rol y las funciones de los tribunales constitucionales que son objeto de comparación van evolucionando y cambiando con los años, según el espacio y el tiempo. Deben comprenderse desde el punto de vista *histórico*. Ni siquiera el concepto abstracto de un Estado constitucional permite o demanda pronunciarse en sentido absoluto sobre el rol de un tribunal constitucional nacional o regional (supra-nacional). Podría tal vez establecerse un inventario mínimo de atribuciones y funciones no dependientes del espacio y del

tiempo -y quizás también un conjunto máximo y óptimo de las mismas. Pero al analizar sólo unos cuantos ejemplos nos daremos cuenta de la dependencia temporal y espacial de nuestro análisis. El Alto Tribunal del Estado durante la República de Weimar (1919) podía considerarse sin duda – a pesar de sus exiguas competencias (por ejemplo, no podía admitir demandas constitucionales) – un tribunal constitucional, aunque su rol principal era el de un típico tribunal estatal. Por otro lado, si se compara al Tribunal Constitucional Federal de Alemania con otros a nivel mundial, su volumen de competencias es el más exhaustivo, incluso mayor tal vez (?) al de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Y ya hemos mencionado la admirable evolución del «Conseil Constitutionnel» de Francia. Si la especialización es demasiado estricta –como es el caso de la competencia electoral de ciertas cortes mexicanas– nos pueden surgir ciertas dudas, pero al fin y al cabo debemos admitir que se trata de tribunales constitucionales especializados. El derecho de calificación de procesos electorales es una competencia constitucional de la más alta trascendencia.

Debemos referirnos en particular a las situaciones de profunda *transformación* histórica (revoluciones) como es el caso de los países de Europa Oriental en vías de reforma luego de la caída de los sistemas totalitarios después de 1989, o de América Latina después del derrocamiento de los regímenes militares (en este sentido saludo con respeto a la Corte Suprema de Argentina, que declaró inconstitucional las llamadas «Leyes de Punto Final» en 2005). Aquí los tribunales constitucionales debieron asumir parcialmente el rol de la *legislación* constitucional, es decir, tuvieron que prácticamente inventar –o al menos desarrollar– partes del Derecho constitucional nacional, pues los demás órganos constitucionales como los Parlamentos, los otros tribunales y la opinión pública aún no conocían o dominaban el tema de la interpretación de la Constitución, por más que ésta estuviese rodeada de todas las prerrogativas en los pergaminos correspondientes. Lo mismo podría decirse del rol pedagógico en temas constitucionales. En Hungría se hablaba de una Constitución invisible del tribunal constitucional, y hubo que recurrir al activismo judicial. En cambio, en un sistema con una democracia semidirecta como la de Suiza – un país con sólidos cimientos culturales y políticos – el tribunal constitucional puede más bien abstenerse de interferir en materia de legislación constitucional (después de todo ha ido desarrollando una labor pretoriana a lo largo del tiempo, dando lugar a todo un conjunto de derechos fundamentales no escritos, que luego fueron acogidos por la nueva Constitución Federal de 1999). En otras palabras: sólo es posible pronunciarse sobre la jurisdicción constitucional de un país si antes se ha realizado un análisis integral, que tome en cuenta también las demás funciones del Estado. En 1993/96, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica se hallaba en una situación parecida a la de los países de Europa Oriental: la

creatividad respecto de la jurisdicción constitucional resultaba (o resulta) importante precisamente cuando los países atraviesan por los procesos largos y pluralistas de construir una Nación y redactar una Constitución. Bien sabemos de la fructífera interacción entre activismo judicial y autolimitación judicial en la Corte Suprema de los Estados Unidos. Ahora bien, la clave está en cuándo y cómo debe un tribunal constitucional participar más creativamente o mostrar una mayor reticencia, pregunta que debe resolver en última instancia el «espíritu» de la comunidad nacional o mundial… ¿estaremos llegando a poner sobre el tapete aquí en Berlín el llamado «Volksgeist» *hegeliano*?

II. Distintas funciones a la luz de las diversas teorías sobre Estado y Constitución

Vayamos brevemente al ámbito de la *teoría*, aunque también aquí encontramos una diferencia entre un Estado que podríamos llamar *deseable* y el Estado *real*. Entre las funciones propias de los tribunales constitucionales está la *función de integración* con respecto a un Estado constitucional nacional y sus ciudadanos o agrupaciones, y una federación o confederación de estados (Tribunal Constitucional Federal de Alemania) o de constituciones (I. PERNICE), como es el caso del Tribunal Europeo de la UE. Los tribunales constitucionales forman parte del *equilibrio de poderes* y protegen a la vez el principio de la división de poderes; por su parte, a nivel de la UE el Tribunal Europeo ha forjado el mismo equilibrio institucional (mientras que en un Estado federal el rol consiste en apoyar la división vertical de poderes, como lo indica K. HESSE). Otros conceptos clave son la *protección de los derechos fundamentales y de las minorías*. Pensemos, por ejemplo, en los casos de transexualidad solucionados por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (fallo N.º 49, 286, véase EuGRZ 1979- 50, 60, 123; EuGRZ 1982, 467- 88, 87; EuGRZ 1993, 100), o en la protección de los idiomas de las minorías (como el ladino) por la Corte de Roma. Por otro lado, también está entre las funciones de los tribunales constitucionales la protección general frente al *abuso del poder por parte del Estado* (y a veces también *por parte de la sociedad*). Hace poco, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania emitió un fallo ejemplar para la protección de los micro-partidos políticos. En los estados federales, esto se plasma en los conflictos entre la federación y los estados federados (históricamente, estos conflictos entre Estado federal y estados federados constituyeron una etapa en la evolución de la jurisdicción constitucional en Alemania, como puede verse en la Constitución de Bismarck de 1871, Artículo 76, con respecto al Consejo Federal). Cabría añadir que los tribunales constitucionales son los encargados de proteger también el principio del *pluralismo* en un Estado constitucional: un ejemplo de ello es el feliz desarrollo de una legislación pluralista para los

medios de comunicación por parte del Tribunal Constitucional Federal de Alemania en numerosas sentencias referidas a emisoras televisivas desde el fallo N.º 12, 205 (últimamente el fallo N.º 73, 118, véase EuGRZ 1986, 577- 74, 297; EuGRZ 1987, 261- 90, 60; EuGRZ 1994, 120- 91, 125; EuGRZ 1994, 499). Este modelo ha sido acogido por otros países europeos (ya sea por el órgano legislativo constitucional, ya sea por el respetivo tribunal constitucional, como es el caso de la Corte de Roma). Todo ello resultaría imposible sin un *perfeccionamiento evolutivo de la Constitución*.

En última instancia también influye la *concepción del Estado y de la Constitución*. Los ilustres autores de la República de Weimar y los padres de nuestra Constitución actual nos han legado opiniones relevantes al respecto: sobre la Constitución como estímulo y como límite (R. SMEND), como restricción al poder y garantía de libertad en la vida política (H. EHMKE, 1953), como norma y tarea (U. SCHEUNER, 1963). Debo agregar también la concepción de la Constitución como ley fundamental del Estado en Suiza (D. SCHINDLER, 1945), y por último mis propios puntos de vista de la Constitución como proceso público (1969) y como objeto cultural (1982).

Las experiencias vividas por las distintas naciones han dado lugar a grandes diferencias en su concepción del Estado y la Constitución, tanto desde el punto de vista emotivo como racional: en Alemania, cuyo sentimiento patriótico está fuertemente ligado a la Constitución, el Tribunal Constitucional Federal es el tribunal ciudadano por excelencia, gracias a la figura del amparo constitucional. Desde el punto de vista del ciudadano, Karlsruhe es la instancia definitiva. Otra es la situación en Francia y su república monárquica, por más avances que haya logrado el «Conseil Constitutionnel» en materia constitucional. El punto de referencia es la república soberana de todos los franceses, con todas sus consecuencias – inclusive el rígido principio de separación entre el Estado y la Iglesia. En la monarquía republicana de España, el Tribunal Constitucional de Madrid, sito en la Vía Domenico Scarlatti, viene asumiendo un rol cada vez más importante.

El *estudio comparativo de las distintas legislaciones* en el proceso del perfeccionamiento del Derecho constitucional por parte de los tribunales constitucionales, sobretodo en lo referente a la reparación de injusticias evidentes y perjuicios respecto del bien común, juega un papel de menor o mayor trascendencia según los distintos países. Hace poco (2003), el Tribunal Constitucional de Liechtenstein ha acogido expresamente mi doctrina del derecho comparado como quinto método de interpretación, pues en este estado pequeño las condiciones son especialmente favorables para ello. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica (1996) incluso ha institucionalizado la comparación para la interpretación del «Bill of Rights» (Artículo 39, Párrafo 1, literal b de la Constitución de 1996: «may consider foreign law» – 'cabe considerar

la legislación extranjera')–. El Artículo VI de la Constitución de Bosnia-Herzegovina (1996) hace referencia al «imperio general de las leyes del derecho internacional público». La Corte Suprema de los Estados Unidos posee una larga tradición de ignorar las legislaciones extranjeras, y sólo recientemente (2003, Lawrence vs. Texas, HRLJ 2003, 371(376)) ha aceptado el análisis comparativo de las Constituciones como metodología jurídica. (El memorable Presidente de la Corte Suprema *Rehnquist* sostenía todavía en 2002 que las opiniones de otros países no resultaban relevantes; se refería a la pena de muerte para personas con deficiencias mentales.) El análisis comparativo de las distintas legislaciones por parte de los tribunales constitucionales (nacionales) a menudo tiene lugar en la intimidad de sus secciones académicas, y no se revela ante la opinión pública. Los jueces buscan información, para luego sentenciar según su propio Derecho constitucional nacional. Resulta notable la probada importancia que viene adquiriendo la comparación de textos jurídicos en los dictámenes en minoría del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Es comprensible si se toma en cuenta la creciente necesidad de legitimación. De hecho, en la actual comunidad constitucional de la UE ya no es posible optar por una interpretación constitucional introvertida. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania debería atreverse finalmente a dar el paso de ejercer sus facultades pretorianas y elevar la Convención Europea de Derechos Humanos a nivel de Constitución, como ya es el caso desde hace mucho en Suiza y en Austria (hago referencia a su actuación, aunque todavía demasiado timorata, en los fallos N.º 111, 307 (317), véase EuGRZ 2004, 741 (744) –Görgülü; antes fallo N.º 74, 102 (128)– servicios laborales según la Ley de los Tribunales de Menores; el fallo N.º 74 358 (370), véase EuGRZ 1987, 203 (206) – presunción de inocencia ante suspensión o decisión sobre las costas judiciales en acciones privadas).

Las distintas funciones mencionadas – desde la atribución de competencias hasta la limitación de poderes, desde la protección del pluralismo hasta el fomento de un consenso fundamental – pueden ganar o perder en importancia con el correr de los años. En mi opinión no es posible hacer pronunciamientos abstractos, independientes del espacio y del tiempo, pues es demasiada la fuerza que ejerce la cultura política de un país. Sólo una cosa es segura: el juez constitucional no puede ejercer su labor de acuerdo a los dictados del decisionismo (inventado en Berlín durante los años 30). A la luz del mismo no es posible explicar la situación de Suiza ni construir una Europa unida, por más que perdure un rezago emocional de esta tendencia en algunas de los fallos de los tribunales. Aquí sólo queda recurrir a la apertura y a la racionalización en la concepción preliminar y en la elección de la metodología en el sentido de J. ESSER, el más renombrado de los juristas dedicados al estudio comparativo del derecho civil alemán en el siglo pasado. La cate-

goría de la imagen del juez (incluida en el Anuario de Derecho Público desde el tomo 32 (1987)) tiene todavía una importante labor por delante.

Una *última* acotación: el *bien común* (interés público) también influye en las sentencias de los jueces constitucionales. Me refiero a lo que yo vengo denominando desde 1970 como judicatura del bien común, que en Alemania se ha plasmado probadamente en múltiples sentencias del Tribunal Constitucional Federal (incluyendo la libre mención del interés público como factor determinante, por ejemplo en el fallo N.º 98, 218 (242 ss.), véase EuGRZ 1998, 395 (402) –reforma de la ortografía). A ello subyace la antigua y clásica interrelación entre *res publica*, *salus publica*, libertad pública y opinión pública, que guía la labor de los tribunales constitucionales («*law in – public-action*» o «el derecho en acción-pública-»).

III. Comparación de derecho positivo: formación de las categorías y grupos de casos en relación con las competencias de los tribunales constitucionales

Regresemos al derecho positivo. La tarea consistiría en comparar los catálogos de competencias otorgadas por el derecho positivo a todos los tribunales constitucionales nacionales y regionales (supra-nacionales) para luego definir categorías *típicas* de atribuciones esenciales, como por ejemplo el (casi ubicuo) control concreto de la normatividad o su versión más abstracta y preventiva (y por ende menos frecuente), los conflictos entre distintos órganos del Estado, los múltiples conflictos entre estados federados en el caso de los países federales, los conflictos regionales en los entes regionales, los procesos de los amparos constitucionales, las denuncias contra presidentes y jueces, otros conflictos como los surgidos de asuntos electorales, las posibles competencias en materia de la protección del autogobierno comunal (por ejemplo, según el Artículo 93, Párrafo 1, Numeral 4 b de la Constitución Federal de Alemania), o respecto de la facultad de los tribunales constitucionales de emitir opiniones. Aquí habría que incluir en el análisis al Tribunal de Justicia Europeo y los tribunales de derechos humanos en Europa y América.

Por último, sería importante desarrollar directrices prácticas para una buena política constitucional en asuntos de la jurisdicción constitucional, planteando preguntas como las siguientes: ¿Debería existir el voto singular (que ha dado tan buenos resultados en muchos países) sólo en las democracias ya consolidadas y no así en los llamados países en desarrollo? ¿Ni en los países de Europa Oriental en vías de reforma? (¿Y qué hacemos en ese caso con Ucrania y Croacia?) Tómese en cuenta que existen casos de estados constitucionales antiguos en los que se discute largamente sobre los factores a favor y en contra de los votos singulares, como es el caso de Italia (donde

tampoco existe el amparo constitucional). Los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen uso de esta atribución con mucha libertad, a pesar de que no fue fácil establecer un consenso en materia de derechos humanos a nivel europeo, ni resulta sencillo continuar desarrollándolo. Por lo tanto, puede decirse que la figura del voto en minoría funciona bien (pues actúa como válvula de ventilación).

En el caso de Alemania, existe un conflicto de política constitucional muy particular referido a la aprobación o el rechazo del control abstracto de las normas, y también ha surgido una controversia sobre la libre admisión del amparo constitucional (en Alemania se ha decidido mantener la normatividad actual, tomando como argumento el rol del Tribunal Constitucional Federal como tribunal ciudadano; en los Estados Unidos se ha impuesto el otro modelo). Desafortunadamente, no queda tiempo sino para hacer alusión a estos temas tan interesantes, y sólo haré un esbozo de las perspectivas y conclusiones con las que pensaba terminar.

PERSPECTIVAS Y CONCLUSIONES

Por más disímiles que sean las distintas versiones de la jurisdicción constitucional, el estudio comparativo nos ha permitido también descubrir muchos rasgos en común. La jurisdicción constitucional es uno de los valores fundamentales de los estados constitucionales. Concebida en Europa por G. JELLINEK y H. KELSEN, y puesta en práctica en los Estados Unidos ya en 1803, la jurisdicción constitucional ha sido fomentada o exigida por los avatares de la historia (como después de 1989), y fraguada en las mentes de numerosos constitucionalistas. A su vez, los jueces constitucionales la han ido haciendo realidad de la mano con la ciencia, y hoy en día constituye una institución, un procedimiento y un foro de verdadero alcance público que contribuye a la cohesión de las naciones o las comunidades regionales (supranacionales) como la UE, por más evidentes que sean sus limitaciones no sólo desde el punto de vista funcional (apúntese entre otras la doctrina de la cuestión política). Puede ayudar a forjar consensos fundamentales en una nación o una comunidad política, pero también puede fracasar lamentablemente, incluso a través de sentencias equivocadas (como es el caso de la sentencia en contra de los crucifijos, fallo N.º 93, 1 del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, véase EuGRZ 1995, 359). Incluso puede brillar por su ausencia (como en Grecia). La jurisdicción constitucional, concebida por ARISTÓTELES, ha recibido y recibe muchas alabanzas como guardiana de la Constitución, si bien sus funciones son múltiples y superan con mucho este rol. En última instancia, *todos nosotros* – ciudadanos nacionales y europeos o americanos – somos guardianes de la Constitución. En una sociedad abierta como la nuestra, donde todos tienen el derecho de interpretar la Constitución, el tribunal

constitucional no es la única ni la última instancia, pero sí una muy importante. No tiene competencia para la interpretación 'auténtica' de la Constitución (a diferencia del Artículo 124, Párrafo 1 de la Constitución de Albania de 1998, donde se le atribuye la interpretación definitiva; y del Artículo 149, p. 2 de la Constitución de Burundi de 1992, según la cual «… actúa como intérprete de la Constitución»).

Por último, quisiera atraer su atención sobre las cualidades de los jueces. Existen catálogos de los atributos que supuestamente deberían poseer los jueces constitucionales, y algunas veces figuran por escrito (por ejemplo, normas referentes a la inhibición u otros temas, como la citada en el Artículo 115, Párrafo 2 de la Constitución de Benín de 1990: «buena reputación moral y honradez»). Sin embargo, éstos son casos más bien excepcionales y normalmente se trata de reglas no escritas, de naturaleza más bien ética y difícil de circunscribir. Me refiero, por ejemplo, a la circunspección aconsejada en ciertos casos. A mi modo de ver, un juez constitucional no debería permitirse el manifestar una opinión inequívoca sobre temas de política constitucional en su país, como por ejemplo una eventual reforma de la Constitución, por más que sea o haya sido catedrático en la materia (como se ha dado el caso hace poco en Karlsruhe). También sostengo que resulta inaceptable que un juez federal abogue abiertamente a favor de determinado proceso (como por desgracia ha sucedido con los dos últimos presidentes del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que han apelado al Gobierno Federal Alemán en lo relativo a la repetición del proceso de prohibición del Partido Nacionalista). En la multifacética y sutil interacción de la ciencia del derecho constitucional y la jurisdicción constitucional, esta crítica no podía faltar al finalizar mi ponencia. ¡Sobretodo cuando el escenario que nos acoge es Berlín!



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año II, N.º 3, enero - junio, Lima, 2006

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- Resumen de las sentencias en materia de procesos de hábeas corpus. (Semestre: enero - junio, 2006)

Resumen de las sentencias en procesos de hábeas corpus (Semestre: enero – junio de 2006)

Se destacan en esta sección las decisiones que, en forma de autos o sentencias, desarrollan principios o constituyen interpretaciones trascendentes para el orden jurídico y para las instancias judiciales. No es posible dejar de advertir que es en el marco del proceso penal en el que tienen lugar las restricciones a la libertad personal. Es por ello que la gran mayoría de demandas de hábeas corpus se interponen contra resoluciones judiciales expedidas en el marco de un proceso penal. Esa es, entonces, la causa de que el presente recuento constituya casi en su totalidad un resumen de los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional en materia penal. Es así que, siendo el Derecho penal, la materia preponderante en la presente selección, se incluyen algunas resoluciones que, sin haber sido dictadas en el marco de un proceso de hábeas corpus, desarollan materias relativas al proceso penal (Exp. N.º 4785-2004-PA/TC y Exp. N.º 004-2006-AI/TC).

1. El auto de apertura de instrucción: debida motivación y requisito de firmeza (Exp. N.º 8125-2005-PHC/TC, Jeffrey Immelt y otros, publicado el 25.01.2006)

Esta sentencia fue la primera emitida por el Tribunal Constitucional respecto de las demandas de hábeas corpus que interpusiera Luis Fernado Garrido Pinto a favor de varios directivos de General Electric Company, cuestionándose la apertura de instrucción por delito de estafa contra los mismos ante el Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima. La demanda cuya sentencia es materia de comentario cuestionaba el hecho de que se haya abierto instrucción contra los favorecidos, disponiendo su detención, sin motivar debidamente su decisión sobre las razones que tuvo para imputarles el delito de estafa.

La firmeza del auto de apertura de instrucción

Si bien no se interpuso ningún medio impugnatorio contra el mandato de detención, el Tribual Constitucional no declara improcedente la demanda. Al respecto, el Tribunal cita el criterio adoptado en la sentencia recaída en el expediente N.º 6081-2005-HC/TC (publicada en la página web del Tribunal

Constitucional el 25 de julio de 2005) en cuyo caso se trataba de un auto de apertura de instrucción que el Tribunal Constitucional consideró firme al no existir en el entonces vigente Código de Justicia Militar medio impugnatorio alguno previsto contra dicha resolución, habilitando, así, un pronunciamiento sobre el fondo. En el presente caso se trata, en cambio, de la primera vez en que el Tribunal hace lo propio respecto de un auto de apertura de instrucción emitido en el Fuero ordinario, conforme a lo prescrito en el Código de Procedimientos Penales. Así, el Tribunal Constitucional adopta el criterio según el cual, en tanto el único extremo del auto de apertura de instrucción que puede ser impugnado es el extremo cautelar, el requisito de firmeza establecido en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional se agota con el mismo auto de apertura para los demás extremos de dicho auto.

La motivación del auto de apertura de instrucción

El Tribunal Constitucional desarrolla el derecho a la debida motivación de las resoluciones respecto del auto de apertura de instrucción. Señala que cuando el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales que regula la estructura del auto de apertura de instrucción, exige la individualización del imputado, dicho mandato no se agota con consignarse su identidad (nombres completos) sino que comporta la exigencia que la imputación sea precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan. El Tribunal apoya esa interpretación de la citada norma en el derecho de toda persona de ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (artículo 139º, inciso 15 de la Constitución), congruente con lo establecido en el artículo 14º, numeral 3), literal «b» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: «*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y* ***en forma detallada , de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella***», y el artículo 8º, numeral 2), literal «a» de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos: «*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:...b)* ***Comunicación previa y detallada de la acusación formulada***».

2. El ne bis in ídem

(Exp. N.º 4587-2004-AA/TC, Santiago Martín Rivas, publicado el 15.02.2006)

A través de este proceso de amparo se cuestiona la anulación del sobreseimiento definitivo dictado en el proceso que se le siguiera al demandate en

el Fuero Militar por la presunta participación en la *matanza de Barrios altos*. Alega que la resolución que anula el sobreseimiento y declina competencia a favor del Fuero común viola la inmutabilidad de la cosa juzgada. El Tribunal Constitucional considera que si bien no queda claro si las resoluciones de sobreseimiento fueron expedida en aplicación de las leyes de amnistía N.os 26479 y 26492, ello no incide en el sentido de la decisión, toda vez que la orden de investigar y sancionar decretada en la parte resolutiva de la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Barrios Altos* incluye aquellos casos en los que no se hayan aplicado las citadas leyes de amnistía, toda vez que, la obligación del Estado de investigar y sancionar a los responsables por la violación de los derechos humanos declarados en la citada sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo comprende la nulidad de aquellos procesos donde se hubiese aplicado las leyes de amnistía N.° 26479 y N.º 26492, tras haberse declarado que dichas leyes no tienen efectos jurídicos, sino también toda práctica destinada a impedir la investigación y sanción por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, entre las cuales se encuentran las resoluciones de sobreseimiento definitivo como las que se dictaron a favor del recurrente.

El Tribunal Constitucional, acogiendo el criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Loayza Tamayo) respecto del artículo 8,4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos el cual señal que «El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos» establece que el auto de sobreseimiento adquiere la calidad de cosa juzgada. Es por ello que, sobreseída la causa, y adquirida firmeza tal resolución, no podrá volverse a abrir instrucción cuando concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Sin embargo, procede a delimitar el contenido constitucionalmente protegido de la prohibición del doble enjuiciamiento (*ne bis in ídem* procesal). Considerando el Tribunal que, siendo el *ne bis in ídem* un principio que persigue impedir el ejercicio arbitrario del *ius puniendi* estatal, constituye un requisito para se considere vulnerado el *ne bis in ídem* procesal, que el primer proceso sea jurídicamente válido:

En Tribunal señaló que:

> «...es ajeno a la naturaleza del derecho, es decir, a los intereses jurídicamente protegidos por la dimensión procesal del *ne bis in ídem*, que se pretenda oponer una resolución o sentencia (absolutoria) expedida en un primer proceso penal que resulta manifiestamente nulo. Dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in ídem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, el Tribunal considera que tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa como consecuencia de haberse declarado la nulidad del

primer proceso, tras constatarse que éste último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia ratione materiae para juzgar un delito determinado»

(Exp. N.º 8123-2005-PHC/TC, Nelson Jacob Gurman, publicado el 15.05.06)

Esta es otra de las demandas de hábeas corpus que interpusiera Luis Fernado Garrido Pinto a favor de directivos y ex directivos de General Electric Company procesados por estafa ante el Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima. En esta oportunidad se cuestiona el hecho de que se haya abierto instrucción contra el favorecido, disponiendo su detención, alegando que se vulnera el *ne bis in ídem*, toda vez que en anterior oportunidad el beneficiario había sido absuelto en un proceso penal que se le siguió por los mismos hechos. El Tribunal Constitucional sigue el criterio establecido por la sentencia recaída en el proceso de amparo N.º 4587-2004-AA/TC, respecto del carácter de cosa juzgada que adquieren las resoluciones de sobreseimiento. En tal sentido, establece que al haberse emitido un auto de no ha lugar a apertura de instrucción y haber el mismo quedado firme, se vulnera el *ne bis in ídem* si se vuelve a abrir instrucción y concurre la triple identidad de sujeto hecho y fundamento.

3. Los derechos a ofrecer medios de prueba y el conflicto entre intimidad y libertades informativas.

(Exp. N.º 6712-2005-PHC/TC, Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, publicado el 20.01.06)

A través de la demanda de hábeas corpus, los demandantes, quienes habían sido condenados a una pena privativa de la libertad suspendida por delito contra la intimidad por haber propalado a través del programa televisivo Magaly TV el reportaje denominado *prostivedettes*, cuestionaban la condena impuesta, alegando vulneración a sus derechos aprobar y de defensa. Sustentaban la alegada vulneración del derecho a probar en que, habiendo ofrecido determinados medios probatorios (declaraciones testimoniales tanto del asesor legal del canal como del administrador del mismo), no se emitió resolución alguna en la que se indicara si las mismas eran rechazadas o admitidas. La importancia de tales medios, según lo expresado por los demandantes, se centraba en que, antes de emitir el reportaje materia del proceso penal que se siguió en su contra, fueron asesorados por abogados, quienes les aseguraron que no se afectaba el derecho a la intimidad de la 'vedette' con la emisión del mencionado reportaje. En ese sentido, argumentaban que al no haberse tomado en cuenta los medios probatorios ofrecidos, se les había impedido probar el error de prohibición en que habrían incurrido. Asimismo, se sustentaba la

alegada afectación al derecho de defensa en el hecho de que el juzgador nunca se habría pronunciado sobre lo señalado a través de su declaración instructiva en el sentido de que el vídeo cuya propalación era materia de denuncia lo que hacía era intentar probar la existencia de prostitución ilegal.

Derecho a presentar medios de prueba

Respecto del derecho a la prueba, el Tribunal ya había desarrollado el contenido del mismo, habiendo dado algunos alcances del contenido del referido derecho (010-2002-AI/TC) y (1808-2003-HC/TC, León Domínguez Tumbay) concretamente, sobre el derecho a interrogar testigos. En esta ocasión, el Tribunal define el contenido del Derecho a probar:

Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado

Asimismo, el Tribunal desarrolla más detenidamente uno de los contenidos del citado derecho, concretamente el derecho a que se admitan los medios probatorios como elemento del derecho de prueba. Al respecto, el mismo no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos, sino que Así, el medio probatorio debe contar con:

Pertinencia: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

- *Conducencia o idoneidad*: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.

- *Utilidad*: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una

presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

- *Licitud*: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.

- *Preclusión o eventualidad:* En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria»

En este sentido, el Tribunal consideró que no se vulneraba el derecho a ofrecer medios probatorios con la inadmisión de las referidas testimoniales, considerado que el medio idóneo para probar la existencia de un estudio jurídico sobre la materia era mostrar documentos.

Libertades informativas vs. derecho a la intimidad

Los demandantes alegaban, además, que se vulneraba su derecho de defensa por cuanto no se les permitió demostrar en el proceso penal la existencia de la mencionada prostitución clandestina. Al respecto, señalaban que la misma, al constituir un ilícito administrativo, no se encuentra dentro de la esfera de la vida privada y que, en consecuencia, la conducta realizada se encontraba justificada en la medida que los querellados actuaron en el ejercicio regular de la libertad de información.

A fin de determinar si en el caso se justificaba la comprobación de la prostitución clandestina, el Tribunal Constitucional procede a definir y delimitar el conflicto entre los derechos a la intimidad y libertades de información; para ello opta por el método de la ponderación, mediante la utilización del criterio de razonabilidad y la evaluación de la relevancia pública del hecho.

A través del análisis de razonabilidad (mediante los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) el Tribunal Constitucional arriba a la conclusión de que no es permisible que el derecho a la información pueda tocar temas tan sensibles como las relaciones sexuales de una persona, por más que haya estado en un supuesto de prostitución clandestina. Y es que si bien la existencia de la prostitución clandestina es un hecho que sí ameritaba ser conocido por la sociedad, toda vez que guarda

relación con el derecho a la salud y en tal sentido sería pertinente informar sobre la supuesta red de prostitución, ello no autoriza que se vulnere el derecho a la vida privada para tal fin:

> «Bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado democrático y social de derecho, que una cámara se introduzca subrepticiamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona»

Respecto del desarrollo colectivo de la media, el Tribunal señala que «...se protege exclusivamente el discurso cuya importancia implica una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva, en clara referencia a las materias relevantes para el proceso democrático de autogobierno. Descriptivamente, es el discurso que interesa a una parte del público o a todo él en el sentido de presentarse, en el ámbito ético-político, como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes y necesidad ajenas, y, de forma jurídica, como un compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material». Es por ello que cuando una información no cumple un fin democrático y se convierte en un «malsano entrometimiento que afecta el derecho a la vida privada de un tercero, el grado de protección del primer derecho fundamental habrá de verse distendido»,

El Tribunal concluye que la proscripción de la prostitución clandestina en aras de proteger la defensa de la salud pública, prevista en el artículo 7º de la Constitución, puede ser materia legítima de control mediático, pero la utilización de imágenes que exponen partes íntimas de la querellada no puede considerarse como válida porque no aporta nada a la investigación realizada. No contribuye al desarrollo de la sociedad peruana saber que una o dos bailarinas se hayan dedicado al meretricio.

Finalmente, de conformidad con el artículo 56º del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional impuso a los recurrentes la sanción de la multa de 20 URP, imponiéndoseles el pago de costas y costos del proceso como consecuencia de su acción temeraria al presentar una demanda absolutamente inviable. El Tribunal sustenta la sanción impuesta en la actitud irreflexiva de los demandantes, que tuvo lugar en le hecho de presentar un pedido de inhibición cuando ello no procedía; reclamar el uso de los procesos constitucionales contra cualquier tipo de sentencia; dejar de presentar testigos; evitar relacionar la intervención de los miembros de su estudio a lo largo de los procesos penal y constitucional; presentar una demanda cuando se sabía perfectamente que iba a ser desestimada; pretender rectificar en sede constitucional lo que había sido ya perdido en la ordinaria.

4. La homonimia

(Exp. N.º 4542-2005-PHC/TC, Roberto Martín Salazar Gutiérrez publicado el 24.02.2006)

En el presente caso, el demandante, detenido por orden de la Sala Mixta Descentralizada e itinerante de Andahuaylas y Chincheros en el proceso que se sigue por delito de terrorismo, alega que la orden de detención ha sido dictada contra un homónimo. El Tribunal reitera lo ya establecido en la Ley N.º 27411, Ley que regula el procedimiento en los casos de homonimia, en el sentido de que el mandato de detención que expidan los órganos jurisdiccionales deberá consignar los nombres y apellidos completos, la edad, el sexo, características físicas, y que, conforme al artículo 136º del Código Procesal Penal, el oficio mediante el cual se dispone la ejecución de la detención deberá contener los datos de identidad personal del requerido.

A pesar de haber cesado el acto vulnerador cuestionado al haberse decretado la libertad del demandante, el Tribunal, conforme al artículo 1º del Código Procesal Constitucional, declaró fundada la demanda de hábeas corpus en atención a que el órgano jurisdiccional emplazado emitió el oficio mediante el cual se dispuso la ejecución de la detención ordenada no se consignaban los datos completos.

5. La jurisdicción arbitral y el control constitucional de los actos del Ministerio Público

(Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, Fernando Cantuarias Salaverry, publicado el 09.03.2006)

El caso que amerita este pronuciamiento del Tribunal Constitucional es la demanda dirigida contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial de Lima, alegándose que se procedió a denunciar sin previamente haber citado al inculpado para efectuar sus descargos, que no se han recabado elementos probatorios suficientes que ameriten el ejercicio de la ación penal en su contra y que la denuncia no presenta argumentación acerca de la tipicidad de los hechos imputados.

Marco constitucional de la jurisdicción arbitral

El Tribunal Constitucional desarrolla el marco constitucional de la jurisdicción arbitral. Al respecto, señala que el principio de autonomía de la voluntad no puede ser entendido en forma absoluta, sino dentro del marco de los valores y principios constitucionales, es por ello que no puede quedar excluido de control constitucional cuando se vulnere el derecho a la tutela

procesal efectiva o se advierta un incumplimiento por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional y de los precedentes de observancia obligatoria, conforme a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Asimismo, señala el Tribunal que pretender una irrevisabilidad de los laudos arbitrales en sede constitucionales en virtud de la irrevisabilidad de los laudos establecida en los artículos 4º y 59º de la Ley General de Arbitraje sería vaciar de contenido la supremacía constitucional, el carácter vinculante de la Constitución y la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional.

Investigación preliminar y hábeas corpus

El Tribunal Constitucional también desarrolla el marco constitucional de la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público, señalando que su actuación está sujeta a diversas garantías, tales como el principio de interdicción de la arbitrariedad, legalidad, debido proceso y tutela jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional advierte que un hábeas corpus de tipo reparador no puede ser la vía adecuada para efectuar un control de la actuación fiscal, toda vez que el Fiscal no es una autoridad facultada para restringir la libertad personal.

Respecto de la posiblidad de tutela mediante hábeas corpus preventivo, el Tribunal considera que si bien la denuncia fiscal no vincula al juez, sí constituye un importante indicativo que podría inducirlo a error sobre la base de una denuncia abiertamente arbitraria orientada a conseguir que determinada persona sea procesada. El Tribunal Constitucional, sin embargo, declaró improcedente la demanda, considerando que el recurrente tuvo oportunidad de apersonarse al procedimiento de investigación preliminar en el cual presentó escritos e incluso solicitó se actuaran determinados medios probatorios.

6. *El principio acusatorio y la titularidad de la acción penal por parte del Ministero Público*

(Exp. N.º 2005-2006-PHC/TC, Manuel Enrique Umbert Sandoval publicado el 17.03.2003)

El acto cuestionado es la resolución emitida por el 36º Juzgado Penal de Lima, mediante la que se concede la apelación interpuesta por la Parte civil contra el auto que declaraba el sobreseimiento de la acción penal contra Manuel Enrique Umbert Sandoval por los delitos de estafa y contra el orden financiero. En dicho proceso, concluida la etapa de investigación, el Ministerio Público dictaminó que no había mérito para acusar al imputado, el juzgado penal, discrepando con la opinión del fiscal elevó el expediente en consulta a

la Fiscalía Superior (en aplicación supletoria del Código de Procedimientos Penales). El fiscal Superior confirmó el sentido del dictamen, ante lo cual, el juzgado emitió resolución de sobreseimiento.

El Tribunal Constitucional reafirma la vigencia del principio acusatorio como elemento del debido proceso penal, siendo las características básicas de aquél: a) Que no pueda existir juicio sin acusación, la misma que debe ser formulada por un órgano distinto del encargado de sentenciar b) Que no pueda acusarse por hechos distintos de los que son materia de acusación ni apersona distinta de la que fue acusada c) Que no pueda atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.

El Tribunal Constitucional hace especial referencia a la Primera caraterística señalada, la que guarda concordancia con la atribución constitucional del Ministerio Público de ejercitar la acción penal (artículo 159º). Es por ello que, concluye el Tribunal Constitucional, en caso que el Ministerio Público se abstenga de emitir acusación no hay motivo para seguir con el proceso penal.

7. La reserva de la instrucción frente a las libertades informativas

(Exp. N.º 2262-2004-PHC/TC, Carlos Laureano Ramírez de Lama, publicado el 11.04.2006)

Se cuestiona la resolución emitida por el vocal instructor de la Sala Penal de Tumbes en el proceso que se le sigue al demandante por delito de cohecho en la que se prohibe al procesado declarar y propalar comentarios sobre el desarrollo del proceso.

Si bien la materia constitucionalmente relevante es relativa a los derechos a la libertad de expresión e información, los cuales, en principio son tutelables mediante proceso de amparo, el Tribunal procede a emitir pronunciamiento de fondo en atención al grado de relación que guardan los hechos con la libertad personal, toda vez que la resolución cuestionada fija como regla de conducta de comparecencia impuesta al procesado la prohibición de declarar, cuyo incumplimiento acarrearía la revocación del mandato de comparecencia.

El Tribual Constitucional analiza la reserva de la instrucción prevista en el artículo 73º del Código de Procedimientos Penales a través de un desarrollo de la relación existente entre los derechos a la libertad de expresión e información (concretamente la interdicción de censura previa) con la excepción a la publicidad del proceso establecida en la Constitución (artículo 139º,4). Así, el Tribunal concuerda la excepción prevista en la Constitución a la publicidad de los procesos con el artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el sentido de que «El proceso penal debe ser público,

salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia». Concluye que sólo tiene cabida el secreto sumarial en caso esté relacionado con el mantenimiento de la justicia en los casos concretos. Asimismo, el Tribunal a través de la concordancia de dos reglas como lo son la interdicción de la censura previa y la función jurisdiccional concluye que la solución adecuada entre ambas será como sigue: «toda persona ejercitará sus derechos a la expresión y a la información sin previa autorización, ni censura ni impedimentos algunos, salvo para garantizar el correcto ejercicio de la potestad de administrar justicia» (FJ N.º 25). En tal sentido, el Tribunal considera que una medida restrictiva de algún derecho fundamental sobre la base del respeto del secreto sumarial debe analizar la existencia o inexistencia de un riesgo claro e inminente para la independencia judicial.

8. La extradición y el plazo razonable del mandato de detención

(Exp. N.º 1257-2005-PHC/TC Enrique José Benavides Morales, publicado el 15.05.2006)

La demanda de hábeas corpus tiene por objeto cuestionar la resolución judicial mediante la cual la Corte Suprema de Justicia declaró procedente la extradición del favorecido desde Alemania, alegando que la misma resulta vulneratoria del debido proceso al no haberse notificado a su abogado defensor de la vista de la causa. El Tribunal Constitucional desestimó la pretensión en atención a que lo alegado por el demandante había sido desvirtuado.

Lo relevante de esta sentencia radica en que a través de la misma el Tribunal Constitucional complementa el criterio adoptado respecto de lo que debe considerarse conducta obstruccionista por parte del imputado, a fin de determinar el plazo razonable de la detención o del proceso. El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia N.º 2915-2004-HC/TC había establecido los criterios para determinar la razonabilidad del plazo de la detención a saber: actividad del órgano jurisdiccional, complejidad del caso y actividad procesal del imputado. Se establecía, además que, vencido el plazo máximo de detención establecido en nuestra legislación para los proceso complejos, cabía la prórroga del plazo (también prevista en la ley) sólo en caso de que la dilación procesal sea atribuible a la conducta del procesado. En este sentido, esta sentencia viene a complementar el concepto de lo que puede entenderse por conducta maliciosa del imputado. Al respecto el ribunal señaló que la extradición constituye un procedimiento al cual concurren los estados «...en caso de que un imputado se sustraiga de la acción de la justicia, ocultándose en un país distinto del suyo...». El Tribunal considera que el ocultarse de la ación de la justicia constituye una conducta obstruccionista, la cual debe ser tomada en cuenta al momento de determinar el plazo razonable del proceso y de la detención. De esta manera,

el Tribunal Constitucional complementa el criterio adoptado sobre la razonabilidad del plazo de la detención. El Tribunal además, precisa que dicho criterio constituye precedente vinculante de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

9. Condiciones de reclusión

(Exp. N.º 774-2005-PHC/TC, Víctor Alfredo Polay Campos publicada el 21.04.2006)

La demanda de hábeas corpus que motiva la sentencia del Tribunal Constitucional cuestiona la imposición de locutorios celulares a las visitas del Centro de Reclusión de Máxima Seguridad de la Base Naval del Callao, conforme a lo establecido en el Decreto Supremo N.º 02-2004-JUS que modifica el Reglamento de dicho Centro de Reclusión.

El Tribunal Constitucional considera que el impedir el contacto físico de los internos con los familiares directos o con los amigos cercanos podría significar una afectación al vínculo social al restringirse sus materializaciones afectivas, lo que configuraría la restricción de un bien constitucionalmente reconocido como lo es la familia, institución natural y fundamental de la sociedad (conforme al artículo 4º de la Constitución). Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que ello se ve justificado por el deber estatal de defensa de los derechos fundamentales, desarrollado en el artículo 44º de la Constitución.

El Tribunal Constitucional fundamenta la razonabilidad de la medida en el hecho de que en el caso concreto del régimen penitenciario son los familiares y las amistades de las personas privadas de libertad las que colaboran con éstas para la consecución de acciones delictivas o para una posible fuga. Con relación al CEREC, la peligrosidad de los internos amerita una intervención de mayor cuidado que con otras personas que se hallan en la misma situación, dada su actuación como líderes de organizaciones terroristas.

Finalmente, el Tribunal, establece que las limitaciones que supone el uso de locutorios deben ser definidas y establecidas por el juzgador, es decir, será éste último quien definirá cuándo, bajo qué circunstancias y cómo deban ser utilizados los locutorios.

10. Justicia Militar

(Exp. N.º 004-2006-AI/TC publicado el 18.04.2006)

Habiéndose declarado mediante sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N.º 023-2003-AI/TC) la inconstitucionalidad de varias disposiciones contenidas en el Decreto Ley N.º 23201, Ley Orgánica de Justicia Militar, y del Decreto Ley N.º 23214, Código de Justicia Militar, y habiéndose exhor-

tado al Poder Legislativo para que emita nueva legislación sobre la materia, con fecha 7 y 11 de enero de 2006 se publicaron en el Diario *Oficial El Peruano,* la Ley de Organización de funciones y competencia de la jurisdicción especializada en materia penal militar policial (Ley N.º 28665) y el Código de Justicia Militar Policial (Decreto Legislativo N.º 961).

La Fiscal de la Nación interpuso demanda de inconstitucionalidad contra diversas disposiciones de la Ley N.º 28665, alegando que resultaban vulneratorias del Derecho a la igualdad ante la ley y el mandato de no discriminación (artículo 2º.2 de la Constitución), los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional (artículo 139º, inciso 1 de la Constitución) y el principio de autonomía del Ministerio Público (artículo 158º de la Constitución).

En esta sentencia el Tribunal Constitucional desarrolla el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, siguiendo la línea de lo ya desarrollado en las sentencias de inconstitucionalidad N.º 0017-2003-AI/TC y 0023-2003-AI/TC. Así, el Tribunal aborda el significado de la disposición constitucional que establece que la jurisdicción especializada en lo militar es una excepción a los principios de unidad y exclusividad en la función jurisdiccional. Al respecto, señala que de acuerdo al artículo 139º, inciso 1 de la Constitución, el principio de unidad de la jurisdicción implica que el Estado Peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. Sin embargo, de ello no se deduce que sea el Poder Judicial el único encargado de la función jurisdiccional, toda vez que dicha función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y por extensión al arbitraje.

El principio de exclusividad de la función jurisdiccional es concebido en dos manifestaciones (positiva y negativa). En cuanto a la exclusividad judicial negativa, prevista en el artículo 146º, primer y segundo párrafos de la Constitución, los jueces no pueden desempeñar otra función que o sea la jurisdiccional, salvo la docencia universitaria. En su vertiente positiva, reconocida en el artículo 139º, inciso 1 de la Constitución, sólo el Poder Judicial puede arrogarse la función jurisdiccional, salvo las mencionadas excepciones del Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, la justicia militar entre otros.

Respecto de la independencia judicial, amplía el concepto desarrollado en la sentencia N.º 023-2003-AI/TC, subdividiéndolo en independencia externa: prohibición de los poderes públicos de ejercer influencia sobre las decisiones judiciales, lo que pude tener lugar: «...estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía, entre otros casos».

La independencia interna está referida a que la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

Finalmente, la sentencia declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad y dispuso una *vacatio sententiae* por un lapso de 6 meses contados a partir de la publicación de la sentencia, plazo que una vez vencido ocasionará que la declaratoria de inconstitucionalidad surta todos sus efectos, eliminándose del ordenamiento jurídico tales disposiciones legales, con excepción de la Segunda, Cuarta y Quinta Disposición Transitoria de la ley cuestionada, cuya declaración de inconstitucionalidad surte efectos al día siguiente de la publicación de la sentencia.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año II, N.º 3, enero - junio, Lima, 2006

Jurisprudencia Constitucional comparada

- Corte Constitucional de Colombia.
  Sentencia C-355/06 de 10 de mayo de 2006.
  (Despenalización del aborto)

- Tribunal Supremo de los EE.UU. Autos 03-334 y 03-343 de 28 de junio de 2004. Rasul v. Bush
  (Derechos de los extranjeros detenidos en Guantánamo).

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia sobre la despenalización del aborto*

SENTENCIA C-355/06

Referencia: expedientes D- 6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal.

Demandantes: Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana.

Magistrados Ponentes:
Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil seis (2006).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Mónica del Pilar Roa López, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), a la cual correspondió el expediente D- 6122.

* Se recoge los fundamentos principales de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-355/06, la misma que ha sido tomada de su página web oficial: www.ramajudicial.gov.com

El ciudadano Pablo Jaramillo Valencia, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra los arts. 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), a la cual correspondió el expediente D- 6123.

Las ciudadanas Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demanda contra los arts. 122, 124 y 123 (parcial) de la ley 599 de 2000 – Código Penal, modificados por el art. 14 de la ley 890 de 2004, a la cual correspondió el expediente D- 6124.

Según constancia de fecha catorce (14) de diciembre de dos mil cinco (2005) de la Secretaria General de esta Corporación, la Sala Plena de la Corte Constitucional , en sesión llevada a cabo el día trece (13) de diciembre del mismo año , resolvió acumular los expedientes D- 6123 y D- 6124 a la demanda D- 6122 y en consecuencia su trámite deberá ser conjunto para ser decididos en la misma sentencia.

Mediante auto de Dieciséis (16) de Diciembre de dos mil cinco (2005), fueron admitidas por el Despacho las demandas presentadas.

Así entonces, cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inexequibilidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones demandadas, acorde con su publicación en el Diario Oficial No 044.097 de 24 de julio del 2000 y se subrayan los apartes acusados:

«CONGRESO DE LA REPÚBLICA

LEY NÚMERO 599 DE 2000

(Julio 24)

«Por la cual se expide el Código Penal».

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(…)

ART. 32.- Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. (…)

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente

no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

(…)

CAPÍTULO CUARTO

Del aborto

ART. 122.- Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

ART. 123.- Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.

ART. 124.- Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

PAR.- En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

(...)

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

(...)

5. La vida como un bien constitucionalmente relevante que debe ser protegido por el Estado colombiano, y su diferencia con el derecho a la vida.

La consagración de la vida como derecho fundamental y como un bien que goza de protección constitucional es relativamente reciente en la historia del constitucionalismo occidental. En efecto, las primeras constitu-

1. El derecho a la vida tiene un reconocimiento explícito en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, sin embargo no aparece en el texto original de la Constitución de los Estados Unidos, ni tampoco en la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1789.

ciones escritas y declaraciones de derechos de los siglos XVIII y XIX omitieron hacer referencia a la vida[1]; su inclusión en los catálogos de derechos es por lo tanto un fenómeno relativamente reciente que data de finales de la Segunda Guerra Mundial[2] y que a su vez está ligado a su progresivo reconocimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos[3].

El constitucionalismo colombiano no es ajeno a la anterior evolución, y salvo algunas excepciones, como la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 que consagra de manera expresa la «inviolabilidad de la vida humana», los ordenamientos constitucionales nacionales por regla general no hacían mención expresa de la vida ni como derecho ni como valor constitucional. La Constitución Política de 1886, a partir de la reforma introducida en el Acto Legislativo 3 de 1910, se limitaba a prohibir la pena de muerte y a consagrar que las autoridades públicas estaban instituidas para proteger la vida de los ciudadanos. La Carta de 1991, constituye en esta materia –como en tantas otras– un punto de inflexión en la evolución del constitucionalismo colombiano, al establecer la plena irrupción de la vida como uno de los valores fundantes del nuevo orden normativo.

Así, el Preámbulo contempla la vida como uno de los valores que pretende asegurar el ordenamiento constitucional, el artículo segundo señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en Colombia, y el artículo once consigna que *«el derecho a la vida es inviolable»*, amén de otras referencias constitucionales[4]. De esta múltiple consagración normativa se desprende también la pluralidad funcional de la vida en la Carta de 1991, pues tiene el carácter de un valor y de derecho fundamental. Desde esta perspectiva, plurinormativa y plurifuncional, cabe establecer una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental.

---

2. No sobra advertir que este fenómeno obedece en gran medida a los excesos ocurridos durante la segunda guerra mundial, prueba de ello es que La Ley Fundamental de Bonn, en su artículo segundo, es uno de los primeros ordenamientos en elevar a rango constitucional este derecho.

3. En el año de 1948 se consagra de manera solemne el derecho a la vida tanto en la Declaración Universal de los Derechos de Hombre de la ONU –artículo tercero-, como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –artículo primero-.

4. Así, por ejemplo, el artículo 44 establece que la vida es uno de los derechos fundamentales de los niños; según el artículo 46 el Estado, la sociedad y la familia deben promover la integración de las personas de la tercerea edad en la vida activa y comunitaria; y de conformidad con el artículo 95 uno de los deberes de la persona y del ciudadano es responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponga en riego la vida de las personas;

Distinción que ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional:

> La Constitución no sólo protege la vida como un derecho (CP art. 11) sino que además la incorpora como un valor del ordenamiento, que implica competencias de intervención, e incluso deberes, para el Estado y para los particulares. Así, el Preámbulo señala que una de las finalidades de la Asamblea Constitucional fue la de «fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida». Por su parte el artículo 2º establece que las autoridades están instituidas para proteger a las personas en su vida y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Igualmente el artículo 95 ordinal 2 consagra como uno de los deberes de la persona actuar humanitariamente ante situaciones que pongan en peligro la vida de sus semejantes. Finalmente, el inciso último del artículo 49 establece implícitamente un deber para todos los habitantes de Colombia de conservar al máximo su vida. En efecto, esa norma dice que toda persona debe cuidar integralmente su salud, lo cual implica a fortiori que es su obligación cuidar de su vida. Esas normas superiores muestran que la Carta no es neutra frente al valor vida sino que es un ordenamiento claramente en favor de él, opción política que tiene implicaciones, ya que comporta efectivamente un deber del Estado de proteger la vida[5].

Puede afirmarse entonces, que en virtud de lo dispuesto en distintos preceptos constitucionales, la Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. Desde esta perspectiva, toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no sólo y exclusivamente en un sentido antropocéntrico[6]. Este deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la vida humana. El deber de protección de la vida en cabeza de las autoridades públicas se erige entonces como la contrapartida necesaria del carácter de la vida

5. Sentencia C-239 de 1997.

6. La Constitución contiene también alusiones a la obligación estatal de preservar el medio ambiente y las especies animales y vegetales en el Capítulo III del Título II.

7. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha afirmado el especial deber de protección a cargo de las autoridades estatales de la vida de sujetos especialmente vulnerables por su situación de riesgo por causa del conflicto armado. Ha sostenido reiteradamente la Corte que las personas cuya vida se encuentra seriamente amenazada y han puesto tal situación en conocimiento de las autoridades, deben recibir protección estatal, hasta el punto de que la obligación del Estado de preservar su vida, que normalmente es una obligación de medios frente a la generalidad de la población, se convierte en una obligación de resultados, al menos para efectos de responsabilidad

como bien constitucionalmente protegido, y como tal ha dado lugar a la creación de múltiples líneas jurisprudenciales por parte de esta Corporación[7].

En efecto, el deber de protección a la vida, en su carácter de bien que goza de relevancia constitucional, vincula a todos los poderes públicos y a todas las autoridades estatales colombianas. En esa medida el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Social y democrático de derecho, es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de los asociados.

Esas disposiciones legislativas pueden ser de muy diversa índole e incluir un espectro muy amplio de materias, desde aquellas de carácter prestacional y asistencial hasta disposiciones penales que tipifiquen las conductas que atentan contra este bien de relevancia constitucional. Se trata por lo tanto de una vinculación en dos sentidos, uno de naturaleza positiva que obliga al Congreso de la República a adoptar medidas que protejan la vida;

---

administrativa. Esta regla se ha aplicado, entre otros, a los miembros de partidos políticos que por su programa son objeto de actos violentos (Sentencia T-439 de 1992); igualmente en el caso de los docentes amenazados por el ejercicio de su profesión (Sentencia T-028 de 2000), defensores de derechos humanos (T-590 de 1998) y los trabajadores de la salud que han sido amenazados en razón de las actividades que desempeñan (T-120 de 1997). Estos casos dieron lugar a la creación jurisprudencial del derecho a la seguridad personal, el cual es definido grosso modo *como el derecho que tienen las personas a recibir protección frente a ciertos tipos de riesgo para su vida e integridad personal* (T-719 de 2004). Una constante en todos los anteriores casos ha sido la orden impartidas a distintas autoridades para que adopten las medidas necesarias para proteger la vida de las personas cuya vida y integridad se encuentran amenazadas.. La Corte también ha verificado la existencia, en cabeza de las autoridades de un deber de especial protección de la vida y de la seguridad personal de quienes se encuentran bajo una relación de especial sujeción con el Estado colombiano como las personas recluidas en establecimientos carcelarios; pero también ha establecido esta Corte que se encuentran en la misma situación los soldados que están prestando el servicio militar obligatorio, quienes se encuentran recluidos en hospitales públicos, y los menores de edad que están estudiando en escuelas públicas. También la jurisprudencia constitucional ha reconocido el deber estatal de protección de la vida de personas afectadas por desastres naturales y ha interpretado las disposiciones legales que regulan la materia en el sentido que corresponde a las autoridades municipales desalojar a las personas afectadas y en riesgo, lo que implica proveerlas de un alojamiento temporal, e igualmente tomar medidas oportunas para eliminar definitivamente el riesgo. Sobre este extremo ha sostenido la Corte Constitucional que: *«La administración pública no puede omitir la adopción de medidas inmediatas para evitar el riesgo sobre vidas humanas ni dejar indefinidos los derechos de las personas desalojadas, sin comprometer con ello su responsabilidad»,* por lo tanto *«[l]a mera recomendación de desalojo, en caso de riesgo comprobado a la vida y a la integridad con ocasión de la amenaza de derrumbe o del deslizamiento de tierra, es insuficiente para el cumplimiento del deber de las autoridades públicas de proteger la vida, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia» (T-1094 de 20002).*

otro carácter negativo en cuanto la vida, como bien de relevancia constitucional, se convierte en un límite a la potestad de configuración del legislador, al cual le esta vedado adoptar medidas que vulneren este fundamento axiológico del Estado colombiano[8].

Por otra parte, si bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida, y que sean de su cargo, esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales.

---

8. Así, la Corte Constitucional ha sostenido que al Legislador le está vedado adoptar mandatos legales que impidan a los particulares proteger su propia vida o la de terceros, en aras del interés general, mediante la sanción penal de ciertas conductas. Por ejemplo, en la sentencia C-542 se examinaron diversas disposiciones de la Ley 40 de 1993 que penalizaban el pago de secuestros las cuales fueron declaradas inexequibles por vulnerar el deber de protección de la vida. Adujo en aquella ocasión el intérprete constitucional:

   En principio, y por definición, la protección de la persona es un deber de las autoridades, la justificación de su existencia. El individuo tiene el derecho a exigir que ese deber se cumpla.

   Pero cuando la violencia generalizada, el uso de la fuerza contra el derecho, rebasa la capacidad de las autoridades, el individuo, puesto por los criminales en el riesgo inminente de perder la vida, y habiendo perdido ya, así sea temporalmente, su libertad, tiene el derecho a defenderse: hace uso de los medios a su alcance para proteger su vida y recobrar su libertad, ante la omisión de las autoridades, cualquiera que sea la causa de esa omisión.

   Nuestra legislación penal, siguiendo principios universalmente acatados, reconoce entre las causales de justificación del hecho punible, el legítimo ejercicio de un derecho, y el estado de necesidad, a más de otras.

   Pues bien: ¿cómo negar que obra en legítimo ejercicio de un derecho, quien emplea sus bienes en la defensa de la vida o de la libertad, propias o ajenas? ¿Habrá, acaso, un destino más noble para el dinero que la salvación de la vida o de la libertad propias, o de un semejante unido por los lazos de la sangre o del afecto? Y más altruista aún la acción de quien sacrifica sus bienes para salvar la vida y la libertad del extraño.

   Y, ¿cómo pretender que no se encuentra en estado de necesidad quien actúa para salvar la vida de un secuestrado y recuperar su libertad? Basta analizar el delito de secuestro en relación con esta causal de justificación.

   Pero, antes de hacerlo, forzoso es decir que esta última causal de justificación no existe por un capricho del legislador, sino por el reconocimiento de la primacía de los derechos de la persona, reconocimiento que implica que la impotencia del Estado otorga a aquella la autorización para obrar en su defensa y en la de sus semejantes (negrillas originales).

9. Código Penal, art. 101. Genocidio….incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años…. Art.103. Homicidio….incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años….

Sobre el punto por ejemplo, para el delito de genocidio, el legislador consideró una pena mayor que para el de homicidio[9], en razón a los bienes jurídicos que cada uno de estos en particular protege. Además, respecto de este tipo penal, cabe recordar, que el legislador había considerado para el actor *«…que actúe dentro del marco de la ley…»,* expresión que la Corte declaró inexequible en sentencia C-177 de 2001[10], entre otros, con los siguientes fundamentos:

> «A juicio de esta Corte, la señalada restricción resulta también inaceptable, por cuanto riñe abiertamente con los principios y valores que inspiran la Constitución de 1991, toda vez que desconoce en forma flagrante las garantías de respeto irrestricto de los derechos a la vida y a la integridad personal que deben reconocerse por igual a todas las personas, ya que respecto de todos los seres humanos, tienen el mismo valor.
>
> Como lo tiene definido esta Corporación en su jurisprudencia, en tratándose de estos valores supremos, no es constitucionalmente admisible ningún tipo de diferenciación, según así lo proclama el artículo 5º. de la Carta Política, conforme al cual «los derechos inalienables de las personas,» en el Estado Social de Derecho que es Colombia, que postula como valor primario su dignidad, se reconocen «sin discriminación alguna.»

Por ello, en concepto de esta Corte, la condición de actuar dentro del margen de la Ley, a la que la frase acusada del artículo 322ª de la Ley 589 del 2000, pretende supeditar la protección conferida a los grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos o políticos, resulta abiertamente contraria a principios y valores constitucionalmente protegidos pues, por más loable que pudiese ser la finalidad de respaldar la acción de la Fuerza Pública cuando combate los grupos políticos alzados en armas, en que, al parecer pretendió inspirarse, no se remite a duda que, en un Estado Social de Derecho ese objetivo no puede, en modo alguno, obtenerse a costa del sacrificio de instituciones y valores supremos que son constitucionalmente prevalentes como ocurre con el derecho incondicional a exigir de parte de las autoridades, del Estado y de todos los coasociados el respeto por la vida e integridad de todos los grupos humanos en condiciones de irrestricta igualdad y su derecho a existir.

Como esta Corte lo ha puesto de presente en oportunidades anteriores, la vida es un valor fundamental. Por lo tanto, no admite distinciones de sujetos ni diferenciaciones en el grado de protección que se conceda a esos derechos.».

10. M.P. Fabio Morón Díaz.

De otro lado, el legislador ha expedido normas del Código Penal que consagran ciertos motivos a considerar por parte del juez penal en cada caso, aún tratándose del conocimiento de atentados contra la vida, a fin de poder disponer tanto la ausencia de responsabilidad[11], como el caso de quien obre en legítima defensa, o las que incluyen circunstancias de menor punibilidad[12]. También ha tipificado delitos como la muerte y abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida, con penas menores a las del homicidio.

Al respecto de los tipos penales mencionados, la Corte en sentencia C-013 de 1997, al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra tales disposiciones, por cuanto en criterio del demandante esas conductas se sancionan con penas *«irrisorias»,* las encontró ajustadas a la Constitución. En este caso, sin desconocer el deber de protección a la vida, también se valoraron las circunstancias especiales en que se encuentra la madre en tales casos. Al respecto dijo la Corte:

> «También en los casos del infanticidio y el abandono del niño recién nacido por parte de la madre, el legislador tuvo en cuenta, para contemplar penas más leves, las ya mencionadas circunstancias, indudablemente ligadas a la perturbación causada en el ánimo y en la sicología de la mujer por el acto violento o no consentido que la llevó al estado de embarazo.
>
> El legislador en tales hipótesis atempera la sanción que puede ser impuesta por los indicados ilícitos, no por estimar que el daño a la vida y a la integridad del menor resulte menos grave o merezca una protección inferior, lo cual sería abiertamente discriminatorio y sustancialmente contrario a los artículos 2, 11 y 12 de la Constitución Política, sino en atención exclusiva a los antecedentes que el mismo tipo penal enuncia, al estado de alteración moral y síquica de la madre y a las circunstancias en medio de las cuales ella comete tales delitos.»

Ahora bien. Dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición.

11. Ley 599 de 2000, art. 32.
12. « » « » , art. 55.

En relación con esta distinción cabe recordar, que por ejemplo en la sentencia C-133 de 1994, la Corte no reconoció expresamente al *nasciturus* el carácter de persona humana y titular del derecho a la vida. Al respecto resultan ilustradores algunos apartes de esta decisión:

> «Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el *nasciturus*, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.
>
> En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento.»

A la luz de los anteriores argumentos, puede concluirse que para la Corte el fundamento de la prohibición del aborto radicó en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del *nasciturus* y en tal calidad titular del derecho a la vida.

Posteriormente, al ocuparse nuevamente del análisis de constitucionalidad del tipo penal de aborto, mediante sentencia C-013 de 1997, la Corte tampoco reconoció de manera expresa el carácter de persona humana del *nasciturus*, pero si utilizó un lenguaje más específico sobre la protección a la vida.

Ahora bien, considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión[13].

En efecto, más allá de la discusión de si el *nasciturus* es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protec-

13. Este extremo no es posible dilucidarlo ni siquiera acudiendo a argumentos originalistas o la interpretación de la voluntad del Constituyente porque precisamente de la lectura de los debates en la Asamblea Nacional Constituyente se desprende que expresamente no se quiso dilucidar este problema y por lo tanto no fue concluyente.

ción que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación[14], sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando.

En todo caso, como se sostuvo anteriormente, dentro de los límites fijados en la Constitución, determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al legislador, quien debe establecer las medidas apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva, y en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del Derecho penal para proteger la vida del *nasciturus*.

Cabe recordar, que de manera reiterada la jurisprudencia ha sostenido, que el recurso a la penalización de conductas solamente debe operar como *ultima ratio*, cuando las demás medidas no resulten efectivamente conducentes para lograr la protección adecuada de un bien jurídico[15]; por tanto, el recurso al Derecho penal queda limitado a la inexistencia o insuficiencia de otros medios para garantizar la protección efectiva de la vida del *nasciturus*. Esta es una decisión que corresponde al poder legislativo, quien al decidir sobre la conveniencia de tipificar penalmente ciertas conductas, deberá realizar valoraciones de orden político, las cuales *«…respondiendo a un problema de carácter social debe, de manera responsable aprobar, luego del debate parlamentario correspondiente, un tipo penal ajustado a la Constitución»*[16].

Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*,

14. Así por ejemplo el artículo 43 constitucional establece:

    ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

    El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (negrillas fuera del original).

15. Ver la sentencia C-897 de 2005.

16. Sentencia C-205 de 2003.

no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres.

6. La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Algunos intervinientes sostienen que de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y en especial de los instrumentos internacionales sobre la materia incorporados en el bloque de constitucionalidad, el *nasciturus* es titular del derecho a la vida y que por lo tanto, a la luz de estos instrumentos internacionales existe la obligación estatal de adoptar medidas de carácter legislativo que penalicen el aborto bajo cualquier circunstancia. Es decir, consideran que se desprende de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad la obligación estatal de la penalización total del aborto.

Específicamente hacen alusión al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana de Derechos Humanos, tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad aun en su sentido restringido o *strictu sensu*, como ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación[17]. También mencionan el Preámbulo

17 . La jurisprudencia constitucional ha reconocido que del bloque de constitucionalidad puede hablarse en dos sentidos: uno amplio y uno restringido. En efecto, a este respecto la Corte en la sentencia C-191 de 1998 sostuvo que:

« (...) resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad strictu sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93).... Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artí-

de la Convención de los Derechos del Niño, que haría parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio[18].

Al respecto, cabe señalar que en el Sistema Universal el marco normativo básico sobre el derecho a la vida viene dado por el primer numeral del artículo 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que estipula:

> «1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.»

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño (parte también del Sistema Universal), indica en su Preámbulo la necesidad de protección del niño *«tanto antes como después del nacimiento»,* no obstante el artículo 1º de dicha Convención no establece claramente que el *nasciturus* sea un niño y como tal titular de los derechos consagrados en el instrumento internacional. En efecto, el artículo 1º señala que:

> *«Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.»*

Así pues, la definición citada hace referencia al concepto de ser humano, concepto amplio e indeterminado cuya precisión corresponde a los Estados Partes y a organismos encargados de interpretar el alcance del tratado. De la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención se desprende que tal indeterminación obedeció a una decisión deliberada, pues se consideró que debía dejarse a los Estados Partes la facultad de adoptar, de conformidad con los valores fundamentes de su ordenamiento jurídico, la definición de lo que es un niño, que se extiende, de contera, al concepto de vida protegido por la Convención[19].

---

culo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.»

También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad los tratados internacionales que consagran derechos humanos intangibles, es decir, cuya conculcación está prohibida durante los Estados de Excepción; así como también integran el bloque, de conformidad con el artículo 214 de la Constitución Política, los convenios sobre derecho internacional humanitario, como es el caso de los Convenios de Ginebra.

18. Por vía de una aplicación extensiva del inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política, la Corte ha admitido que incluso aquellos tratados internacionales que establecen derechos humanos que pueden ser limitados durante los estados de excepción –tal es el caso del derecho a la libertad de movimiento– forman parte del bloque de constitucionalidad, aunque sólo lo hagan como instrumentos de interpretación de los derechos en ellos consagrados. Ver sentencia C-067 de 2003.

19. De acuerdo con los anteproyectos de la Convención, el primero de ellos se sustraía de dar una definición de «niño» y uno posterior lo definía como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho. Existió una tercera propuesta para que

Así las cosas, resulta claro entonces que este instrumento internacional, ratificado por Colombia[20] y que forma parte del bloque de constitucionalidad, que trata sobre sujetos de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 44 de nuestra Carta, tampoco consigna expresamente que el *nasciturus* es una persona humana y bajo dicho estatus titular del derecho a la vida.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, a pesar de que carece de un instrumento específico de protección a la niñez, consagra el derecho a la vida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, disposición que tiene el siguiente tenor:

> Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Ahora bien, este enunciado normativo hace alusión nuevamente al concepto de persona para referirse a la titularidad del derecho a la vida, pero acto seguido afirma que la protección del derecho a la vida será a partir del momento de la concepción. Este enunciado normativo admite distintas interpretaciones. Una es la que hacen algunos de los intervinientes en el sentido que el *nasciturus*, a partir de la concepción, es una persona, titular del derecho a la vida en cuyo favor han de adoptarse «en general» medidas de carecer legislativo. Empero, también puede ser interpretado en el sentido que a partir de la concepción deben adoptarse medidas legislativas que protejan «en general» la vida en gestación, haciendo énfasis desde este punto de vista en el deber de protección de los Estado Partes.

Sin embargo, bajo ninguna de las posibilidades interpretativas antes reseñadas puede llegar a afirmarse que el derecho a la vida del *nasciturus* o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado, sea de naturaleza absoluta, como sostienen algunos de los intervinientes. Incluso desde la perspectiva literal, la expresión «*en general*» utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que

---

se definiera niño desde el momento de la concepción, pero esta también fue rechazada. Finalmente, ante las divergencias, se soslayó el tema Lo anterior de acuerdo con los documentos preparatorios de la Convención E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48 Citado en: *Derecho internacional de los derechos humanos. normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano.* Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004, pág. 804.

20. Ley 12 de 1992.

en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción.

En efecto, de acuerdo con el primer parágrafo del Preámbulo, el propósito de la Convención Americana es *«consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre»*. El segundo parágrafo adiciona que *«los derechos esenciales del hombre»* merecen protección internacional precisamente porque *«no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana»*.

Desde esta perspectiva, es claro que ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto, por ser todos esenciales a la persona humana, de ahí que sea necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos. La Convención tampoco puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros, porque de esta manera precisamente se desconocería su finalidad de promover un régimen de libertad individual y de justicia social.

Adicionalmente, esta Corporación también ha reiterado la necesidad de interpretar armónica y sistemáticamente los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y la Constitución. En la sentencia C-028 de 2006 sostuvo esta Corporación:

> «La Corte considera que, así como los tratados internacionales deben ser interpretados entre sí de manera sistemática y armónica, en el entendido de que el Derecho internacional público debe ser considerado como un todo coherente y armónico, otro tanto sucede entre aquéllos y la Constitución.
>
> En efecto, esta Corporación estima que la pertenencia de una determinada norma internacional al llamado bloque de constitucionalidad, de manera alguna puede ser interpretada en términos de que esta última prevalezca sobre el Texto Fundamental; por el contrario, dicha inclusión conlleva necesariamente a adelantar interpretaciones armónicas y sistemáticas entre disposiciones jurídicas de diverso origen.
>
> Así las cosas, la técnica del bloque de constitucionalidad parte de concebir la Constitución como un texto abierto, caracterizado por la presencia de diversas cláusulas mediante las cuales se operan reenvíos que permiten ampliar el espectro de normas jurídicas que deben ser respetadas por el legislador.»

En esa medida, el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia

absoluta al deber de protección de la vida del *nasciturus* sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados por la Carta de 1991.

Por otra parte, como ha sostenido esta Corporación, la interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos no se agota en el uso de los argumentos literales o gramaticales, y es necesario en esa medida acudir a criterios sistemáticos y teleológicos. Como se afirma en la misma sentencia C-028 de 2006:

> «En tal sentido, es necesario resaltar que en los últimos años han tomado fuerza las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales, las cuales permiten ajustar el texto de las normas internacionales a los cambios históricos. Así pues, en la actualidad, el contexto que sirve para interpretar una determinada norma de un tratado internacional, no se limita al texto del instrumento internacional del cual aquélla hace parte, sino que suele abarca diversos tratados que guardan relación con la materia objeto de interpretación; a pesar incluso de que éstos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos[21]. En otros términos, los tratados internacionales no se interpretan de manera aislada sino armónicamente entre sí, con el propósito de ajustarlos a los diversos cambios sociales y a los nuevos desafíos de la comunidad internacional, siguiendo para ello unas reglas hermenéuticas específicas existentes en la materia, las cuales conducen a lograr una comprensión coherente del actual Derecho internacional público.
>
> *En tal sentido, es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fundamento en el artículo 29 del Pacto se San José de Costa Rica, ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, «que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales[22]» y que «Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de*

21. La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrece asimismo, a título enunciativo, ciertas particularidades reseñadas por la doctrina y jurisprudencia internacionales, tales como (i) el carácter autónomo de ciertos términos (vgr. plazo razonable, tribunal independiente e imparcial, etc.); (ii) la existencia de reenvíos puntuales y ocasionales a nociones de derecho interno; (iii) la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos humanos; y (iv) el recurso frecuente a la regla del efecto útil, ver al respecto, Olivier Jacot. Guillarmord, «Régles, méthodes et principes d'inteprétation dans la jurisprudencia de la Cour Européenne des Droits de l'Homme», París, 2000. Emmanuel Decaux, La Convention Européenne des Droits de l'Homme, París, 2004.

22. Cfr. European Court of Human Rights, Tyrer v. The United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A N.º 26, párr. 31.

Viena sobre el Derecho de los Tratados[23].» De tal suerte que los tratados internacionales sobre derechos humanos deben interpretarse armónicamente entre sí, partiendo, por supuesto, de los pronunciamientos que sobre los mismos han realizado las instancias internacionales encargadas de velar por el respeto y garantía de aquéllos.

En conclusión, de las distintas disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.

Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.

7. Los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el derecho internacional.

La Constitución Política Colombiana de 1991 efectuó un cambio trascendental en relación con la posición y los derechos de las mujeres en la sociedad colombiana y en sus relaciones con el Estado.

Al respecto, es importante recordar lo expresado por la Corte en la sentencia C- 371 de 2000:

«*La situación histórica de la mujer en Colombia. Una breve reseña de los cambios normativos.*

22- No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por los menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y

23. Cfr. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A N.º 16, párr. 114. Ver además, en casos contenciosos, Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 12; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 182, párr. 165; 146; Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C. N.º 102, párr. 56; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.º 79, párrs. 146 a 148, y Caso Barrios Altos. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N.º 75, párrs. 41-44.

mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino.

Baste recordar que bien entrado el siglo veinte, las mujeres en Colombia tenían restringida su ciudadanía, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula «de» como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones.

Poco a poco la lucha de las mujeres por lograr el reconocimiento de una igualdad jurídica, se fue concretando en diversas normas que ayudaron a transformar ese estado de cosas. Así, por ejemplo, en materia política, en 1954 se les reconoció el derecho al sufragio, que pudo ser ejercido por primera vez en 1957. En materia de educación, mediante el Decreto 1972 de 1933 se permitió a la población femenina acceder a la Universidad. En el ámbito civil, la ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada la libre administración y disposición de sus bienes y abolió la potestad marital, de manera que el hombre dejó de ser su representante legal. El decreto 2820 de 1974 concedió la patria potestad tanto al hombre como a la mujer, eliminó la obligación de obediencia al marido, y la de vivir con él y seguirle a donde quiera que se trasladase su residencia; el artículo 94 decreto ley 999 de 1988 abolió la obligación de llevar el apellido del esposo, y las leyes 1ª. de 1976 y 75 de 1968 introdujeron reformas de señalada importancia en el camino hacia la igualdad de los sexos ante la ley. En materia laboral, la ley 83 de 1931 permitió a la mujer trabajadora recibir directamente su salario. En 1938, se pusieron en vigor normas sobre protección a la maternidad, recomendadas por la OIT desde 1919, entre otras, las que reconocían una licencia remunerada de ocho semanas tras el parto, ampliada a doce semanas mediante la ley 50 de 1990. Por su parte, mediante el Decreto 2351 de 1965, se prohibió despedir a la mujer en estado de embarazo.

A este propósito de reconocimiento de la igualdad jurídica de la mujer se sumo también el constituyente de 1991. Por primera vez, en nuestro ordenamiento superior se reconoció expresamente que «la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades» y que «la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación».

Ahora bien: aun cuando la igualdad formal entre los sexos se ha ido incorporando paulatinamente al ordenamiento jurídico colombiano, lo cierto es que la igualdad sustancial todavía continúa siendo una meta, tal y como lo ponen de presente las estadísticas que a continuación se incluyen. Justamente al logro de ese propósito se encamina el proyecto de ley estatutaria cuya constitucionalidad se analiza.»

En efecto, a partir del Acto Constituyente de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron trascendencia Constitucional. Cabe recordar, que las mujeres contaron con especial deferencia por parte del Constituyente de 1991, quien conocedor de las desventajas que ellas han tenido que sufrir a lo largo de la historia, optó por consagrar en el texto constitucional la igualdad, tanto

de derechos como de oportunidades, entre el hombre y la mujer, así como por hacer expreso su no sometimiento a ninguna clase de discriminación[24]. También resolvió privilegiarla de manera clara con miras a lograr equilibrar su situación, aumentando su protección a la luz del aparato estatal, consagrando también en la Carta Política normas que le permiten gozar de una especial asistencia del Estado durante el embarazo y después del parto, con la opción de recibir un subsidio alimentario si para entonces estuviere desempleada o desamparada, que el Estado apoye de manera especial a la mujer cabeza de familia, así como que las autoridades garanticen su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública, entre otras.

En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna.

Es así como la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, en multitud de providencias ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres. En muchísimos pronunciamientos, tanto de control de constitucionalidad de normas o de revisión de acciones de tutela, ha resaltando la protección reforzada de la mujer embarazada, preservado su estabilidad laboral y el pago de su salario, ha considerado ajustadas a la Constitución las medidas afirmativas adoptadas por el legislador para lograr su igualdad real y especialmente aquellas adoptadas a favor de la mujer cabeza de familia, ha protegido su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su igualdad de oportunidades, y sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros[25].

Cabe recordar ahora, que respecto de las mujeres es evidente que hay situaciones que la afectan sobretodo y de manera diferente, como son aquellas concernientes a su vida, y en particular aquellas que conciernen a los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y reproducción.

---

24. Constitución Política, artículo 43

25. Ver sentencias T-028 de 2003, T- 771 de 2000, T-900 de 2004, T- 161 de 2002 y T -653 de 1999. También sentencias T- 1084 de 2002, T- 1062 de 2004, T- 375 de 2000, C- 722 de 2004, C- 507 de 2004, T- 606 de 1995, T-656 de 1998, T- 943 de 1999, T- 624 de 1995, C- 112 de 2000, C- 371 de 2000, C- 1039 de 2003

En efecto, los derechos de las mujeres han venido ocupando un lugar importante como componente de los acuerdos alcanzados en la historia de las conferencias mundiales convocadas por las Naciones Unidas, las que constituyen un marco esencial de referencia para la interpretación de los derechos contenidos en los propios tratados internacionales.

En 1968, en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada en Teherán, se reconoció la importancia de los derechos de las mujeres, y se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres «*a determinar libremente el número de hijos y los intervalos entre los nacimientos*».

Cuatro años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer, se convocó una conferencia mundial en México dedicada a mejorar la condición de la mujer, y se estableció la década de 1975-1985 como Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Otras dos conferencias mundiales fueron convocadas durante el Decenio de la Mujer, la de Copenhague en 1980 y la de Nairobi en 1985 para comprobar y evaluar los resultados del Decenio de la Mujer de las Naciones Unidas.

Pero, la que marcó un hito fundamental para los derechos de las mujeres fue la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, al declarar que «*los derechos humanos de la mujer y la niña, son parte inalienable e indivisible de los derechos humanos universales*», así como que la plena participación de la mujer en condiciones de igualdad en la vida política, económica, social y cultural, y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo, son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

Posteriormente, en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994, en el documento de programa de acción, se puso un gran énfasis en los derechos humanos de la mujer, y se reconoce que *los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a «decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo».* Este programa establece además, que *«la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgo y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia».* También se estableció, que hombres, mujeres y adolescentes tienen el derecho de *«obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables»* de su elección para la regulación de la fecundidad, así como el *«derecho a recibir servicios*

adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgo».

La cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Plataforma de Beijing), confirma los derechos reproductivos establecidos en el Programa de Acción de El Cairo.

En efecto, diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos. Otros derechos, resultan también directamente afectados cuando se violan los derechos reproductivos de las mujeres, como el derecho al trabajo y a la educación, que al ser derechos fundamentales pueden servir como parámetro para proteger y garantizar sus derechos sexuales y reproductivos.

Cabe recordar, que además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección de los derechos de la mujer latinoamericana tiene soporte especial en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW–, que entró en vigor para Colombia a partir del 19 de febrero de 1982, en virtud de la Ley 51 de 1981, y la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém do Pará», entrada en vigencia para Colombia el 15 de diciembre de 1996, al aprobarse la Ley 248 de 1995; los que, junto con los documentos firmados por los gobiernos de los países signatarios en las Conferencias Mundiales, son fundamentales para la protección y garantía de los derechos de las mujeres por cuanto son marco de referencia al establecer conceptos que contribuyen a interpretarlos tanto en la esfera internacional como en la nacional.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y programas de salud. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos.

También en el área de salud, se deben eliminar todas la barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva. La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente[26].

La comunidad internacional también ha reconocido que la violencia contra las mujeres constituye una violación de sus derechos humanos y de sus libertades fundamentales y ha establecido específicamente el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia basada en el sexo y el género.

En efecto, las diversas formas de violencia de género, constituyen una violación de los derechos reproductivos de las mujeres puesto que repercuten en su salud y autonomía sexual y reproductiva. La violencia sexual viola los derechos reproductivos de las mujeres, en particular sus derechos a la integridad corporal y al control de su sexualidad y de su capacidad reproductiva, y pone en riesgo su derecho a la salud, no solo física sino psicológica, reproductiva y sexual.

Es así como la CEDAW ha declarado, que *«la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre»*. La Convención de Belém do Pará, en vigor desde el 5 de marzo de 1995 y para Colombia desde el 15 de diciembre de 1996 –Ley 248 de 1995–, es uno de los instrumentos más importantes para la protección de los derechos de las mujeres ante las diversas formas de violencia a que están sometidas en los diversos espacios de su vida. Ella ha determinado dos elementos que la hacen especialmente efectiva: una definición de violencia contra la mujer, que considera estos actos como violatorios de derechos humanos y las libertades fundamentales, tomando en cuenta los abusos que ocurren tanto en el ámbito público como en el privado; y, el establecimiento de la responsabilidad del Estado por la violencia perpetrada o tolerada por este dondequiera que ocurra.

De otra parte es importante destacar, que El Estatuto de Roma determina, entre otros asuntos, que la violencia y otros delitos reproductivos y sexuales están a la par con los crímenes internacionales más atroces, constitutivos en muchos casos de tortura y genocidio. Y, reconoce por primera vez, que las violaciones a la autodeterminación reproductiva de las mujeres, tanto el emba-

26. Recomendación General N.º 24, para el cumplimiento del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer –la mujer y la salud.

razo forzado como la esterilización forzada, se cuentan entre los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

Respecto de los derechos sexuales y reproductivos, con fundamento en el principio de dignidad de las personas y sus derechos a la autonomía e intimidad, uno de sus componentes esenciales lo constituye el derecho de la mujer a la autodeterminación reproductiva y a elegir libremente el número de hijos que quiere tener y el intervalo entre ellos, como así lo han reconocidos las deferentes convenciones internacionales.

La CEDAW ha determinado, que el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Por ello constituyen graves violaciones a este derecho, la esterilización involuntaria y los métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento. Igualmente han señalado los diferentes Comités, que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna.

Otros derechos sexuales y reproductivos, se originan en el derecho a la libertad de matrimonio y a fundar una familia. El derecho a la intimidad también está relacionado con los derechos reproductivos, y puede afirmarse que se viola cuando el Estado o los particulares interfieren el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. El derecho a la intimidad cobija el derecho a que el médico respete la confidencialidad de su paciente, y por lo tanto, no se respetaría tal derecho, cuando se le obliga legalmente a denunciar a la mujer que se ha practicado un aborto.

En cuanto al derecho a la igualdad y no discriminación, la Convención de la Mujer consagra el derecho de las mujeres a disfrutar de los derechos humanos en condiciones de igualdad con los hombres, y la eliminación de las barreras que impiden el disfrute efectivo por parte de las mujeres de los derechos reconocidos internacionalmente y en las leyes nacionales, así como la toma de medidas para prevenir y sancionar los actos de discriminación.

Finalmente, el derecho a la educación y su relación con los derechos reproductivos puede examinarse desde varios niveles: el acceso de las mujeres a la educación básica, a fin de que ella logre el empoderamiento en su familia y en su comunidad, y contribuya a que tome conciencia de sus derechos. Además, el derecho a la educación incorpora el derecho de las mujeres a recibir educación sobre salud reproductiva, así como a que se les permita ejercer el derecho a decidir el número de hijos y espaciamiento de ellos de manera libre y responsable.

En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han

entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

No obstante, de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al Derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última *ratio*.

A continuación, se resaltarán los límites al margen de configuración del legislador que decide acudir al Derecho penal para sancionar el aborto, empezando por los límites generales para luego entrar a resolver el caso concreto.

8. Los limites a la potestad de configuración del legislador en materia penal.

En relación con el poder punitivo ordinario del Estado, esta corporación ha considerado de manera reiterada, que el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para determinar cuales conductas han de ser consideradas punibles así como para fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Sin embargo, como también lo ha reiterado la Corte, el legislador no cuenta con una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos, por cuanto encuentra claros límites en los principios y valores constitucionales así como en los derechos constitucionales de las personas[27]. En la sentencia C-420 de 2002 la Corte consideró:

27. Sobre el particular, se pueden revisar las sentencias C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001, C-916 de 2002, C-239 de 2002, C-205 de 2003, C-857 de 2005 entre otras.

«(D)ebe tenerse en cuenta que el legislador es titular de la capacidad de configuración normativa en materia de política criminal. Si bien es cierto que el parlamento no es, ni mucho menos, la única instancia del poder público en la que se pueden diseñar estrategias de política criminal, no puede desconocerse que su decisión de acudir a la penalización de comportamientos no sólo es legítima frente a la Carta por tratarse del ejercicio de una facultad de la que es titular sino también porque ella cuenta con el respaldo que le transmite el principio democrático[28]. Es una conquista del mundo civilizado que normas tan trascendentes en el ámbito de los derechos fundamentales como las que tipifican conductas penales y atribuyen penas y medidas de seguridad a sus autores o partícipes, sean fruto de un debate dinámico entre las distintas fuerzas políticas que se asientan en el parlamento pues sólo así se garantiza que el ejercicio del poder punitivo del Estado se ajuste a parámetros racionales y no se distorsione por intereses particulares o necesidades coyunturales.

De este modo, entonces, el legislador cuenta con un margen de libertad para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles. Sin embargo, es evidente que no se trata de una potestad ilimitada, pues, como se sabe, en el constitucionalismo no existen poderes absolutos. En el caso de la política criminal, no obstante contar el legislador con un margen de maniobra, es claro que no podrán

28. Desde luego que la política criminal del Estado no se agota en el ejercicio de su poder punitivo. En un reciente pronunciamiento esta Corporación definió en un sentido amplio el concepto de política criminal y la amplia gama de medidas que comprendía: «*Dada la multiplicidad de intereses, bienes jurídicos y derechos que requieren protección, la variedad y complejidad de algunas conductas criminales, así como los imperativos de cooperación para combatir la impunidad y la limitación de los recursos con que cuentan los Estados para responder a la criminalidad organizada, es apropiado definir la política criminal en un sentido amplio. Es ésta el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole. Puede ser social, como cuando se promueve que los vecinos de un mismo barrio se hagan responsables de alertar a las autoridades acerca de la presencia de sucesos extraños que puedan estar asociados a la comisión de un delito. También puede ser jurídica, como cuando se reforman las normas penales. Además puede ser económica, como cuando se crean incentivos para estimular un determinado comportamiento o desincentivos para incrementarles los costos a quienes realicen conductas reprochables. Igualmente puede ser cultural, como cuando se adoptan campañas publicitarias por los medios masivos de comunicación para generar conciencia sobre las bondades o consecuencias nocivas de un determinado comportamiento que causa un grave perjuicio social. Adicionalmente pueden ser administrativas, como cuando se aumentan las medidas de seguridad carcelaria. Inclusive pueden ser tecnológicas, como cuando se decide emplear de manera sistemática un nuevo descubrimiento científico para obtener la prueba de un hecho constitutivo de una conducta típica*». Corte Constitucional, Sentencia C-646-01. M. P., Manuel José Cepeda Espinosa.

concebirse mecanismos que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales. Esto es así por cuanto el diseño de la política criminal del Estado implica ejercicio de poder público y no existe un solo espacio de éste que se halle sustraído al efecto vinculante del Texto Fundamental.

Entonces, el único supuesto en el que el criterio político-criminal del legislador sería susceptible de controvertirse ante el juez constitucional se presentaría cuando ha conducido a la emisión de normas que controvierten el Texto Fundamental. No obstante, en este caso es claro que lo que se cuestionaría no sería un modelo de política criminal en sí sino la legitimidad de reglas de derecho por su contrariedad con la Carta y de allí que, en esos supuestos, la decisión de retirarlas del ordenamiento jurídico tenga como referente esa contrariedad y no el criterio de política criminal que involucran.».

También, en la sentencia C-939 de 2002 la Corte sostuvo sobre este punto:

«Restricciones constitucionales al poder punitivo del Estado.

«5. Respecto del poder punitivo ordinario del Estado, la Corte Constitucional ha reiterado que el legislador goza de amplia competencia (libertad de configuración legislativa) para definir cuales conductas han de ser consideradas punibles y fijar las penas correspondientes a tales comportamientos. Así mismo, ha indicado que frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de «control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos».

«En esta perspectiva, la Corte ha señalado que «ha habido una constitucionalización del Derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados –particularmente en el campo de los derechos fundamentales– que inciden de manera significativa en el Derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas». Así, la Corte ha entendido que los derechos constitucionales de los asociados se erigen en límite de la potestad punitiva del Estado, de manera que su núcleo esencial y criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, constituyen límites materiales para el ejercicio ordinario de esta competencia estatal. Estos criterios se aplican tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible.

«5.1 Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio

respetar el principio de tipicidad: «nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa». De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca.

«5.2 Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad.

«5.3 Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad[29] del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional...

«(...)

«6. En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva.»

En la misma sentencia C-939 de 2002, también la Corte precisó el poder punitivo del Estado durante los estados de excepción. Advirtió, que si bien el legislador ordinario, dentro de su amplio margen de discrecionalidad puede utilizar la técnica que más convenga a la política criminal del estado, obviamente dentro de los límites que la Constitución le impone, en materia de conmoción interior –surgen como se dijo anteriormente– unas *limitaciones especiales, relacionadas con el bien jurídico que protege la legislación excepcional y la naturaleza del peligro para los mismos.* Al respecto expresó:

29. En realidad, el juicio estricto de igualdad comporta el juicio de estricta proporcionalidad. Ver sentencia C-125 de 1996.

> «8. Los estados de excepción son situaciones previstas y consentidas por la Constitución. En lugar de esperar la ruptura completa del orden constitucional, la Constitución prevé una situación de anormalidad constitucional, en la que se invierte el principio democrático, facultando al órgano ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley. Como quiera que se trata de una situación anómala, y una afectación grave del principio democrático, la Carta impone una serie de condicionamientos y restricciones[30]. De ellas, se deriva la interpretación restrictiva de las facultades gubernamentales, única opción compatible con la democracia[31].

Tales restricciones, en materia punitiva, tienen alcances distintos según se trate de la definición del tipo penal o de la sanción imponible. Respecto de la definición del tipo, se aplican las siguientes restricciones: (i) sólo es posible sancionar comportamientos que atenten contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, lo que corresponde al principio de restricción material; (ii) al describir el comportamiento, debe tratarse de conductas que pongan en peligro directo el orden público, lo que se recoge en el principio de finalidad; y, (iii) el destinatario de la norma, la conducta y el objeto de la misma, deben estar en directa relación con las causas y motivos que dieron lugar a la declaratoria de conmoción interior, lo cual constituye un desarrollo del principio de necesidad y surge del respeto por la razonabilidad y la proporcionalidad estricta.».

En resumen, corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional*, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas[32].*

Ahora bien, en virtud de su potestad de configuración, el legislador puede introducir distinciones en cuanto a la tipificación de las conductas que atenten contra la vida como bien constitucionalmente protegido, así como la modalidad de la sanción. En efecto, el ordenamiento penal colombiano[33] contiene diversos tipos penales dirigidos a proteger la vida, tales como el genocidio, el homicidio, el aborto, el abandono de menores y personas desvalidas, o la ma-

30. Sentencia C-556 de 1992.

31. El artículo 9 de la Ley estatutaria de estados de excepción contempla restricciones al ejercicio de las competencias gubernamentales. Tales restricciones, como se verá, no hacen más que reforzar la idea según la cual la interpretación de tales competencias, es restrictiva.

32. Sentencia C-205 de 2003.

33. Ley 599 de 2000

nipulación genética, así como la omisión de socorro para quien, sin justa causa, omita auxiliar a una persona cuya vida o salud se encuentra en peligro. Si bien los anteriores delitos protegen el mismo bien jurídico, la vida, sin embargo el legislador en ejercicio de su libertad de configuración decidió darles distinto tratamiento punitivo atendiendo a las diferentes especificaciones, modalidades y etapas que se producen a lo largo del curso vital, siendo para estos efectos el nacimiento un hecho relevante para determinar la intensidad de la protección mediante la graduación de la duración de la pena.

8.1. El principio y el derecho fundamental a la dignidad humana como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

Al igual que la vida, el concepto de dignidad humana cumple diversas funciones en el ordenamiento constitucional colombiano, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional[34]. Así, la Corte ha entendido que el enunciado normativo «dignidad humana», desempeña tres roles distintos: (i) es un principio fundante del ordenamiento jurídico y en este sentido tiene una dimensión axiológica como valor constitucional, (ii) es un principio constitucional y (iii) tiene el carácter derecho fundamental autónomo.

Desde estos diversos planos la dignidad humana juega un papel conformador del ordenamiento jurídico. En relación con el plano valorativo o axiológico, esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la dignidad humana es el principio fundante del ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución[35]. Así mismo ha sostenido, que la dignidad humana constituye la base axiológica de la Carta[36], de la cual se

34. Ver la sentencia T-881 de 2002 en la cual se hace un exhaustivo recuento de los alcances funcionales y normativos del concepto dignidad humana.

35. *«La dignidad humana...es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución. La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia...»* sentencia T-401 de 1992.

36. *«En la base axiológica de la Carta se encuentra en última instancia la dignidad de la persona en el marco de un Estado social de derecho»* sentencia T-301 de 1993. En el mismo sentido, en la sentencia T-123 de 1994, afirmó la Corte *«La Constitución establece un marco de valores y principios materiales, que se estructuran como fundamento de un verdadero sistema axiológico. Este sistema se basa en la dignidad humana, como principio que indica que el hombre es un ser que tiende hacia su perfeccionamiento, al desarrollar plenamente lo que por naturaleza se le ha dado como bienes esenciales: la vida, la salud, el bienestar, la personalidad, entre otros.».*

derivan derechos fundamentales de las personas naturales[37], fundamento[38] y pilar ético del ordenamiento jurídico[39]. De esta múltiple caracterización ha deducido la Corte Constitucional que «*la dignidad humana caracteriza de manera definitoria al Estado colombiano como conjunto de instituciones jurídicas*»[40].

Sin embargo, el alcance de la dignidad humana no se reduce al plano meramente axiológico. Al respecto la jurisprudencia *«a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana ha identificado la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico»*[41].

A pesar de su distinta naturaleza funcional, las normas deducidas del enunciado normativo dignidad humana –el principio constitucional de dignidad humana y el derecho fundamental a la dignidad humana– coinciden en cuanto al ámbito de conductas protegidas. En efecto, ha sostenido esta Corporación que en aquellos casos en los cuales se emplea argumentativamente la dignidad humana como un criterio relevante para decidir, se entiende que ésta protege: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)[42].

Por ser particularmente relevantes para el estudio del caso concreto, es menester detenerse en dos de los contendidos antes enunciados de la dignidad

---

37. Sentencia T-472 de 1996.

38. *«Se ordenó entonces retirar del ordenamiento esa expresión por considerar que ella es incompatible con el concepto de* ***dignidad humana,*** *cuyo respeto constituye el fundamento de todo nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1º de la Constitución)»* sentencia C-045 de 1998.

39. *«En primer término, debe anotarse que el concepto de Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) no es apenas una frase ingeniosa ni una declaración romántica del Constituyente sino un rasgo esencial del sistema jurídico que se proyecta más allá de los mismos textos superiores y cobija la totalidad del sistema jurídico, debiendo por tanto reflejarse en las normas legales, en la actividad del Gobierno y de las autoridades administrativas, no menos que en las decisiones judiciales. (...) En concordancia con lo anterior, el Estado y la sociedad deben asumir un papel activo en la redistribución de bienes y servicios con el fin proteger la dignidad humana, pilar ético fundamental de nuestro ordenamiento.»* Sentencia T-1430 de 2000.

40. Sentencia T-881 de 2002.

41. Ídem.

42. Cfr. sentencia T-881 de 2002.

humana: como autonomía personal y como intangibilidad de bienes no patrimoniales. Al respecto ha señalado esta Corporación, al conocer de una tutela en la que, la empresa Electrocosta S.A. E.S.P., amparada en el artículo 140 de la ley 142 de 1994, y en virtud del incumplimiento del contrato de condiciones uniformes celebrado con el INPEC, inició desde el mes de agosto de 2001, una serie de racionamientos diarios en el suministro de energía prestado a la Cárcel de Distrito Judicial de Cartagena, por espacio de 5 a 6 horas diarias:

> «De tal forma que integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la autonomía individual), la libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle. Libertad que implica que cada persona deberá contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo.
>
> Asimismo integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de las condiciones materiales de existencia), la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad. De tal forma que no se trata sólo de un concepto de dignidad mediado por un cierto bienestar determinado de manera abstracta, sino de un concepto de dignidad que además incluya el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpore la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad.
>
> El tercer ámbito también aparece teñido por esta nueva interpretación, es así como integra la noción jurídica de dignidad humana (en el ámbito de la intangibilidad de los bienes inmateriales de la persona concretamente su integridad física y su integridad moral), la posibilidad de que toda persona pueda mantenerse socialmente activa. De tal forma que conductas dirigidas a la exclusión social mediadas por un atentado o un desconocimiento a la dimensión física y espiritual de las personas se encuentran constitucionalmente prohibidas al estar cobijadas por los predicados normativos de la dignidad humana; igualmente tanto las autoridades del Estado como los particulares están en la obligación de adelantar lo necesario para conservar la intangibilidad de estos bienes y sobretodo en la de promover políticas de inclusión social a partir de la obligación de corregir los efectos de situaciones ya consolidadas en las cuales esté comprometida la afectación a los mismos»[43].

43. Ídem.

La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de genero estigmatizantes, o inflingirle sufrimientos morales deliberados.

Ahora bien, sobretodo bajo su primera acepción –dignidad humana como protectora de un ámbito de autonomía individual y de la posibilidad de elección de un plan de vida– la jurisprudencia constitucional ha entendido que constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

Igualmente, la dignidad humana fue uno de los argumentos para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 326 del Decreto 100 de 1980, disposición que tipificaba el homicidio por piedad. Sobre la dignidad humana como límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal sostuvo en esta ocasión la Corte Constitucional:

> «El deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Por ello la Corte considera que frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. En efecto, en este caso, el deber estatal se debilita considerablemente por cuanto, en virtud de los informes médicos, puede sostenerse que, más allá de toda duda razonable, la muerte es inevitable en un tiempo relativamente corto. En cambio, la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto.
>
> Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el artículo 326 del Código Penal considera que su vida debe concluir, porque

> la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción. No se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, como ya se ha señalado, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida sólo como hecho biológico.»

La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida.

En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especia humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.

8.2. El derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad parte de una consideración de tipo axiológico: el principio de la dignidad humana y el marcado carácter libertario de la Carta de 1991[44]. Este derecho es entendido entonces, como la consecuencia necesaria de una nueva concepción que postula al

44. Ver entre otras las sentencias C-221/94, C-309/97 y T-516/98. En esta última se afirma lo siguiente: «La constitución opta por un orden jurídico que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individuales (CP art. 1º y 16), por lo cual, en principio, no corresponde al Estado ni a la sociedad, sino a las propias personas, decidir la manera como desarrollan sus derechos y construyen sus proyectos de vida y sus modelos de realización personal». Aún más explícito en cuanto al referente axiológico del derecho, resulta el siguiente extracto de la sentencia T-67/97: «El núcleo del libre desarrollo de la personalidad se refiere entonces a aquellas decisiones que una persona toma durante su existencia y que son consustanciales a la determinación autónoma de un modelo de vida y de una visión de su dignidad como persona. En una sociedad respetuosa de la autonomía y la dignidad, es la propia persona quien define, sin interferencias ajenas, el sentido de su propia existencia y el significado que atribuya a la vida y al universo, pues tales determinaciones constituyen la base misma de lo que significa ser una persona humana. La Corte ha reconocido entonces en este derecho 'un contenido sustancial que se nutre del concepto de persona sobre el que se erige la constitución' por cuanto el artículo 16 de la Carta 'condensa la defensa constitucional de la condición ética de la persona humana, que la hace instancia suprema e irreductible de las decisiones que directamente le incumben en cuanto que gracias a ellas determina y orienta su propio destino como sujeto autónomo, responsable y diferenciado».

Estado «como un instrumento al servicio del hombre y no al hombre al servicio del Estado»[45]. Bajo ésta nueva óptica la autonomía individual –entendida como la esfera vital conformada por asuntos que sólo atañen al individuo- cobra el carácter de principio constitucional que vincula a los poderes públicos, a los cuales les está vedada cualquier injerencia en este campo reservado, pues decidir por la persona supone «arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen»[46].

Como ha afirmado la Corte Constitucional este derecho condensa la libertad *in nuce*, «porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella». Se trata por lo tanto del derecho a la libertad general de actuación, que comprende no sólo los específicos derechos de libertad consagrados por la Constitución (libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas, etc.) sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos[47].

Se trata, por lo tanto, de un derecho que no «*opera en un ámbito específico, ni ampara una conducta determinada (...) ya que establece una protección genérica, por lo cual se aplica en principio a toda conducta*»[48], y de «*una cláusula general de libertad, similar a la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13*»,[49] o también un «*principio general de libertad*».[50]

No obstante, esto no quiere decir que se trate de un derecho que carezca de sustancia o cuyo contenido sólo sería posible delimitarlo a partir de sus restricciones; por el contrario, el contenido del derecho está vinculado al ámbito de decisiones propias del individuo, las cuales constituyen su plan de vida o su modelo de realización personal. A lo largo del tiempo, la jurisprudencia constitucional ha identificado un ámbito de conductas protegidas por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, entre las que cabe mencionar por su importancia para el caso objeto de examen, los que se enuncian a continuación.

---

45. Sentencia C-221/94.
46. Ibídem.
47. En ese orden de ideas, se afirma en la sentencia C-616/97: «de cierto modo, puede decirse que la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad viene a ser como el colofón o la decisión complementaria que el constituyente adoptó como garantía de las libertades religiosa, de pensamiento y opinión y de conciencia».
48. Sentencia C-309/97.
49. Ibídem.
50. Sentencia T-401/94.

La libertad de toda persona de optar sin coacción alguna de escoger su estado civil, y entre otras opciones decidir entre contraer matrimonio, vivir en unión libre o permanecer en soltería[51].

El derecho a ser madre, o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una «opción de vida» que corresponde al fuero interno de cada mujer[52]. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre,[53] así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional.

El derecho a la identidad personal,[54] del que se desprenden entre otros: (i) el derecho a un nombre como expresión de la individualidad. La Corte

51. Definida también como «la decisión de optar entre el estado civil de casado, divorciado o separado y la escogencia entre la opción matrimonial y la unión permanente» Sentencia T-543-95. Se trata sin duda de la primera línea jurisprudencial en materia del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sentada en la sentencia C-588 de 1992, y reiterada en numerosa jurisprudencia, entre la que cabe destacar la contenida en las sentencias C-309/96, C-653/97, C-182/97, C-082/99, C-870/99, C-660/00, C-1440/00, C-029/06.

52. Cfr. Sentencias T-420/92, T-79/94, T-292/94, T-211/95, T-442/95, T-145/96, T-290/96, T-590/96, T-393/97, T-667/97 T-656/98.

53. Así en la Sentencia T-656/98 *v. gr.,* la Corte consideró abiertamente inconstitucional, y vulnerador del núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad, que el reglamento educativo de una institución de educación estableciera sanciones, aún leves, frente al ejercicio de la libertad de una mujer por la maternidad, aun cuando el hecho del embarazo fuese contrario a la filosofía de la institución educativa. En el mismo sentido las sentencias T- 1531/00, T-683/03, T-1011/01, T-688/05 y T-918/05.

54. La Corte, con explícito apoyo doctrinal, ha entendido este derecho del siguiente modo: «El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir, es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad. La persona humana es dueña de sí misma y de su entorno. El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro. El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de

entiende «jurídicamente» este derecho como «la facultad del individuo de proclamar su singularidad»[55]; (ii) El derecho a la libre opción sexual. La Corte ha afirmado en diversas sentencias que «la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual hace parte del núcleo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (...)»[56]; (iii) el derecho a decidir sobre la apariencia personal, la Corte ha determinado que patrones estéticos no pueden ser impuestos por las instituciones educativas[57], ni tampoco por el Estado ni por otros particulares[58]. A manera de ejemplo, las decisiones sobre el atuendo o vestido, la longitud del cabello o el uso de cosméticos no pueden ser decididas por el establecimiento educativo[59]. Tampoco las entidades estatales pueden establecer normas reglamentarias discriminatorias del acceso a cargos y funciones públicas con base en patrones estéticos[60], ni los establecimientos de reclusión imponer reglamentos de visitas que coarten las decisiones sobre la apariencia personal[61].

Además, en virtud de la autonomía de toda persona para tomar decisiones relativas a su salud, puede decidir seguir un tratamiento médico o rehusarlo[62], y esto último aún cuando existan en esa persona perturbaciones

---

obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad. Son todos estos 'derechos naturales o propios de la persona humana, que revistan carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, con la inherencia a la naturaleza humana' (Bidart Campos, Germán, Teoría general de los derechos humanos) (Sentencia T-477/95).

55. En la sentencia T-594/93 a propósito de la solicitud de una persona que deseaba cambiar su nombre masculino por uno femenino, afirmó: «(...) La fijación de la individualidad de la persona ante la sociedad y ante el Estado, requiere de la conformidad de individuo con la identidad que proyecta, de suerte que siempre tendrá la facultad legítima de determinar la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus íntimas convicciones (...) el nombre es una derivación integral (sic) del derecho a la expresión de la individualidad -a la que se ha hecho referencia-, por cuanto es un signo distintivo del individuo ante los demás, con el cual se identifica y lo reconocen como distinto». La sentencia T-168/05 hace un completo recuento jurisprudencial en la materia.
56. Sentencia C-481/98. Ver también Sentencias C-98/96, T-97/94, T-539/94. La doctrina de la Corte sobre el tema puede apreciarse, en forma sintética, en el siguiente extracto de la sentencia C-481/98: «la homosexualidad es una condición de la persona humana que implica la elección de una opción de vida tan respetable y válida como cualquiera, en la cual el sujeto que la adopta es titular, como cualquier persona, de intereses que se encuentran jurídicamente protegidos y que no pueden ser objeto de restricción por el hecho de que otras personas no compartan su específico estilo de vida».
57. Sentencia T-179/99.
58. Sentencia SU-641/98.
59. Sentencias T-65/93 y T-248/96.
60. Ver sentencias T-030/04, T-717/05.
61. Sentencia T-624/05.
62. Sentencia T-493/93.

mentales que no constituyan obnubilación total que le impidan manifestar su consentimiento, o a pesar de que la elección del paciente no conduzca, según criterios de otros, incluido el del médico, a su restablecimiento o a la recuperación de su salud.[63]

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional también ha señalado, de manera reiterada, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un claro límite a la potestad de configuración del legislador no solamente en materia penal sino en general en el ejercicio de su potestad sancionatoria. Ha sostenido así, en numerosas decisiones, que el legislador, sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccionistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En este sentido en la sentencia C-309/97 se hicieron interesantes precisiones y se diferenció entre las medidas perfeccionistas y las medidas de protección, éstas últimas constitucionalmente legítimas cuya finalidad era preservar bienes constitucionalmente relevantes, como el derecho a la vida y a la salud. Sobre este extremo se consignó:

> «En Colombia, las políticas perfeccionistas se encuentran excluidas, ya que no es admisible que en un Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en todos los campos, las autoridades impongan, con la amenaza de sanciones penales, un determinado modelo de virtud o de excelencia humana. En efecto, esas políticas implican que el Estado sólo admite una determinada concepción de realización personal, lo cual es incompatible con el pluralismo. Además, en virtud de tales medidas, las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la autonomía, que etimológicamente significa precisamente la capacidad de la persona de darse sus propias normas. Por el contrario, las medidas de protección coactiva a los intereses de la propia persona no son en sí mismas incompatibles con la Constitución, ni con el reconocimiento del pluralismo y de la autonomía y la dignidad de las personas, puesto que ellas no se fundan en la imposición coactiva de un modelo de virtud sino que pretenden proteger los propios intereses y convicciones del afectado».

En todo caso, para evitar que la medida de protección se convierta en política perfeccionista, debe ser proporcionada y no suponer una excesiva

63. Sentencia T-401/94. El siguiente extracto permite apreciar el criterio jurisprudencial: «¿En caso de disputa entre el médico y su paciente, debida al tipo de tratamiento que debe ser llevado a cabo, puede aquél decidir y prescribir el sistema que considere más adecuado, aún en aquellos casos en los cuales el enfermo no está de acuerdo con la decisión tomada? Si se demuestra que la respuesta es negativa estaríamos en presencia de una violación, por parte del médico, de los derechos del paciente a la libertad y autonomía».

restricción de los derechos en juego, entre ellos, por supuesto, el libre desarrollo de la personalidad.

> «Muy ligado a lo anterior, la Corte considera también que la sanción prevista por la vulneración de una medida de protección no puede ser exagerada en relación al interés que se pretende proteger, no sólo por cuanto la proporcionalidad de las sanciones es un principio que orienta siempre el derecho punitivo, sino además porque la previsión de penas que no sean excesivas es una garantía para evitar que una política de esta naturaleza se vuelva perfeccionista».

La jurisprudencia reciente ha seguido fielmente los anteriores precedentes y ha declarado inexequibles disposiciones legales en materia disciplinaria y policiva que restringían desproporcionadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad[64]. De lo que se deduce el carácter de este derecho como un límite a la libertad de configuración del legislador en materia sancionatoria en general y especialmente en materia penal.

8.3. La salud, así como la vida y la integridad de las personas, como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

Al igual que la vida y la dignidad humana la salud desempeña múltiples funciones en nuestro ordenamiento constitucional. Por un lado se trata de un

64. Así, la sentencia C-373/02 declaró inexequibles enunciados normativos de la Ley 588 de 2000 que establecían inhabilidades para concursar para el cargo de notario, lesivas al libre desarrollo de la personalidad. Igualmente en la sentencia C-098/03 se decidió retirar del ordenamiento por inconstitucionalidad distintas expresiones del artículo 48 del Decreto 196 de 1970 por contrariar el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por esa misma razón fueron declarados inexequibles distintos enunciados de la Ley 35 de 1989. Finalmente, en la sentencia C-040 de 2006 se declaró la inexequibilidad de distintas disposiciones del Decreto-Ley 1136 de 1970 las cuales establecían que quien ejerza en lugar público o abierto al público la mendicidad, la drogadicción, el alcoholismo o se encuentre en estado de enfermedad mental perturbando la tranquilidad pública, será sometido a tratamiento médico en un asilo, clínica, hospital u otro establecimiento público adecuado para el efecto hasta obtener su curación o rehabilitación definitiva, siempre que carezca de medios propios de subsistencia y no tenga una persona obligada y capaz de prestárselos, en caso contrario, dicho tratamiento clínico se podrá adelantar en su propio domicilio o en un establecimiento privado a su costa. A juicio de la Corte dichas disposiciones al habilitar al Estado para imponer sanciones cuando no se sigue el modelo de virtud y excelencia establecido por el legislador resultan contrarias al Texto Fundamental, pues manifiestan políticas perfeccionistas del ser humano, que desconocen los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad y los principios constitucionales de autonomía personal y pluralismo democrático. El carácter coercitivo de tales medidas se expresa –en criterio de la Corte– en la posibilidad de privar la libertad personal al mendigo, drogadicto o alcohólico a través de su reclusión en un asilo, clínica u otro establecimiento hospitalario, por el sólo hecho de alterar la tranquilidad pública en uno de los citados estados de alteración física y psíquica.

bien constitucionalmente protegido que justifica la adopción estatal de medidas para su defensa y deberes en cabeza de los particulares, pero simultáneamente es un derecho constitucional con múltiples contenidos y un servicio público a cargo del Estado.

La Corte Constitucional ha señalado en numerosas oportunidades que el derecho a la salud, si bien no se encuentra incluido formalmente entre los derechos que la Carta Política cataloga como fundamentales, adquiere tal carácter cuandoquiera que se encuentre en relación de *conexidad* con el derecho a la vida, es decir, cuando su protección sea necesaria para garantizar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad[65].

También ha considerado la Corte, que la vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. Y, como la persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico, para que su vida corresponda verdaderamente a la dignidad humana, deben confluir todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

En efecto, el derecho a la salud comprende no sólo la salud física sino también la mental, pues como lo ha considerado la Corte, «*La Constitución proclama el derecho fundamental a la integridad personal y, al hacerlo, no solamente cubre la composición física de la persona, sino la plenitud de los elementos que inciden en la salud mental y en el equilibrio sicológico. Ambos por igual deben conservarse y, por ello, los atentados contra uno u otro de tales factores de la integridad personal –por acción o por omisión– vulneran ese derecho fundamental y ponen en peligro el de la vida en las anotadas condiciones de dignidad.*»[66].

Ahora bien, el derecho a la salud es un derecho integral que incluye el concepto de salud mental y física; y además, en el caso de las mujeres, se extiende a su salud reproductiva, íntimamente ligada a la ocurrencia del aborto espontáneo o provocado, casos en los cuales, por múltiples circunstancias, puede estar en peligro la vida de la madre o ser necesario un tratamiento para recuperar su función reproductiva.

65. Entre otras, se pueden consultar las sentencias T-300 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-484 de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-491 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-576 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-419 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

66. Ver sentencias T-248 de 1998, T-1019 y T-1090 de 2004

El derecho a la salud reproductiva ha sido considerado por esta Corporación. Por ejemplo, en la sentencia T-437 de 1993, se concedió la tutela a una mujer embarazada detenida y a la cual no se le concede la detención hospitalaria aún cuando el parto era inminente. Consideró la Corte, además de los derechos del niño, que el trato especial que da la Constitución a la mujer embarazada (asistencia y protección durante el embarazo y después del parto) se sustenta en el derecho a la vida, la integridad personal, el respecto a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de la familia como institución básica de la sociedad.

Igualmente, al respecto de la recuperación de la función reproductiva como parte del derecho a salud de la mujer, entre otro caso, la Corte protegió a una mujer «*copiloto»,* que por razón a su oficio tuvo un parto prematuro y la muerte posterior del neonato; a los pocos días también le sobrevino una infertilidad secundaria. Ella requería un tratamiento para recuperar su fertilidad, el cual no fue costeado por la empresa así como tampoco se le quiso reconocer la incapacidad cuando ella inicio el tratamiento por su cuenta aduciendo que era un estado provocado. Finalmente le fue cancelado su contrato de trabajo. La Corte consideró que en este caso hubo una violación del derecho fundamental a formar una familia, que incluye el derecho a decidir libremente el número e intervalo de hijos; además, que hubo una discriminación basada en el papel que la mujer cumple en la procreación[67].

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en afirmar que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que la presencia de ciertas anomalías en la salud, aun cuando no tenga el carácter de enfermedad, afectan esos niveles y puede poner en peligro la dignidad personal[68].

Por su parte, el derecho constitucional a la salud, además de su contenido prestacional, también tiene el carácter de un derecho de defensa frente a injerencias estatales o de terceros que lo amenacen o vulneren. Esta faceta del derecho a la salud, como derecho de defensa o libertad negativa está estrechamente ligado con el deber de los individuos de procurar el cuidado integral de la salud. Desde esta perspectiva pueden resultar inconstitucionales las medidas adoptadas por el legislador que restrinjan desproporcionadamente el derecho a la salud de una persona, aun cuando sean adoptadas para proteger bienes constitucionalmente relevantes en cabeza de terceros.

En efecto, *prima facie* no resulta proporcionado ni razonable que el Estado colombiano imponga a una persona la obligación de sacrificar su

67. Sentencia T-341 de 1994

68. Ver sentencia T- 224 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, reiterada en T 099 de 1999 y T-722 de 2001.

propia salud, en aras de proteger intereses de terceros aun cuando éstos últimos sean constitucionalmente relevantes.

Adicionalmente, como se mencionó en el acápite anterior, el derecho a la salud tiene una esfera en la que se conecta estrechamente con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, en lo que hace relación a la potestad de tomar decisiones sobre la propia salud. Así, la Corte Constitucional ha entendido que toda persona tiene autonomía para tomar decisiones relativas a su salud, y por lo tanto prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad y el Estado en preservar la salud de las personas. Desde esta perspectiva todo tratamiento, intervención o procedimiento médico debe hacerse con el consentimiento del paciente, salvo en caso excepcionales[69].

Dentro del ámbito de protección de la autonomía en materia de salud se incluyen distintos derechos de profunda relevancia para el caso objeto de estudio, entre los que cabe destacar el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva. A continuación se hará una breve exposición del contenido de cada uno de estos derechos.

El derecho a planear la propia familia ha sido definido como *«la posibilidad de todas las parejas de individuos a determinar en forma libre y responsable el número e intervalo de los hijos y a tener la información y los medios necesarios para ejercer esta prerrogativa»*[70]. Implica la obligación estatal de adoptar medidas para ayudar a las parejas y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación y de suministrar información en materia planificación familiar y salud reproductiva[71].

El derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas supone por una parte contar con la información necesaria para adoptar decisiones de esta naturaleza y en esa medida está estrechamente relacionado con el derecho a una educación sexual adecuada y oportuna, adicionalmente *«protege a las personas de la invasión o intrusión*

69. Entre las excepciones al consentimiento del paciente la Corte Constitucional ha contemplado los siguientes eventos: (i) cuando el estado mental del paciente o es normal, (ii) cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia, (iii) cuando el pacientes menor de edad. Sin embargo, aún en estos supuestos debe intentarse conciliar el derecho del paciente a la autodeterminación con la protección a la salud. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-401 de 1994 y T-850 de 2002, entre muchas otras.

70. *El derecho a la salud. En la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales.* Defensoría del Pueblo, Serie DESC, Bogotá, D. C. 2003, p. 286.

71. Ibídem p. 288.

no deseada en sus cuerpos y otras restricciones no consensuales a su autonomía física»[72].

Cabe recordar nuevamente, que el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva, por su parte, tiene una clara perspectiva de género y se desprende de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Implica el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal. Supone por una parte el deber del Estado de proteger a los individuos, especialmente a la mujer de presiones de índole familiar, social o cultural que menoscaben su libre determinación en materia sexual o reproductiva, tales el matrimonio en edad temprana sin el libre y total consentimiento de cada cónyuge o la circuncisión femenina. Igualmente implica la prohibición de prácticas estatales como la esterilización forzosa o la violencia y el abuso sexual.

En conclusión las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Asimismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.

8.4. El bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

El bloque de constitucionalidad constituye también un límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal, así lo reconoció expresamente esta Corporación en la sentencia C-205 de 2003:

> «Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en

72. Ídem. p. 289.

tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia.»

Ahora bien, este límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal cobra especial relevancia en el caso en estudio, porque gran parte de los argumentos presentados en una de las demandas giran en torno a la vulneración por parte de las disposiciones demandadas de diferentes tratados y disposiciones del Derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Se sostiene así que la prohibición total del aborto vulnera algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de conformidad con las cuales no garantizar el aborto seguro cuando existen graves malformaciones fetales es una violación del derecho a estar libre de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes[73] consagrado en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, se afirma que de conformidad con la interpretación del Comité de Derechos Humanos[74], el Comité para la Eliminación para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[75], y el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, los Estados partes deben revisar la normatividad penal que prohíbe de manera absoluta el aborto por ser contraria al derecho a la vida, y a otras garantías consagrados tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Afirman los demandantes que las opiniones y recomendaciones formuladas por los diversos comités hacen parte del bloque de constitucionalidad y que en esa medida las disposiciones legales que penalizan el aborto serían inconstitucionales por vulnerar el bloque de constitucionalidad.

---

73. Comité de Derechos Humanos, caso Llontoy vs. Perú, Comunicación N.º1153/2003.

74. Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

75. Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General N.º 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

A este respecto esta Corporación cree necesario introducir una precisión. En efecto, de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones. No obstante, eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes.

En este sentido la Corte Constitucional ha sostenido que «*En virtud del artículo 93 de la C. P., los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia de lo cual se deriva que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituyen un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales*»[76]. Postura reiterada en numerosas ocasiones[77], que permite concluir, que la jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad.

Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la *jurisprudencia* proveniente de *instancias internacionales*, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991[78], y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente.

---

76. Sentencia C-010 de 2000.

77. Sentencias C-067/03 y T-1391/01.

78. En la sentencia C-200 de 2002 la Corte Constitucional sostuvo que las recomendaciones de los órganos de control de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia debían ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

Pero al margen de esta distinción, los tratados internacionales de derechos humanos que según la jurisprudencia constitucional están incorporados al bloque de constitucionalidad, constituyen un claro límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, y en esa medida distintas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminar de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sin ser determinantes y dejan un margen de configuración al legislador, cobran relevancia para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto como se analizará en el acápite diez de esta decisión.

8.5. La proporcionalidad y la razonabilidad como límites al libertad de configuración del legislador en materia penal.

En numerosas decisiones la Corte Constitucional ha afirmado que el Legislador cuenta con un amplio margen para establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones, sin embargo, también ha indicado que el poder punitivo cuenta con límites en esa labor, tales como el de respetar los derechos constitucionales y atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Sobre este extremo resulta pertinente transcribir *in extenso* la sentencia C-070 de 1996[79]:

> «El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. El Constituyente erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento.
>
> «El cambio político de un Estado liberal de derecho, fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad, a un Estado Social de derecho cuyos fines esenciales son, entre otros, el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades (CP art. 2), presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia de política criminal. La estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de

79. La sentencia versó sobre el artículo 372 del decreto 100 de 1980 – el Código Penal anterior -, que contemplaba las circunstancias genéricas de agravación de las sanciones para algunos delitos.

la persona (CP art. 5), tornan la dignidad e integridad del infractor penal en límite de la autodefensa social. El contenido axiológico de la Constitución constituye un núcleo material que delimita el ejercicio de la función pública y la responsabilidad de las autoridades (CP art. 6). Con su elemento social, la Constitución complementa, en el terreno de la coerción pública, la voluntad con la razón. Sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas.

«En consecuencia, la calidad y la cantidad de la sanción no son asuntos librados exclusivamente a la voluntad democrática. La Constitución impone claros límites materiales al legislador (CP arts. 11 y 12). Del principio de igualdad, se derivan los principios de razonabilidad y proporcionalidad que justifican la diversidad de trato pero atendiendo a las circunstancias concretas del caso (CP art. 13), juicio que exige evaluar la relación existente entre los fines perseguidos y los medios utilizados para alcanzarlos.

«(...)

«En materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad –medidas civiles, administrativas, laborales–, y el mayor beneficio neto en protección de los bienes jurídicos que debe comportar la exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo legalmente permitido.

«Mediante el principio de proporcionalidad se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el Derecho constitucional. La responsabilidad de los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes (CP art. 6), requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga lesiva. Esto se desprende de la razón de ser de las propias autoridades, a saber, la de proteger a las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (CP art. 2). Sólo la protección de bienes jurídicos realmente amenazados justifica la restricción de otros derechos y libertades, cuya protección igualmente ordena la Constitución. Por otra parte, la aplicación de la pena consagrada en la ley debe hacerse de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad es, por lo tanto, necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa (C-591 de 1993).».

En el mismo sentido, sostuvo esta Corporación en la sentencia C-205 de 2003:

Además, es menester que el ejercicio de un control constitucional efectivo en estos casos vaya más allá de dejar sin efecto normas penales manifies-

tamente irrazonables o arbitrarias, abarcando también un examen detenido sobre la proporcionalidad que ofrece cada una de estas medidas, ya que, siguiendo a FERRAJOLI «la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos», y en consecuencia, «el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo», es decir, *nullum crimen sine necessitate*[80].

En algunas situaciones, por el contrario, es manifiesto el deber que tiene el legislador de expedir leyes penales, de ejercer un deber de protección de los derechos humanos, como fue la tipificación del delito de genocidio o de la desaparición forzada de personas, que por lo demás responde al cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, o incluso para hacer efectiva una norma constitucional, como es el caso del enriquecimiento ilícito, tal y como lo ha sostenido la Corte[81].

Pues bien, siendo la norma penal, al mismo tiempo, un instrumento de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales y un mecanismo de protección de los mismos, así como de determinados bienes constitucionales, dado que un concepto de bien jurídico vinculante para el legislador sólo puede derivar de los cometidos plasmados en la Carta Política de un Estado Social de Derecho fundado en la libertad del individuo, en tanto que límites a la potestad punitiva del Estado. Por lo tanto, esta Corporación ha entendido que el ejercicio del ius puniendi está sometido a los principios de estricta legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y responsabilidad por el acto en tanto que límites materiales a la ejecución de esta competencia estatal[82]".

De lo anterior resulta, que el legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, trátese de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de Derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales

80. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Valladalid, 1997, p. 465.

81. Sentencia C- 316 de 1996.

82. Ver al respecto los siguientes fallos: C-587 de 1992, C-504 de 1993, C-038 de 1995, C-345 de 1995, C-070 de 1996, C-113 de 1996, C-125 de 1996, C-394 de 1996, C-013 de 1997, C-239 de 1997, C-297 de 1997, C-456 de 1997, C-472 de 1997, C-659 de 1997, C-404 de 1998, C-083 de 1999, C-996 de 2000, C-1164 de 2000, C-173 de 2001, C-177 de 2001 y C-317 de 2002, entre otras.

en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última *ratio* del Derecho penal en un Estado social de derecho, las sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal– debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.

En conclusión, el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del *nasciturus*, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.

9. La cuestión del aborto en el derecho comparado

Sin pretender hacer una descripción de la legislación extranjera ni de la jurisprudencia de otros países, cabe resaltar que aunque el tema del aborto ha sido objeto de cambios legislativos en la mayoría de estados occidentales, los jueces constitucionales también se han pronunciado sobre las dimensiones constitucionales de las normas legales sometidas a control de constitucionalidad.

La regulación actual del aborto en los sistemas jurídicos occidentales es bastante dispar, sin embargo, a partir de finales de los años sesenta es posible verificar el abandono, por parte de la mayoría de los países, de legislaciones absolutamente prohibitivas del aborto y la adopción de una regulación más permisiva. Al margen de las razones que ocasionaron un cambio tal magnitud, a finales de los años 90 la mayoría de los países de Europa Occidental y los estados de la Unión Americana habían introducido legislaciones bastantes permisivas en la materia. En América Latina la legislación sobre el aborto

también es bastante dispar, así, mientras algunos países como Argentina[83], México[84], Bolivia[85], Cuba[86] establecen en su legislación penal eventos en los cuales la interrupción del embarazo no es delito, al igual que ocho estados brasileños[87], otros países establecen una prohibición total del aborto entre los

---

83. El artículo 86 del Código Penal argentino establece:

Art. 86.- incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1) si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2) si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. en este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Nota: texto originario conforme a la ley n 23077.

84. El Código Penal Federal mexicano establece:

Artículo 333. No es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Artículo 334. No se aplicara sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corra peligro de muerte, a juicio del medico que la asista, oyendo este el dictamen de otro medico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora.

85. El Código Penal de Bolivia prevé:

Artículo 266.- (aborto impune).- Cuando el aborto hubiere sido consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna, siempre que la acción penal hubiere sido iniciada.

tampoco será punible si el aborto hubiere sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios.

En ambos casos, el aborto deberá ser practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer y autorización judicial en su caso.

86. El Código Penal cubano dispone:

Artículo 267. 1. El que, fuera de las regulaciones de salud establecidas para el aborto, con autorización de la grávida, cause el aborto de ésta o destruya de cualquier manera el embrión, es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas.

2. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años si el hecho previsto en el apartado anterior:

a) se comete por lucro;

b) se realiza fuera de las instituciones oficiales;

c) se realiza por persona que no es médico.

87. Dado que Brasil es una República Federal es preciso aclarar que ocho constituciones estatales establecen la legalidad del aborto.

(i) Bahía

que se cuentan Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras donde la prohibición es absoluta.

Ahora bien, la intervención del legislador en esta materia no ha sido óbice para que el aborto haya sido una cuestión abordada por los tribunales constitucionales. A título meramente ilustrativo, cabe mencionar aquí las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de 1973, del Tribunal Constitucional alemán de 1975 y 1985 y del Tribunal Constitucional

---

Artículo 279 de la Constitución:

«La familia recibirá conforme a la ley la protección del Estado, el cual, en forma individual o en cooperación con otras instituciones, mantendrá vigentes programas destinados a asegurar (...) IV.- el amparo de mujeres, niños y adolescentes víctimas de violencia dentro y fuera del hogar, incluidas las mujeres con embarazo no deseado, de preferencia en instituciones especializadas, garantizándose la capacitación profesional y la designación de un destino para el niño, en organismos del Estado o a través de procedimientos adicionales.»

Artículo 282 de la Constitución

«El Estado garantizará ante la sociedad la imagen e la mujer como madre, trabajadora y ciudadana en igualdad de condiciones con respecto al hombre, con los siguientes objetivos: (...) III.- reglamentar los procedimientos para la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley, garantizándose acceso a la información y agilizándose los mecanismos operativos para la atención integral de la mujer.»

(ii) Goiás

Artículo 153 de la Constitución

«Son atribuciones del sistema Unificado y Descentralizado de Salud, entre otras, las siguientes: (...) XIV.- garantizar a la mujer víctima de violación sexual o aquélla cuya vida corre peligro por causa de un embarazo de alto riesgo asistencia médica y sicológica y el derecho de interrumpir el embarazo de alto riesgo, asistencia médica y sicológica y el derecho a interrumpir el embarazo conforme a la ley, así como la atención por parte de los organismos del Sistema.»

(iii) Minas Gerais

Artículo 190 de la Constitución

«Son atribuciones del Estado en el ámbito del Sistema Único de Salud, además de las previstas por la ley federal: (...) X.- garantizar la atención en casos lícitos de interrupción del embarazo. (...).

(iv) Pará

Artículo 270 de la Constitución

«(...) Párrafo único. La Red Pública prestará atención médica para la práctica del aborto, en los casos previstos por la ley federal. (...).

(v) Río de Janeiro

Artículo 291 de la Constitución

«El Estado garantizará asistencia integral a la salud de la mujer en todas las etapas de su vida a través de la implantación de una política adecuada que asegure: (...) IV.- asistencia a la mujer en casos de aborto, sea o no provocado, así como en casos de violencia sexual, a través de dependencias especializadas en los servicios garantizados o, indirectamente, por los organismos públicos (...)»

español de 1985, sin que con ello trate de hacer una descripción del Derecho constitucional vigente en estos tres países ni de respectiva evolución jurisprudencial.

Aunque no ha sido la única oportunidad en la cual se ha pronunciado sobre el aborto, *Roe vs. Wade* constituye sin duda el caso más sonado abordado por la Corte Suprema de Justicia norteamericana sobre la materia. La controversia tuvo lugar a partir de la demanda interpuesta por una ciudadana que reclamaba su derecho a abortar y que por tanto alegaba la inconstitucionalidad de la norma que penalizaba el aborto en el estado de Texas. En esta ocasión la Corte Suprema de Estados Unidos reconoció explícitamente el derecho de las mujeres embarazadas a abortar, derecho derivado del derecho a la autonomía individual y a la intimidad para tomar decisiones libres de la intervención del Estado y de terceros en la esfera privada individual (Enmienda Catorce de la Constitución estadounidense).[88]

Sin embargo, la Corte reconoció a su vez que el Estado tiene un interés legítimo en la protección tanto de los derechos de la mujer, como de la potencialidad de la vida del que está por nacer. Como consecuencia de ello, afirmó que ninguno de dichos intereses puede ser desconocido, pero que, en cada etapa del embarazo de una mujer, los mismos adquieren una importancia y un peso distintos.

La Corte Suprema estadounidense distinguió los criterios relevantes para determinar la constitucionalidad de la reglamentación del aborto según el periodo de embarazo en el que se encuentre la mujer. Así, la Corte excluyó toda posibilidad de intervención estatal en la decisión de abortar de la mujer antes de cumplir los tres primeros meses de embarazo. En dicho periodo, tal

---

(vi) Sao Paulo

Artículo 224 de la Constitución

«Es competencia de la Red Pública de Salud, a través de su cuerpo médico especializado, prestar atención médica para la práctica del aborto en casos no antijurídicos previstos en la legislación penal.»

(vii) Tocantins

Artículo 146 de la Constitución (párrafo 3º)

«Las mujeres tienen garantizada la atención en las dependencias del Sistema de Salud del Estado en los casos lícitos de interrupción del embarazo.»

Artículo 152 de la Constitución

«El Sistema Único de Salud tiene por ley las siguientes atribuciones: (...) XVII.- garantizar a las mujeres víctimas de violación sexual asistencia médica y sicológica en las dependencias del Sistema Único de Salud (...).

88. Al respecto véase, por ejemplo, Cass R. Sunstein. 1993. «Pornography, Abortion, Surrogacy», *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, capítulo 9, pp. 257-290.

decisión es dejada al ámbito interno de la mujer. En cuanto al periodo subsiguiente a los tres meses de embarazo, la Corte expresó que al Estado le estaba permitido regular el procedimiento del aborto, estableciendo por ejemplo los lugares en donde éste puede realizarse, siempre y cuando dicha regulación se justificara por la protección de la salud de la mujer. Por último, pasado el período de viabilidad del embarazo, el interés del Estado en la protección de la vida del que está por nacer incrementa sustancialmente en razón de la viabilidad del embarazo, por lo cual el Estado podría, según la Corte, regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico éste fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer.

Por su parte, cabe resaltar dos sentencias sobre el aborto proferidas por el Tribunal Constitucional alemán. En la primera sentencia sobre el aborto (Sentencia 39, 1 de 1975) el Tribunal Constitucional alemán decidió que la sección 218A de la legislación de la República Federal Alemana que despenalizaba la práctica del aborto durante los primeros tres meses de embarazo sin que fuese necesario que la madre esgrimiera justificación alguna era inconstitucional. Sostuvo el juez constitucional en esa ocasión que la Constitución alemana protege la vida del que está por nacer como un interés jurídico independiente, interés que se desprende de la afirmación de la vida y la dignidad humanas como valores supremos e inviolables consagrados por la Ley Fundamental de Bonn. A la luz de éstos principios axiológicos existe un deber de la mujer de llevar el embarazo hasta el momento del parto y una obligación estatal de implementar mecanismos jurídicos tendientes a la protección de la vida del feto. En esa medida, es posible e incluso deseable que el legislador imponga sanciones penales u otras igual de eficaces a éstas, tendientes a desincentivar una conducta reprochable como el aborto.

Ahora bien, a la vez que el Tribunal Constitucional alemán declaró enfáticamente la primacía del interés jurídico de protección del que está por nacer sobre la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, admitió que su deber de continuar y llevar a buen término el embarazo existe salvo en aquellos casos en los que el mismo se torne en una carga tan extraordinaria y opresiva que resulte razonablemente inexigible. Ello sucede, según el Tribunal, en particular cuando la mujer tiene razones especiales de carácter médico (la continuación del embarazo pone en riesgo su vida o atenta gravemente contra su salud), eugenésico (el feto sufre de malformaciones serias), ético (el embarazo ha sido consecuencia de un crimen, como una violación) o social (serias necesidades económicas de la mujer y su familia).

De acuerdo con el Tribunal alemán, lo común en todos esos casos es que al respeto por la vida humana en formación se opone un interés igualmente importante y digno de protección constitucional, de manera que no puede

exigírsele a la mujer renunciar a él para proteger el derecho de aquél. Esto significa que, incluso aceptando que la vida comienza desde el momento de la concepción, es posible imponer un límite a su protección cuando la continuación del embarazo derivaría en una carga excesiva para la mujer encinta. En estos casos, además, el Tribunal estableció que el Estado podía (y era deseable que lo hiciera) ofrecer servicios de asistencia y consejería para recordar a la mujer su responsabilidad con la vida del no nato, animarla a continuar el embarazo y ofrecerle asistencia social en caso de necesidad económica.

La segunda sentencia sobre el aborto de 1985, entre otros aspectos importantes, ahondó sobre los supuestos de inexigibilidad del deber de llevar a término el embarazo y sostuvo:

Esto no significa que las circunstancias excepcionales, admitidas con base en la Constitución y que derogan el deber de dar a luz al hijo, sólo se consideren en caso de un serio peligro para la vida de la mujer o de un perjuicio grave para su salud. Las circunstancias excepcionales son también pensables en otros casos. El criterio para su reconocimiento, como lo ha sostenido el tribunal Constitucional es la inexigibilidad. Este criterio se encuentra por lo tanto legitimado, porque la prohibición de la interrupción del embarazo, en vista del especial vínculo entre madre e hijo, no se agota en el deber legal de la mujer de no violar el perímetro legal del otro, sino que le asigna al mismo tiempo, un profundo deber existencial, de llevar a término el embarazo y dar a luz al hijo, así como el deber de cuidarlo y de educarlo, luego del nacimiento durante varios años. Desde la prospectiva de las obligaciones que se desprenden de esto, en las especiales circunstancias espirituales en la que se encuentra la que va a ser madre durante la fase temprana del embarazo, en casos especialmente difíciles, donde se pueden dar circunstancias en que se vea amenazada su vida, en las cuales la protección de la dignidad de la mujer embarazada, se puede hacer valer con tal perentoriedad, que en todo caso el ordenamiento legal estatal –haciendo caso omiso, por ejemplo, de concepciones fundadas moral o religiosamente– no pueda exigirle a la mujer que deba darle prevalencia, bajo cualquier circunstancia, al derecho a la vida del que está por nacer[89].

Una postura similar adoptó el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 53-1985, con ocasión del examen del texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Art. 417 bis del Código Penal. Se trataba nuevamente de una disposición legal que regulaba de una manera relativamente permisiva el aborto, la cual fue declarada parcialmente inexequible porque no satisfacía el deber estatal de proteger la vida en gestación. Se

89. Sentencia 88, 203.

trataba a juicio del Tribunal de un caso difícil en el cual diversas consideraciones de carácter ético, religioso y moral se contraponían. Sin embargo, consideró que a la luz de la Constitución española debían ser ponderados la protección de la vida en gestación con los derechos de la mujer embarazada, de manera tal que ninguno de los dos resultara anulado. En esa medida el Legislador estaba obligado a garantizar la vida del *nasciturus* pero también a establecer bajo cuales circunstancias la obligación de llevar a término el embarazo se convertía en una carga inexigible para la madre y en esa medida era inconstitucional.

Sostuvo el Tribunal Constitucional español:

12. Desde el punto de vista constitucional, el proyecto, al declarar no punible el aborto en determinados supuestos, viene a delimitar el ámbito de la protección penal del *nasciturus*, que queda excluido en tales casos en razón de la protección de derechos constitucionales de la mujer y de las circunstancias concurrentes en determinadas situaciones. Por ello, una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el artículo 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el Proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del *nasciturus* no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del *nasciturus*, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos. Y ello porque, como hemos puesto de manifiesto en los fundamentos jurídicos 4 y 7 de la presente Sentencia, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus* (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto.

Se tiene, entonces, que cuando los tribunales constitucional han debido abordar la constitucionalidad de la interrupción del embarazo han coincidido en la necesidad de ponderar los intereses en juego, que en determinados eventos pueden colisionar, por una parte la vida en gestación, bien que goza de relevancia constitucional y en esa medida debe ser objeto de protección, y por otra parte los derechos de la mujer embarazada. Si bien han diferido al decidir cual de estos intereses tienen prelación en el caso concreto, en todo caso han coincidido en afirmar que la prohibición total del embarazo resulta inconstitucional, porque bajo ciertas circunstancias impone a la mujer encinta una carga inexigible que anula sus derechos fundamentales.

10. Examen del caso concreto.

10.1. La inexequibilidad de la prohibición total del aborto.

Corresponde a esta Corporación examinar la exequibilidad de las disposiciones que penalizan el aborto. Para tales efectos, se examinará en primer término la exequibilidad del artículo 122 del Código Penal, disposición que penaliza el aborto en todas las circunstancias, interpretado en sus alcances a la luz de los demás artículos acusados, es decir, los artículos 123 y 124, así como del artículo 32-7, en lo pertinente.

El punto de partida del análisis de exequibilidad lo constituye la afirmación contenida en el acápite cuarto de esta decisión, relativa a que la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido y por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección. En efecto, la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En efecto, como se expuso con anterioridad, diversos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad, le otorgan a la vida en sus diferentes estadios, dentro de los cuales se incluye por supuesto la vida en gestación, el carácter de bien constitucionalmente protegido.

Por esa misma razón, no puede argumentarse que la penalización del aborto sea una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales. En efecto, como ha sostenido esta Corporación en distintas oportunidades, es con la adopción de medidas perfeccionistas que las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado el ordenamiento constitucional o los derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la dignidad humana, la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad. En el caso concreto, como se ha sostenido reiteradamente, la vida del *nasciturus* es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador.

Ahora bien, se podría discutir si la naturaleza de estas medidas de protección de la vida en gestación han de ser de carácter penal o si serian más efectivas previsiones de otro tipo como políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer emba-

razada. Al respecto cabe anotar, que corresponde en primer lugar al legislador decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable.

En efecto, no corresponde al juez constitucional determinar el carácter o la naturaleza de las medidas de protección que debe adoptar el legislador para proteger un bien jurídico concreto; se trata de una decisión eminentemente política reservada al poder que cuenta con legitimidad democrática para adoptar este tipo de medidas, siendo la intervención del juez constitucional a posteriori y exclusivamente para analizar si la decisión adoptada por el legislador no excede los límites de su potestad de configuración.

Lo anterior por cuanto, si el legislador decide adoptar disposiciones de carácter penal para proteger determinados bienes constitucionalmente relevantes, debido a la gravedad de este tipo de medidas y a su potencialidad restrictiva de la dignidad humana y de la libertad individual, su margen de configuración es más limitado. En el caso del aborto se trata sin duda de una decisión en extremo compleja porque este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia constitucional, por lo que definir cuál debe prevalecer y en qué medida, supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza y que las políticas públicas cambian, por lo que el legislador puede modificar sus decisiones al respecto y es el organismo constitucional llamado a configurar la respuesta del Estado ante la tensión de derechos, principios y valores constitucionales.

Por una parte están diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante, a los cuales se hizo extensa alusión en acápites anteriores, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida, cada uno con sus contenidos específicos; por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador. Cuál debe prevalecer en casos de colisión es un problema que ha recibido respuestas distintas a lo largo de la historia por los ordenamientos jurídicos y por los tribunales constitucionales.

En el caso concreto, el legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin entrar a analizar el contenido específico de cada norma en particular, no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger. Sin embargo, ello no quiere decir que esta Corporación considere que el legislador esté obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida del *nasciturus*, o que este sea el único tipo de medidas adecuadas para conseguir

tal propósito. La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales.

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del *nasciturus* mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del *nasciturus*, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

En efecto, una de las características de los ordenamientos constitucionales con un alto contenido axiológico, como la Constitución colombiana de 1991, es la coexistencia de distintos valores, principios y derechos constitucionales, ninguno de los cuales con carácter absoluto ni preeminencia incondicional frente a los restantes, pues este es sin duda uno de los fundamentos del principio de proporcionalidad como instrumento para resolver las colisiones entre normas con estructura de principios.

Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección.

Determinar las hipótesis normativas particulares en las cuales resulta excesivo exigir a la mujer continuar con la gestación porque supone la total anulación de sus derechos fundamentales es una labor que también incumbe al legislador. Una vez ha decidido que las medidas de carácter penal son las más convenientes para proteger la vida del *nasciturus*, le corresponde prever la circunstancias bajo las cuales no resulta excesivo el sacrificio de los bienes jurídicos de los cuales es titular la mujer gestante. No obstante, si el legislador no determina estas hipótesis, corresponde al juez constitucional impedir afectaciones claramente desproporcionadas de los derechos fundamentales de los cuales es titular la mujer embarazada, sin que ello signifique que el legislador carezca de competencia para ocuparse del tema dentro del respeto a los límites constitucionales.

Ahora bien, a pesar de que el Código Penal consagra una prohibición general del aborto, las disposiciones acusadas muestran que bajo ciertas hipótesis el legislador previó la atenuación de la pena o inclusive su exclusión a juicio del funcionario judicial que conoce el caso. Se trata del supuesto cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o

acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (art. 124 C. P.).

En este caso concreto, el legislador colombiano consideró que la pena prevista para el delito del aborto debía atenuarse debido a la especial afectación de ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el legislador consideró que la mujer aún en tales hipótesis extremas de afectación de su dignidad y autonomía debía ser juzgada y condenada como delincuente. Una regulación en este sentido es desproporcionada porque en definitiva el supuesto sigue siendo sancionable penalmente y en esa medida continúan siendo gravemente afectados los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante.

En efecto, a juicio de esta Corporación, ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del *nasciturus* supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal[90].

Sobre la grave afectación de la dignidad humana y la autonomía de la mujer embarazada en estos casos cabe citar algunos apartes de la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001:

> «Como se advirtió, cuando una mujer es violada o es sometida a alguno de los procedimientos a los que se refiere el parágrafo acusado, sus derechos a la dignidad, a la intimidad, a la autonomía y a la libertad de conciencia son anormal y extraordinariamente vulnerados ya que es difícil imaginar atropello contra ellos más grave y también extraño a la convivencia tranquila entre iguales. La mujer que como consecuencia de una vulneración de tal magnitud a sus derechos fundamentales queda embarazada no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos, como sería asumir sobre sus hombros la enorme carga vital que continuar el embarazo implica, ni indiferencia por su valor como sujeto de derechos, como sería soportar impasiblemente que su cuerpo, contra su conciencia, sea subordinado a ser un instrumento útil de procreación. Lo normal y ordinario es que no sea heroína e indiferente. Siempre que una mujer ha sido violada o instrumentalizada para procrear, lo excepcional y admirable consiste en

90. Código Penal, artículos138, 139, 141, 205, 207, 208, 209, 210, entre otros.

> que adopte la decisión de mantener su embarazo hasta dar a luz. A pesar de que el Estado no le brinda ni a ella ni al futuro niño o niña ninguna asistencia o prestación de la seguridad social, la mujer tiene el derecho a decidir continuar su embarazo, si tiene el coraje para hacerlo y su conciencia, después de reflexionar, así se lo indica. Pero no puede ser obligada a procrear ni objeto de sanción penal por hacer valer sus derechos fundamentales y tratar de reducir las consecuencias de su violación o subyugación[91].»

Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos.

En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado del incesto, porque se trata también de un embarazo resultado de una conducta punible, que muchas veces compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. En efecto, aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (bien indiscutible para el Constituyente), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad, según así lo ha considerado esta Corporación[92]. Por estas razones, penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.

Ahora bien, cuando el embarazo sea resultado de una conducta, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, es preciso que el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes.

---

91. Aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 suscrita por los magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda y Clara Inés Vargas Hernández.

92. Ver sentencia C-404 de 1998

Al respecto, el legislador podrá efectuar regulaciones siempre y cuando no impida que el aborto se pueda realizar, o establezca cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, como por ejemplo, exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue victima de una violación; o, exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres.

No se trata sin embargo de la única hipótesis en la cuales resulta claramente desproporcionada la sanción penal del aborto.

Se trata también de aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, pues resulta a todas luces excesivo exigir el sacrificio de la vida ya formada por la protección de la vida en formación. En efecto, si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión.

Como ha sostenido esta Corporación en reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos[93] y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional.

En efecto, la importancia de la vida como bien constitucionalmente protegido y el correlativo deber de protección a cargo del Estado imponen al Legislador la adopción de medidas de protección de índole normativa. Así, en la sentencia C-309 de 1997 sostuvo esta Corporación:

> «La Carta no es neutra entonces frente a valores como la vida y la salud sino que es un ordenamiento que claramente favorece estos bienes. El Estado tiene entonces un interés autónomo en que estos valores se realicen en la vida social, por lo cual las autoridades no pueden ser indiferentes frente a una decisión en la cual una persona pone en riesgo su vida o su salud. Por ello el Estado puede actuar en este campo, por medio de medidas de protección, a veces incluso en contra de la propia voluntad ocasional

93. Ver C-563 de 1995.

de las personas, con el fin de impedir que una persona se ocasione un grave daño a sí mismo. Las medidas de protección no son entonces incompatibles con la Carta. Sin embargo, ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ello la Corte, al reconocer la posibilidad de estas medidas, había sido muy cuidadosa en señalar que éstas perdían toda legitimidad constitucional cuando se convertían en políticas «perfeccionistas», esto es, «en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico».

Ahora bien, resulta aquí relevante la interpretación que han hecho distintos organismos internacionales de derechos humanos respecto de disposiciones contenidas en distintos convenios internacionales que garantizan el derecho a la vida y a la salud de la mujer, como el artículo 6 del PDCP[94], el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer[95], y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales[96], en el sentido que estas disposiciones, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, obligan al estado a adoptar medidas que protejan la vida y la salud. La prohibición del aborto cuando está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir, por lo tanto, una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivadas de las normas del derecho internacional.

En todo caso, esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental. Recuérdese que el derecho a la salud, a la luz del artículo 12 del PIDESC supone el derecho al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, y el embarazo puede causar una situación de angustia severa o, incluso graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica.

Algunos intervinientes sostienen que cuando la vida o la salud de la madre gestante estén en peligro por alguna causa relacionada con el embarazo, el artículo 32-7 del Código Penal, admite que se invoque el estado de

94. Comité de Derechos Humanos, Observación General N.º 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

95. Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General N.º 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

96. Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general N.º 14.

necesidad como eximente de responsabilidad penal. Al respecto, sin perjuicio de las consideraciones generales que posteriormente se harán sobre el punto, advierte la Corte que el estado de necesidad en su regulación actual no resuelve la tensión constitucional, en esencia, por dos razones. Primero, porque su aplicación parte del supuesto de que el legislador puede tipificar estas hipótesis como delito, supuesto que no es constitucionalmente admisible porque como se advirtió anteriormente, no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto, y como viene ocurriendo, pese a tal desequilibrio se viene dando prevalencia exclusivamente a la vida de éste sin atender ninguna otra circunstancia; y segundo, por cuanto el artículo 32-7 citado, exige que se reúnan ciertas condiciones para demostrar la existencia de un estado de necesidad como que se trate de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, los que no permiten comprender claramente, y sin imponer una carga excesiva a la mujer, la situación de peligro para la vida o la salud de una madre gestante.

Una última hipótesis es la existencia de malformaciones del feto, certificadas médicamente. Si bien cabe identificar distintas clases de malformaciones, desde el punto de vista constitucional las que plantean un problema límite son aquellas que por su gravedad hacen que el feto sea inviable. Se trata de una hipótesis completamente distinta a la simple identificación de alguna enfermedad en el feto que pueda ser curada antes o después del parto. En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones.

Un fundamento adicional para considerar la no penalización de la madre en este supuesto, que incluye verdaderos casos extremos, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal para la protección de la vida en gestación entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable.

Además, en las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y

degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana[97].

Ahora bien, en los dos últimos casos en los que no se incurre en delito de aborto, es decir, cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado.

Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión.

En efecto, desde el punto de vista constitucional, basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso– para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado. En efecto, cada uno de estos eventos tienen carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable. En el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada.

Cabe recordar además, que la objeción de conciencia no es un derecho del cual son titulares las personas jurídicas, o el Estado. Sólo es posible reconocerlo a personas naturales, de manera que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia. En lo que respecta a las personas naturales, cabe advertir, que la objeción de conciencia hace referencia a una convicción de carácter religioso debidamente fundamentada, y por tanto no se trata de poner en juego la opinión del médico entorno a si está o no de acuerdo con el aborto, y tampoco puede implicar el desconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres; por lo que,

97. Cobra así sentido la observación del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que ha indicado que en estos casos la prohibición del aborto y por ende la obligación de llevar a termino el embarazo constituye un trato cruel, inhumano y degradante infligido a la mujer embarazada.

en caso de alegarse por un médico la objeción de conciencia, debe proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica.

Ahora bien, el que no sea necesaria, para una inmediata aplicación, una reglamentación de las tres hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas del delito de aborto, no impide que el legislador o el regulador en el ámbito de la seguridad social en salud, en cumplimiento de sus deberes y dentro de las respectivas órbitas de competencia, adopten decisiones respetuosas de los derechos constitucionales de las mujeres, como por ejemplo, aquellas encaminadas a regular su goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema de seguridad social en salud.

En estos casos, tampoco se pueden establecer por el legislador requisitos que establezcan cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto.

Del anterior análisis resulta, que si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resulta constitucionalmente justificada –aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que cumplan con este propósito–, la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Protección de los derechos de la mujer que tampoco puede implicar la declaración de inexequibilidad del artículo 122 acusado, pues sería dejar desprotegida la vida. Además, impediría que el ordenamiento jurídico sobre el aborto surtiera sus efectos en situaciones donde la Constitución no lo ha ordenado permitir.

Por tanto, en virtud del principio de conservación del derecho, resulta necesario proferir una sentencia de exequiblidad condicionada mediante la cual se considere que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención con anterioridad. De esta manera se impide que la debida protección a la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embazada.

Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peli-

gro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

10.2. La inexequibilidad de la expresión «o en mujer menor de catorce años» contenida en el artículo 123 del Código Penal.

El artículo 123 del Código Penal sanciona el aborto causado sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años. La disposición demandada establece por lo tanto una presunción, cual es que la mujer de catorce años carece de capacidad para consentir el aborto, y en esa medida su consentimiento no es relevante desde el punto de vista de la sanción penal.

Se trata por lo tanto de una medida cuya finalidad esencial no es la protección de la vida en gestación, pues este bien resulta protegido de manera amplia y general por medio del artículo 122 ya analizado, sino específicamente en protección de la menor de catorce años embarazada, mediante la presunción que ésta es incapaz de consentir el aborto, lo que se infiere claramente de la lectura del tipo penal, el cual no prevé una sanción para mujer embarazada sino para quien cause el aborto sin su consentimiento.

Ahora bien, esta Corporación se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la posibilidad de que el ordenamiento jurídico establezca medidas de especial protección para ciertos sujetos y específicamente para los menores de edad[98]. Como se hizo alusión en acápites anteriores de esta decisión, tales medidas de protección se han encontrado justificadas especialmente cuando se trata de menores de edad porque éstos *«se encuentran en situaciones temporales de debilidad de voluntad o de incompetencia, que les impiden*

98. Baste citar aquí la sentencia C-534 de 005 en la cual se sostuvo:

La protección jurídica corresponde a un deber del Estado, a un derecho de los ciudadanos y en algunos casos a un beneficio o prerrogativa, que es igualmente un derecho, pero especial y reforzado. De este modo, el derecho especial y reforzado de protección jurídica de menores de edad, tal como lo define nuestro orden constitucional en los artículos 44 y 45 de la C.P, debe ser entendido como una prerrogativa o beneficio en su favor. Así, resultan estrechamente relacionados los criterios con base en los cuales se define la medida de la protección jurídica de ciertos intereses de ciertas personas, con los criterios que subyacen a la asignación de cargas y beneficios en la sociedad (entendida pues, – se insiste– la mencionada protección como un beneficio o prerrogativa, en el caso de los y las menores de edad). Esto es, con los criterios que informan el análisis del principio y el derecho a la igualdad del artículo 13 de la Carta.

diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses, o actuar consecuentemente en favor de ellos»[99].

Medidas de protección que si bien están justificadas a la luz de la Constitución de 1991, en todo caso deben resultar proporcionadas y no anular completamente los otros derechos, valores y principios constitucionales en juego. En el caso concreto se acusa a la disposición demandada de establecer una presunción que desconoce completamente la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud e incluso la vida de las mujeres embarazadas menores de catorce años, pues a juicio de los demandantes la menor podría prestar su consentimiento válido para que un tercero le practique un aborto.

Para resolver este cargo resulta relevante hacer una breve referencia a la jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a la titularidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el consentimiento informado de los menores para la práctica de intervenciones médicas.

Respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, esta Corporación ha sostenido la postura que si bien todos los seres humanos son titulares de este derecho, la autonomía comprende las decisiones que inciden en la evolución de la persona «en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla»[100], o, en otros términos, que «el libre desarrollo de la personalidad debe evaluarse en cada una de las etapas de la vida»[101]. En consecuencia, la Corte ha afirmado que los menores de edad pueden estar sujetos, en ciertas circunstancias, a mayores restricciones en el ejercicio de este derecho[102], al igual que los incapaces y en general todos los aquejados de inmadurez psicológica de carácter temporal o permanente.

---

99. Sentencia C-309 de 1997.

100. Sentencia T-542/96.

101. Sentencia C-344/93.

102. Así por ejemplo en la C-344/93 la Corte avaló la constitucionalidad de las normas de Código Civil que exigen el permiso de los padres para que los menores de edad contraigan matrimonio. Sostuvo la Corte en esa oportunidad: «En cuanto al argumento relativo al libre desarrollo de la personalidad, debe decirse que carece de fundamento. Pues la exigencia del permiso de los padres para contraer matrimonio, en nada contraría el libre desarrollo de la personalidad. Con mayor razón si se tiene en cuenta que el artículo 16 de la Constitución advierte que este derecho está limitado por los derechos de los demás y por el orden jurídico. En este caso, ejercen los padres un derecho derivado de la autoridad que les es propia y que está expresamente consignado en la ley, es decir, en el orden jurídico». En el mismo sentido en la C-309/97 sostuvo: «Esto explica por qué estas medidas coactivas de protección encuentran un mayor campo de aplicación en relación con los menores de edad, por cuanto éstos todavía no tienen la capacidad suficiente de discernir sus propios intereses en el largo plazo, por lo cual las otras medidas alternativas menos coactivas no son en general procedentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño cuando el padre lo obliga a vacunarse, y a pesar de que este se oponga de momento,

Estos criterios han sido objeto de precisiones en algunos fallos de tutela. Así, en primer lugar, respecto de los menores de edad, la Corte ha admitido que la clasificación establecida en el artículo 34 del código civil (infantes, impúberes, púberes), se basa en «el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente»[103]. Esta clasificación no determina la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad,[104] pero sí permite algunas restricciones específicas en atención al grado de madurez del titular.

En el mismo sentido en la Sentencia SU-642 de 1998, la Corte evaluó si en virtud del derecho al libre desarrollo de la personalidad, una niña de cuatro años de edad tenía autonomía suficiente para determinar la longitud de su cabello y, en consecuencia, si vulneraba tal derecho la disposición reglamentaria del jardín infantil al que asistía, en virtud del cual debía llevar el pelo corto. El fallo reiteró que, si bien la titularidad del derecho en cuestión se predica de todas las personas, puede ser objeto de mayores restricciones en razón del grado de desarrollo psicológico e intelectual de las personas. Así las cosas, la Corte acudió a dictámenes periciales que le permitieron determinar que un menor de cuatro años tiene ya suficiente capacidad para elegir libremente su vestuario, y, por ende, también para decidir sobre su apariencia personal, resolviendo este interrogante de manera positiva.

También resultan relevantes los criterios jurisprudenciales sentados por esta Corporación en la sentencia SU-337 de 1999 sobre la validez del consentimiento del menor frente a tratamientos o intervenciones que inciden en su definición sexual. Sostuvo la Corte a este respecto:

> «De otro lado, el menor no carece totalmente de autonomía, por lo cual, en muchos casos, sus criterios deben ser no sólo tomados en consideración

---

por cuanto que es lícito pensar que en el futuro, cuando llegue a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención de los padres. Se respeta entonces la autonomía con base «en lo que podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito». En el mismo sentido en la C-1045/00 se estimaron constitucionales la normas de Derecho civil que permiten al ascendiente revocar las donaciones hechas antes del matrimonio cuando el donatario contrae matrimonio sin el permiso requerido: «… para la Corte resulta razonable la interferencia que la ley autoriza a los padres o ascendientes de los adolescentes en la trascendental decisión de contraer matrimonio, con el fin de obligarlos a reflexionar respecto de su decisión, puesto que el contrato matrimonial es una opción de vida que afecta íntima y profundamente la existencia no sólo de quienes lo celebran, sino de sus hijos y demás integrantes del núcleo familiar».

103. Sentencia T-474/96.

104. Sentencias T-474/96 y 477/95.

sino respetados. Así, a nivel normativo, la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia por la Ley 12 de 1991, y que por ende prevalece en nuestro ordenamiento (CP art. 93), expresamente establece en su artículo 12 que los Estados deben garantizar «al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño». Por su parte, la práctica judicial, nacional e internacional, ha reconocido autonomía a muchos menores adultos para tomar directamente ciertas decisiones médicas, incluso contra la opinión de los padres[105].»

Lo que lleva a la Corte a afirmar que la edad del menor para autorizar tratamientos e intervenciones, aún cuando éstos sean particularmente invasivos, no es un criterio que tenga un carácter absoluto:

«Por último, ni siquiera la edad configura un criterio puramente objetivo ya que, debido a la distinción anteriormente señalada entre capacidad legal y autonomía para tomar decisiones sanitarias, se entiende que el número de años del paciente es importante como una guía para saber cuál es el grado de madurez intelectual y emocional del menor pero no es un elemento que debe ser absolutizado. Así, es razonable suponer que es menos autónomo un infante que un adolescente, y por ende el grado de protección al libre desarrollo de la personalidad es distinto en ambos casos. En efecto, la personalidad es un proceso evolutivo de formación, de tal manera que el ser humano pasa de un estado de dependencia casi total, cuando es recién nacido, hasta la autonomía plena, al llegar a la edad adulta. El acceso a la autonomía es entonces gradual ya que ésta «es el resultado de un proceso en el que el individuo avanza paulatinamente en el conocimiento de sí mismo y en el reconocimiento y uso de sus potencialidades y capacidades, descubriéndose como un ser autónomo, singular y diferente». Ese progresivo desarrollo de la personalidad y de la autonomía se encuentra en gran medida ligado a la edad de la persona, que es lo que justifica distinciones como las establecidas por el derecho romano y el propio ordenamiento civil entre infantes, impúberes y menores adultos. Por ello, la edad del paciente puede ser tomada válidamente como un indicador de su grado autonomía, pero el número de años no es un criterio tajante, ya que menores con idéntica edad pueden sin embargo, en la práctica, evidenciar una distinta capacidad de autodeterminación, y por ende gozar de una diversa protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, esta Corte tiene bien establecido que la protección brindada por este derecho fundamental «es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de

105. Incluso la jurisprudencia comparada ha admitido el derecho de las menores embarazadas en consentir la práctica del aborto aun en contra de la opinión de sus padres. Al respecto ver, entre otras, la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health 462 V.S. 416* (1983).

> edad, las cuales –se supone– son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad». Existe pues «una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que éste adopte. Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquéllas.»

Se tiene entonces, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido en los menores la titularidad del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la posibilidad de consentir tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo, aun cuando tengan un carácter altamente invasivo. En esta medida, descarta que criterios de carácter meramente objetivo, como la edad, sean los únicos determinantes para establecer el alcance del consentimiento libremente formulado por los menores para autorizar tratamientos e intervenciones sobre su cuerpo. En materia de aborto el legislador, si lo estima conveniente, podrá establecer reglas específicas en el futuro sobre representación, tutela o curatela sin menoscabar el consentimiento de la menor de catorce años.

Desde esta perspectiva, una medida de protección que despoje de relevancia jurídica el consentimiento del menor, como lo constituye la expresión demandada del artículo 123 del Código Penal resulta inconstitucional porque anula totalmente el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía y la dignidad de los menores.

Adicionalmente, esta medida de protección se revela incluso como contraproducente, y no resultaría idónea para conseguir el propósito perseguido, en aquellos eventos que sea necesario practicar un aborto para garantizar la vida o la salud de una menor embarazada. En efecto, dada la presunción establecida por el legislador cualquier persona que practique un aborto en una menor de catorce años sería autor del delito tipificado en el artículo 123 del Código Penal, aun cuando esta intervención sea necesaria para proteger la vida y la salud de la menor y sea consentida por la gestante.

Por las anteriores razones es menester concluir que por anular los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y a la dignidad de la menor embarazada y adicionalmente, por no resultar adecuada para conseguir los fines que se propone, la medida establecida por el artículo 123 del Código Penal resulta claramente desproporcionada y por lo tanto inconstitucional, razón por la cual la expresión «o en mujer menor de catorce años» contenida en el artículo 123 del Código Penal será declarada inexequible.

10.3. De la inexequibilidad de la disposición contenida en el artículo 124 del Código Penal.

Todas las hipótesis señaladas como generadoras de atenuación punitiva en la norma acusada quedan incluidas, en virtud de la presente sentencia,

junto con otras no contempladas en tal disposición, como situaciones no constitutivas del delito de aborto.

En consecuencia y precisamente en razón de tal decisión, pierden su razón de ser tanto la disposición acusada como su respetivo parágrafo, por cuanto, en lugar de la atenuación de la pena, lo que se declara es la inexistencia del delito de aborto en las precisas y excepcionales circunstancias anotadas, razón por la cual la disposición acusada ha de retirarse del ordenamiento por consecuencia.

10.4. La constitucionalidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal.

Se demanda también el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal, enunciado normativo que excluye la responsabilidad penal cuando se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que no haya sido causado intencionalmente o por imprudencia del agente y que éste no tenga el deber jurídico de afrontar.

A juicio de los demandantes el estado de necesidad regulado por esta disposición vulnera los derechos fundamentales a la vida y a al integridad personal de la mujer, porque esta se ve obligada a someterse a un aborto clandestino *«y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad»*.

En relación con esta disposición, la Corte encuentra que la causal de ausencia de responsabilidad penal acusada, como todas las demás causales contempladas en el aludido artículo, resultan aplicables no solo al delito de aborto sino, en general, a todas las hipótesis de delito compatibles con las mismas. Dado que se trata de una causal genérica no puede resultar afectada de inconstitucionalidad por los cargos expuestos.

En efecto, respecto de los cargos formulados cabe anotar que el estado de necesidad en materia penal cumple una función mucho más amplia que aquélla de servir en algunos casos como causal de exoneración de la responsabilidad penal de la mujer que aborta. En esa medida, no sería procedente declarar inconstitucional la disposición legal que lo consagra, pues ello conllevaría a que muchas situaciones en las que el mismo opera quedasen desprotegidas. Adicionalmente, de la insuficiencia del estado de necesidad para proteger los derechos fundamentales de la mujer embarazada que decide abortar, como alega la demandante, debido a que esta figura sólo operaría después de haberse interrumpido su embarazo clandestinamente y en condiciones «*humillantes y potencialmente peligrosas para la salud»,* no se deduce que el mismo sea contrario a la Constitución Política.

Finalmente se debe señalar, que al disponerse que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis anteriormente señaladas, tales conductas ya no son ni siquiera típicas y mucho menos habría que indagar por la responsabilidad penal. Por tales razones se declarará la exequibilidad del enunciado normativo demandado.

11. Consideraciones finales.

Una vez realizada la ponderación del deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer embarazada esta Corporación concluyó que la prohibición total del aborto resulta inconstitucional y que por lo tanto el artículo 122 del Código Penal es exequible a condición de que se excluyan de su ámbito las tres hipótesis anteriormente mencionadas, las cuales tienen carácter autónomo e independiente.

Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública.

Para todos los efectos jurídicos, incluyendo la aplicación del principio de favorabilidad, las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por esta protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno.

Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión.

Debe aclarar la Corte, que la decisión adoptada en esta sentencia, no implica una obligación para las mujeres de adoptar la opción de abortar. Por el contrario, en el evento de que una mujer se encuentre en alguna de las causales de excepción, ésta puede decidir continuar con su embarazo, y tal determinación tiene amplio respaldo constitucional. No obstante, lo que determina la Corte en esta oportunidad, es permitir a las mujeres que se encuentren en alguna de las situaciones excepcionales, que puedan acorde con los fundamentos de esta sentencia, decidir la interrupción de su embarazo sin consecuencias de carácter penal, siendo entonces imprescindible, en todos los casos, su consentimiento.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. ***Negar*** las solicitudes de nulidad de conformidad con lo expuesto en el punto 2.3. de la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo. Declarar ***EXEQUIBLE*** el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia.

Tercero. Declarar ***EXEQUIBLE*** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto.

Cuarto. Declarar ***INEXEQUIBLE*** la expresión «*…o en mujer menor de catorce años …* «contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Quinto. Declarar ***INEXEQUIBLE*** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Presidente
IMPEDIMENTO ACEPTADO

RODRIGO ESCOBAR GIL
Vicepresidente
CON SALVAMENTO DE VOTO

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado
CON ACLARACION DE VOTO

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado
CON ACLARACION DE VOTO

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

ÁLVARO TAFUR GÁLVIS
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General
(...)

Tribunal Supremo de los EE.UU. sobre los derechos de los extranjeros detenidos en Guantánamo

Cítese como: 542 U.S. ____ (2004)

SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS

ADVERTENCIA: La presente Sentencia está sujeta a una revisión formal previa a su publicación en la versión preliminar de los Reportes de los Estados Unidos. Se insta a los lectores de la presente a notificar al Relator de las Decisiones de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Washington D.C. 20543, respecto de cualquier error tipográfico u otros errores formales, a fin de que puedan introducirse las correcciones pertinentes antes de que se envíe a la imprenta la versión preliminar.

CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS

Autos 03-334 y 03-343

SHAFIQ RASUL, ET AL., DEMANDANTES

03-334

Contra George W. Bush, presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, et al.

FAWZI KHALID ABDULLAH FAHAD AL ODAH, ET AL.,

DEMANDANTES

03-343

Contra los Estados Unidos de Norteamérica et al.

Sobre recurso de *certiorari* a la corte de apelaciones de los estados unidos para el circuito del distrito de columbia

[28 de junio de 2004]

El JUEZ STEVENS dio a conocer la sentencia de la Corte.

Estos dos casos plantean la limitada pero importante cuestión de si los tribunales de los Estados Unidos poseen o no jurisdicción para considerar las

impugnaciones a la legalidad de las detenciones de ciudadanos extranjeros capturados en el exterior en el marco de hostilidades bélicas, y encarcelados en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo, Cuba.

I

El 11 de septiembre de 2001, militantes de la red terrorista Al Qaeda secuestraron cuatro aeronaves comerciales y las utilizaron como misiles para atacar objetivos norteamericanos. Si bien uno de los cuatro ataques fue frustrado por el heroísmo de los pasajeros del avión, los otros tres causaron la muerte de aproximadamente 3,000 civiles inocentes, destruyeron propiedad civil valuada en cientos de millones de dólares y causaron severos daños a la economía de los Estados Unidos. En respuesta a tales ataques, el Congreso aprobó una resolución conjunta autorizando al Presidente de los Estados Unidos a utilizar «toda la fuerza que sea apropiada y necesaria contra todas aquellas naciones, organizaciones o personas que, según su determinación, planifiquen, autoricen, cometan o coadyuven de algún modo a la materialización de ataques terroristas […] o cobijen a tales organizaciones o personas.» (Authorization for Use of Military Force (Autorización para el uso de la fuerza militar), Pub. L. 107-40 §§1-2, 115 Stat. 224.). Actuando en concordancia con dicha autorización, el Presidente dispuso el envío de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos a Afganistán para llevar adelante una campaña militar contra Al Qaeda y el régimen talibán que la había apoyado.

Los demandantes en estos casos son dos ciudadanos australianos y doce ciudadanos kuwaitíes que fueron capturados en el extranjero en el marco de las hostilidades bélicas sostenidas entre los Estados Unidos y el régimen talibán[1]. Desde principios de 2002, los militares norteamericanos los han mantenido detenidos –junto con, según las estimaciones del gobierno de los Estados Unidos, aproximadamente otros 640 extranjeros capturados en el exterior– en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo. (Minuta informativa N.º 6 para los Estados Unidos). Los Estados Unidos ocupan la base, que comprende 45 millas cuadradas de tierra y mar, sitas al sueste de la costa de Cuba, conforme el Acuerdo de Arrendamiento de 1903 suscrito con la recientemente independizada República de Cuba a la finalización de la Guerra Hispano-Norteamericana. Conforme a los términos del Acuerdo, «los Estados Unidos reconoce la continuidad de la soberanía última de la República de Cuba sobre las [áreas arrendadas]», mientras que «la República de Cuba acepta que, durante el período en que dure la ocupación por parte de los

1. Cuando otorgamos el recurso de *certiorari*, el conjunto de los demandantes incluía también a dos ciudadanos británicos, Shafiq Rasul y Asif Iqbal. A partir de entonces, esos demandantes se encuentran en libertad.

Estados Unidos […] los Estados Unidos ejercerán la más completa jurisdicción y control sobre y dentro de las mencionadas áreas.»[2]. En 1934, las partes suscribieron un tratado acordando que, en ausencia de un acuerdo para modificar o abrogar el arrendamiento, el mismo permanecería en vigencia «en tanto los Estados Unidos de Norteamérica no abandonase la [….] base naval de Guantánamo.»[3].

En 2002, los demandantes, a través de familiares actuando en calidad de amigos cercanos, promovieron varias acciones ante el tribunal federal del Distrito de Columbia, Estados Unidos, cuestionando la legalidad de su detención en la base. Todos alegaron que ninguno de los demandantes había combatido o participado jamás en acto terrorista alguno contra los Estados Unidos[4]. Asimismo, alegaron que a ninguno de ellos se le había imputado cargo alguno relacionado con actos ilícitos, permitido consultar con un abogado ni facilitado el acceso a las cortes ni a ningún otro tribunal. (App. 29, 77, 108)[5].

Los dos australianos, Mamdouh Habib y David Hicks, promovieron, respectivamente, recursos de hábeas corpus tendientes a obtener el cese de su detención, el acceso a un abogado, la exoneración de interrogatorios y otras dispensas. (*Id.,* en 98-99, 124-126). Fawzi Khalid Abdullah Fahad Al Odah y los otros once detenidos kuwaitíes formularon una reclamación a

2. Lease of Lands for Coaling and Naval Stations (Alquiler de Tierras para Aprovisionamiento de Carbón y Operación de Bases Navales), Feb. 23, 1903, U.S.-Cuba, Art. III, T. S. N.º 418, T.S. N.º 418 (en lo sucesivo, Acuerdo de Arrendamiento de 1903). Mediante acuerdo suplementario, celebrado en julio de 1903, los Estados Unidos se obliga a abonar una renta anual de «dos mil dólares en monedas de oro de los Estados Unidos» y a mantener «cercas permanentes» alrededor de la base. Lease of Certain Areas for Naval or Coaling Stations (Arrendamiento de Áreas Específicas para Uso Naval y Aprovisionamiento de Carbón), July 2, 1903, U.S.-Cuba, Arts. I-II, T. S. N.º 426.

3. Treaty Defining Relations with Cuba (Tratado Definitorio de Relaciones con Cuba), May 29, 1934, U.S.-Cuba, Art. III, 48 Stat. 1683, T. S. N.º 866 (en lo sucesivo, Tratado de 1934).

4. Los parientes de los detenidos kuwaitíes alegaron que los detenidos fueron mantenidos cautivos por «habitantes locales que pretendían obtener ventajas materiales y otras recompensas financieras ofrecidas» mientras los detenidos proporcionaban ayuda humanitaria en Afganistán y Paquistán, y fueron posteriormente entregados a los Estados Unidos para su detención. (App. 24-25). El australiano David Hicks fue presuntamente capturado en Afganistán por la Alianza del Norte, una coalición de grupos afganos opositores del régimen Talibán, antes de ser entregado a los Estados Unidos para su detención. (*Id.,* en 84). El australiano Mamdouh Habib fue presuntamente arrestado en Paquistán por autoridades paquistaníes y entregado a los autoridades egipcias para su detención, las que a su vez lo pusieron a disposición de los Estados Unidos para su detención. *(Id.,* en 110-11).

5. Desde ese momento, a David Hicks le fue permitido reunirse con un abogado. Minuta informativa N.º 9 para los Estados Unidos.

través de la cual pretendían ser informados de los cargos presentados en su contra, que se les permitiera reunirse con sus familias y con sus respectivos abogados, y tener acceso a las cortes o algún otro tribunal imparcial. (*Id.,* en 34). Afirmaron que la denegación de estos derechos viola la Constitución, el Derecho Internacional y los tratados de los Estados Unidos. Invocando la jurisdicción de la corte en el marco de 28 U.S.C §§1331 y 1350, entre otros fundamentos legales, afirmaron causas de acción al amparo de la Ley de Procedimientos Administrativos, 5 U.S.C. §§555, 702, 706; la Ley de Responsabilidad Extracontractual Extranjera, 28 U.S.C. §1350; y la ley general federal de hábeas corpus, §§2241-2243. App. 19.

Interpretando estas tres acciones como peticiones de hábeas corpus, el tribunal federal las desestimó por falta de competencia. El tribunal sostuvo, basándose en nuestra sentencia en *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950), que «los extranjeros detenidos fuera del territorio soberano de los Estados Unidos [no pueden] invocar un recurso de hábeas corpus.»(215 F. Supp. 2d 55, 68 (DC 2002)). La Corte de Apelaciones afirmó. De la lectura de *Eisentrager* en el sentido de que «'el privilegio del litigio' no se extiende a los extranjeros bajo custodia militar que no tengan presencia en 'cualquier territorio respecto del cual los Estados Unidos tenga soberanía'», (321 F. 3d 1134, 1144 (CADC 2003)) (citando el caso *Eisentranger*, 339 U.S., en 777-778), sostuvo que el tribunal federal carecía de jurisdicción sobre las acciones de hábeas corpus de los demandantes, así como sobre el resto de sus reclamaciones legales federales que no apuntaran a un hábeas corpus. Otorgamos un recurso de *certiorari* (540 U.S. 1003 (2003)), el mismo que ahora revocamos.

II

El Congreso ha concedido a los tribunales federales, «dentro de sus respectivas jurisdicciones», la autoridad para conocer solicitudes de hábeas corpus interpuestas por cualquier persona que afirme estar «detenida en violación de la Constitución o las leyes o tratados de los Estados Unidos.» (28 U.S.C. §§2241(a), (c)(3)). La ley remonta sus orígenes al primer otorgamiento de jurisdicción de los tribunales federales: la Sección 14 de la Ley de Organización Judicial de 1789 (*Judiciary Act*) autorizaba a los tribunales federales a emitir un mandamiento de hábeas corpus a los prisioneros «detenidos, bajo la autoridad, o la autoridad aparente, de los Estados Unidos, o en contra de los cuales se había dictado auto de procesamiento ante algún tribunal de ese país.» (Act of Sept. 24, 1789, ch. 20, §14, 1 Stat. 82). En 1867, el Congreso extendió las protecciones del mandamiento en cuestión a «todos aquellos casos en los que cualquier persona pudiera estar privada de su libertad en violación de la Constitución o cualquier tratado o ley de los Estados

Unidos.» (Act of Feb. 5, 1867, ch. 28, 14 Stat. 385). Véase *Felker* v. *Turpin*, 518 U.S. 651, 659-660 (1996).

Sin embargo, el hábeas corpus es «un antecedente de la ley bajo la forma de un mandamiento judicial, [….] que echa sus raíces en lo más profundo del espíritu de nuestro Derecho consuetudinario (*common law*).» (*Williams* v. *Kaiser*, 323 U.S. 471, 484, N.º 2 (1945)) (se omitieron las comillas internas). El mandamiento judicial apareció en la ley inglesa hace varios siglos, se convirtió en «parte integrante de nuestra herencia del Derecho consuetudinario» en la época en que las colonias obtuvieron su independencia (*Preiser* v. *Rodríguez*, 411 U.S. 475, 485 (1973)), y recibió el reconocimiento expreso en la Constitución, que prohíbe la suspensión del «Privilegio del Mandamiento de Hábeas Corpus [….] a menos que la seguridad pública lo requiera en casos de rebelión o invasión.» (Art. I, §9, cl. 2).

Con la evolución que tuvo durante los dos últimos siglos, la ley de hábeas corpus ha expandido claramente el hábeas corpus «más allá de los límites que obtuvo durante los siglos XVII y XVIII.» (*Swain* v. *Pressley*, 430 U.S. 372, 380, N.º 13 (1977)). Pero «en su núcleo histórico, el mandamiento de hábeas corpus ha servido como un medio para revisar la legalidad de la detención del Poder Ejecutivo, y es en ese contexto que sus protecciones han sido más fuertes.» (*INS* v. *St. Cyr*, 533 U.S. 289, 301 (2001)). Véase también *Brown* v. *Allen*, 344 U.S. 443, 533 (1953) (El juez Jackson, en opinión concurrente con el resultado) («El propósito histórico del mandamiento de hábeas corpus ha sido cesar la detención ordenada por autoridades del Poder Ejecutivo sin proceso judicial.»). Como lo expresara el juez Jackson en una opinión relacionada con la disponibilidad del hábeas corpus para los extranjeros detenidos por los Estados Unidos:

> «El encarcelamiento por parte del Poder Ejecutivo ha sido considerado opresivo e ilícito desde que el rey Juan, en los campos de Runnymede, prometiera que ningún hombre libre sería encarcelado, despojado de sus bienes, declarado fuera de la ley o exiliado, salvo mediante la sentencia de sus pares o por el derecho común. Los jueces de Inglaterra desarrollaron el mandamiento de hábeas corpus en gran medida con la intención de proteger estas inmunidades de las eventuales restricciones impuestas por el Ejecutivo.» (*Shaughnessy* v. *United States ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206, 218-219 (1953)) (opinión disidente).

> En concordancia con el propósito histórico del mandamiento, esta Corte ha reconocido la facultad de los tribunales federales para revisar las solicitudes de la protección de hábeas corpus en una amplia variedad de casos que involucren la detención por parte del Ejecutivo, tanto en tiempos de guerra como de paz. La Corte, por ejemplo, ha considerado las peticiones de hábeas corpus de un ciudadano norteamericano que urdió un ataque contra las instalaciones militares durante la Guerra Civil (*Ex parte Milligan*, 4

Wall. 2 (1866)), y de reconocidos extranjeros enemigos condenados por crímenes de guerra durante una guerra declarada y detenidos en los Estados Unidos (*Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)), y sus posesiones insulares, (*In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946)).

La cuestión que hoy se nos plantea es si la ley de hábeas corpus confiere el derecho de revisión judicial de la legalidad de las detenciones realizadas por el Ejecutivo de extranjeros en un territorio respecto del cual los Estados Unidos ejerce jurisdicción plena y exclusiva, pero no tiene la soberanía última.»[6].

III

El planteamiento primordial de los demandados es que la respuesta a la cuestión jurisdiccional está controlada por nuestra decisión en *Eisentrager*. En ese caso, sostuvimos que un tribunal federal carecía de la autoridad para dictar un mandamiento de hábeas corpus a 21 ciudadanos alemanes que habían sido capturados por fuerzas norteamericanas en China, enjuiciados y condenados por crímenes de guerra por una comisión militar de los Estados Unidos con sede en Nanking, y encarcelados en la prisión Landsberg en la Alemania ocupada. La Corte de Apelaciones en *Eisentrager* había determinado que sí existía jurisdicción basándose en el razonamiento de que «cualquier persona que sea privada de su libertad por funcionarios de los Estados Unidos, en el ejercicio de una pretendida autoridad de dicho Gobierno, y que pueda demostrar que su reclusión viola una prohibición de la Constitución, tiene derecho al mandamiento de hábeas corpus.» (*Eisentragen v. Forrestal*, 174 F. 2d 961, 963 (CADC 1949)). Al revocar dicha determinación, esta Corte resumió los seis hechos críticos de la causa:

«Estamos aquí enfrentados a una decisión cuya premisa fundamental es que estos prisioneros tienen derecho, al amparo de la norma constitucional, a solicitar en algún tribunal de los Estados Unidos un mandamiento de hábeas corpus. Para sustentar ese supuesto, es preciso afirmar que un prisionero de nuestras autoridades militares está constitucionalmente facultado del derecho a que se le dicte un mandamiento de hábeas corpus, aun cuando (a) sea un extranjero enemigo (b) no haya residido ni estado nunca en los Estados Unidos; (c) hubiese sido capturado fuera de nuestro territorio y detenido en ese lugar por las fuerzas militares como prisionero de guerra; (d) hubiese sido enjuiciado y condenado por una Comisión Militar con sede fuera de los Estados Unidos; (e) por delitos contra las leyes de guerra cometidos fuera de los Estados Unidos; (f) y se encontrara en todo momento encarcelado fuera de los Estados Unidos.» (339 U.S., en 777).

6. Art. III del Acuerdo de Arrendamiento de 1903.

> Partiendo de este conjunto de hechos, la Corte concluyó que «no era evidente ningún derecho al mandamiento de hábeas corpus.» (*Id.*, en 781).
>
> Los demandantes de estas causas difieren de los detenidos de la causa *Eisentrager* en algunos aspectos importantes: no son ciudadanos de países en guerra con los Estados Unidos y niegan haber participado en, o urdido actos de agresión en contra de los Estados Unidos; no se les permitió nunca el acceso a ningún tribunal, mucho menos fueron acusados de, y condenados por la comisión de actos ilícitos, y por más de dos años han estado encarcelados en territorio respecto del cual los Estados Unidos ejerce jurisdicción y control exclusivos.
>
> Los demandantes no sólo tienen una situación distinta de los detenidos en el caso *Eisentrager,* sino que la Corte en *Eisentrager* dejó claramente sentado que los seis hechos fundamentales para su decisión guardaban relación únicamente con la cuestión del derecho *constitucional* de los prisioneros al hábeas corpus. (*Id.,* en 777). La Corte tuvo mucho menos que decir sobre la cuestión del derecho *legal* de los demandantes a la revisión del hábeas corpus. Su única declaración sobre la cuestión fue una rápida referencia a la falta de autorización legal: «Ninguna de las estipulaciones contenidas en el texto de la Constitución extiende dicho derecho, ni nada de lo contenido en nuestras leyes opera tampoco en ese sentido.» (*Id.,* en 768).

La referencia al contexto histórico en el que se decidió el caso *Eisentrager* explica por qué la sentencia dedicó tan escasa atención a la cuestión de la jurisdicción emanada de la legislación. En 1948, sólo dos meses después de que los demandantes de la causa *Eisentrager* presentaran un recurso de hábeas corpus en el tribunal federal del Distrito de Columbia, Estados Unidos, esta Corte emitió su decisión en *Ahrens v. Clark*, 335 U.S. 188, un caso relacionado con la aplicación de la ley de hábeas corpus a las peticiones de 120 alemanes que entonces se encontraban detenidos en Ellis Island, Nueva York, para su deportación a Alemania. Los detenidos en la causa *Ahrens también habían formulado sus peticiones* ante el tribunal federal del Distrito de Columbia, Estados Unidos, designando al Procurador General como el demandado. Basándose en la lectura de la frase «dentro de sus respectivas jurisdicciones», tal como se utiliza en la ley de hábeas corpus para requerir la presencia de los demandantes dentro de la jurisdicción territorial del tribunal federal, la Corte sostuvo que el tribunal del Distrito de Columbia carecía de competencia para considerar las reclamaciones de los detenidos. (*Id.,* en 192). *Ahrens manifestó expresamente que se reservaba el derecho de pronunciarse sobre la cuestión «de qué proceso*, de haber alguno, podría emplear una persona confinada en un área no sujeta a la jurisdicción de cualquier tribunal federal para hacer valer derechos federales.» (*Id.,* 192, N.º 4). Pero como lo hizo notar la opinión disidente, si la presencia del demandante en la jurisdicción territorial del tribunal federal fuera verdaderamente un requisito

jurisdiccional, sólo podría haber una respuesta a esa pregunta. (*Id.,* en 209) (opinión del juez Rutledge)[7].

Cuando el tribunal federal del Distrito de Columbia revisó la solicitud de hábeas corpus de los prisioneros alemanes en *Eisentrager*, desestimó su acción basándose en la causa *Ahrens*. Véase *Eisentrager*, 339 U.S., en 767, 790. Aunque la Corte de Apelaciones revocó el fallo del tribunal federal, reconoció implícitamente que el tribunal federal carecía de jurisdicción en el marco de la ley de hábeas corpus, tal como se había interpretado en *Ahrens*. En cambio, la Corte de Apelaciones sostuvo que los demandantes tenían garantizado un derecho constitucional al hábeas corpus en virtud de la Cláusula de Suspensión (U.S. Const., Art. I, §9, cl. 2), basándose en el razonamiento de que «si una persona tiene el derecho a un mandamiento de hábeas corpus, no puede ser privado del privilegio por una omisión en una ley jurisdiccional federal.» (*Eisentragen v. Forrestal*, 174 F. 2d en 965). En esencia, la Corte de Apelaciones concluyó que la ley de hábeas corpus, tal como fue interpretada en *Ahrens*, había creado un vacío constitucional que debía ser llenado remitiéndose a los «fundamentos». (174 F. 2d, en 963). En su revisión de tal decisión, esta Corte, al igual que la Corte de Apelaciones, partió de la premisa de que «ninguna de las estipulaciones contenidas en nuestras leyes» confería jurisdicción a los tribunales federales, y en consecuencia, evaluó el recurso de la Corte de Apelaciones a los «fundamentos» en sus propios términos. 339 U.S., en 768[8].

Debido a que las decisiones posteriores de esta Corte han llenado el vacío legal que había ocasionado el hecho de que *Eisentrager* recurriera a los fundamentos, las personas detenidas fuera de la jurisdicción territorial de cualquier tribunal federal ya no necesitan basarse en la Constitución como la

---

7. El juez Rutledge escribió lo siguiente:

   «Si la ausencia de la persona detenida de la jurisdicción territorial del tribunal con jurisdicción del carcelero crea un vacío total e irremediable en la capacidad del tribunal para actuar, […] resulta difícil entender de qué forma puede llenarse ese vacío con consideraciones tan superfluas como preguntarse si existe otro tribunal en el lugar de detención ante el cual el recurso pudiera […]» (335 U.S., en 209).

8. Aunque el juez Scalia cuestiona el fundamento de la *ratio decidendi* de la Corte de Apelaciones (*post*, en 4), lo más relevante a los fines presentes es que esta Corte comprendió claramente que la decisión de la Corte de Apelaciones se apoyaba en fundamentos constitucionales y no en fundamentos legales. (*Eisentrager*, 339 U.S., en 767). («[La Corte de Apelaciones] concluyó que cualquier persona, incluso un extranjero enemigo, privado de su libertad en cualquier lugar bajo cualquier supuesta autoridad de los Estados Unidos, tiene derecho al mandamiento de hábeas corpus si puede demostrar que la extensión a su caso de cualquier derecho o limitación constitucional demostraría que su encarcelamiento es ilegal; [y] que, *aunque no se conceda la jurisdicción legal de dichos casos*, se debe sostener que los tribunales la poseen como parte de la potestad judicial de los Estados Unidos […]» (énfasis agregado)).

fuente de su derecho a la revisión federal de un recurso de hábeas corpus. *En Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Ky.*, 410 U.S. 484, 495 (1973), esta Corte sostuvo, contrariamente a la causa *Ahrens*, que la presencia del prisionero dentro de la jurisdicción territorial del tribunal federal no constituye «un requisito previo invariable» para el ejercicio de la jurisdicción del tribunal federal en el marco de la ley federal de hábeas corpus. En cambio, debido a que «el mandamiento de hábeas corpus no actúa sobre el prisionero que busca la protección judicial, sino sobre la persona que lo mantiene detenido en lo que constituye presuntamente una detención ilícita», un tribunal federal actúa «dentro de [su] respectiva jurisdicción» dentro del significado de § 2241 en tanto «la persona que está realizando la detención pueda ser contactada a través de una notificación.» (410 U.S., en 494-495). *Braden* concluyó que su distanciamiento del fallo de *Ahrens* se justificó a la luz de los desarrollos que «tuvieron un profundo impacto en la persistente vitalidad de dicha decisión.» (410 U.S., en 497). Estos desarrollos incluían, en particular, las decisiones de esta Corte en los casos que involucraban a demandantes con recursos de hábeas corpus «confinados en el extranjero (y de este modo, fuera del territorio del tribunal federal)», en los que la Corte «sostuvo, si bien implícitamente, que la ausencia de los demandantes de la jurisdicción del tribunal federal no representa un obstáculo jurisdiccional a la consideración de la reclamación.» (*Id.*, en 498) (citando *Burns* v. *Wilson*, 346 U.S. 137 (1953), nueva audiencia denegada, 346 U.S. 844, 851-852 (opinión del juez Frankfurter); *United States ex rel. Toth v. Quarles*, 350 U.S. 11 (1955); *Hirota v. MacArthur*, 338 U.S. 197, 199 (1948) (juez Douglas, opinión concurrente)). De este modo, *Braden e*stableció que *Ahrens ya no puede ser vista como una causa que* establece «una norma jurisdiccional inflexible», y que guarda relación estricta y exclusivamente con la cuestión del foro competente, y no con si puede ventilarse la reclamación. (410 U.S., en 499-500).

Debido a que *Braden* invalidó el predicado legal de la *ratio decidendi* de *Eisentrager*, es claro que *Eisentrager* no impide el ejercicio de la jurisdicción contemplada en §2241 sobre las reclamaciones de los demandantes.[9]

9. La opinión disidente sostiene que *Braden* no invalidó la *ratio decidendi* jurisdiccional de *Ahrens*, sino que, simplemente, la diferenció. (*Post*, en 7). Por cierto, *Braden* mismo indicó en contrario (410 U.S., en 495-500), y una larga línea de interpretaciones judiciales y académicas, empezando con la opinión disidente del entonces Juez Rehnquist, han comprendido la decisión en este sentido. Véase, *e.g., id.*, en 502 («Hoy la Corte invalida el caso *Ahrens*»); *Moore v. Olson*, 368 F. 3d 757, 758 (CA7 2004) («[D]espués de *Braden* …, que invalidó la causa *Ahrens*, la ubicación de un ataque colateral es mejor comprendido como una cuestión de territorio jurisdiccional»); *Armentero v. INS*, 340 F. 3d 1058, 1063 (CA9 2003) («[L]a Corte en *[Braden]*declaró que *Ahrens* fue invalidado.» (citas omitidas)); *Henderson* v. *INS*, 157 F 3d 106, 126, n. 20 (CA2 1998) «En la cuestión de jurisdicción territorial, *Ahrens* fue posteriormente invalidada por *Braden*»); *Chatman-Bey v. Thornburgh*, 864 F. 2d 804, 811

IV

Dejando de lado las causas *Eisentrager* y *Ahrens*, los demandados sostienen que podemos percibir un límite a §2241 a través de la aplicación del «antiguo principio de derecho norteamericano» en el sentido de que se presume que la legislación que emana del Congreso no tiene aplicación extraterritorial a menos que dicha intención se manifieste expresamente. (*EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244, 248 (1991)). Independientemente de la tracción que la presunción contra la extraterritorialidad pudiera tener en otros contextos, sin duda alguna ésta no se aplica a la operación de la ley de hábeas corpus en relación con aquellas personas detenidas dentro de la «jurisdicción territorial» de los Estados Unidos. (*Foley Bros., Inc. v. Filardo*, 336 U.S. 281, 285 (1949)). En virtud de los términos expresos de sus acuerdos con Cuba, los Estados Unidos ejerce «absoluta jurisdicción y control» sobre la Base Naval de la Bahía de Guantánamo, y puede seguir ejerciendo dicho control de forma permanente si así lo decide. (1903 Lease Agreement, Art. III; 1934 Treaty, Art. III). Los demandados mismos reconocen que la ley de hábeas corpus crearía jurisdicción de los tribunales federales sobre las reclamaciones de un ciudadano norteamericano detenido en la base. (Tr. of Oral Arg. 27). Considerando que la ley no hace distingos entre norteamericanos y extranjeros detenidos bajo custodia federal, hay pocas razones para pensar que el Congreso quisiera que la cobertura geográfica de la ley variara dependiendo de la ciudadanía del detenido[10]. Los extranjeros detenidos en la

---

(CADC 1988) (en sesión plenaria) («[E]n *Braden*, la Corte recortó sustancialmente lo vertido en *Ahrens* (y, de hecho, invalidó su *ratio decidendi* jurisdiccional de base territorial)»). Véase también, e.g., *Patterson* v. *McLean Credit Union*, 485 U.S. 617, 618 (1988) (por el tribunal); Eskridge, Overruling Statutory Predecents (Derogación de Precedentes Legales), 76 Geo. L.J. 1361, App. A (1988).

La opinión disidente también arguye con falsedad que la persistente vitalidad de la *ratio decidendi* jurisdiccional de *Ahrens* es irrelevante a la cuestión planteada en estos casos, «en la medida en que *Ahrens* no decidió sobre ninguna de las cuestiones legales decididas por *Eisentrager*.» (*Post*, en 7). Pero lo que el Juez Scalia describe como la *ratio decidendi* legal de *Eisentrager* – «que, sin ayuda del canon de evasión constitucional, la ley no confería jurisdicción sobre un extranjero detenido fuera de la jurisdicción territorial de los tribunales de los Estados Unidos» (*post*, en 6)– es poco más que el fallo de *Ahrens* encubierto bajo el atuendo de los hechos de *Eisentrager*. Para sostener de forma verosímil que esta *ratio decideindi* sobrevivió a *Braden*, el Juez Scalia debe, como mínimo, hallar un fundamento textual para el fallo fuera de la frase «dentro de sus respectivas jurisdicciones» –una frase que, después de *Braden*, ya no puede interpretarse en el sentido de que se exige la presencia física del demandante del recurso de hábeas corpus dentro de la jurisdicción territorial de un tribunal federal. Dos referencias al distrito de confinamiento en las disposiciones relacionadas con los requisitos de mantenimiento de registros y alegatos en los procedimientos ventilados ante los jueces de tribunales de circuito apenas es suficiente a ese respecto. Véase *post*, en 2 (citando 28 U.S.C. §§2241(a), 2242).

10. El Juez Scalia parece aceptar que ni el texto puro de la ley ni su interpretación de dicho texto ofrecen fundamento alguno para tratar a los ciudadanos norteamericanos de

base, no en menor medida que los ciudadanos norteamericanos, tienen derecho a invocar la autoridad de los tribunales federal al amparo de § 2241.

La aplicación de la ley de hábeas corpus a las personas detenidas en la base guarda coherencia con el alcance histórico del mandamiento de hábeas corpus. En el marco del Derecho consuetudinario, los tribunales ejercían la jurisdicción de hábeas corpus respecto de las reclamaciones de extranjeros detenidos dentro del territorio soberano del reino[11], así como las reclamaciones de personas detenidas en las denominadas «jurisdicciones exentas», donde los mandamientos ordinarios no tenían aplicabilidad[12] y todos los demás dominios bajo el control soberano.[13] Tal como escribió Lord Mansfield en 1759,

---

forma distinta que a los extranjeros. (*Post*, en 10). Pero oponiendo resistencia a las consecuencias prácticas de su posición, el magistrado sugiere, no obstante, que podría reconocer una «excepción atextual» a su regla escrita para los ciudadanos detenidos fuera de la jurisdicción territorial de los tribunales federales. *Ibid.*

11. Véase e.g., *King* v. *Schiever*, 2 Burr. 765, 97 Eng. Rep. 551 (K.B. 1759), (donde se revisa la petición de hábeas corpus de un extranjero neutral considerado prisionero de guerra debido a que fue capturado a bordo de un corsario francés enemigo durante una guerra entre Inglaterra y Francia); *Sommersett* v. *Stewart,* 20 How. St. Tr. 1, 79-82 (K. B. 1772) (causa en la que se libero mediante recurso de hábeas corpus a un esclavo africano comprado en Virginia y detenido en un barco atracado en Inglaterra con rumbo a Jamaica); *Case of the Hottentot Venus,* 13 East 195, 104 Eng. Rep. 344 (K. B. 1810) (donde se revisa la petición de hábeas corpus de un «oriundo de *Sudáfrica*» presuntamente detenido bajo custodia privada).

    Los tribunales norteamericanos siguieron una práctica similar durante los primeros años de la República. Véase, *e.g., United States* v. *Villato,* 2 Dall. 370 (CC Pa. 1797) (donde se otorga la protección judicial del hábeas corpus a un prisionero español acusado de traición sobre la base de que nunca se había convertido en ciudadano de los Estados Unidos); *Ex parte D'Olivera,* 7 F. Cas. 853 (No, 3,967) (CC Mass. 1813) (juez Story, en circuito) (donde se ordena la liberación de los marineros portugueses arrestados por abandonar su embarcación); *Wilson* v. *Izard,* 30 F. Cas. 131 (No. 17,810) (CC NY 1815) (juez Livingston, en circuito) (donde se revisa la petición de hábeas corpus de reclutas que afirmaron que tenían derecho a su liberación debido a su condición de extranjeros enemigos).

12. Véase, *e.g., Bourn's Case,* Cro. Jac. 543, 79 Eng. Rep. 465 (K. B. 1619) (mandamiento dictado a la ciudad de Dover, que componía la Confederación de Cinque-Ports); *Alder* v. *Puisy,* 1 Freeman 12, 89 Eng. Rep. 10 (K. B. 1671) (lo mismo); *Jobson's Case,* Latch 160, 82 Eng. Rep. 325 (K. B. 1626) (donde se conoce la petición de hábeas corpus de un prisionero detenido en el County Palatine de Durham). Véase también 3 W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England 79 (1769) (en lo sucesivo, Blackstone) («[T]odos los autos judiciales de prerrogativa (como los de hábeas corpus, inhibitorio, *certiorari* y *mandamus*) pueden dictarse […] a todas estas jurisdicciones exentas; debido a que el privilegio de que el mandamiento del rey no tenga aplicabilidad, debe estar pensado para operar entre parte y parte, dado que no puede existir dicho privilegio contra el rey» (notas a pie de páginas omitidas)); R. Sharpe, Law of Hábeas Corpus 188-189 (2d ed. 1989) (donde se describe el «extraordinario ámbito territorial» del mandamiento en el Derecho consuetudinario).

13. Véase, *e.g., King* v. *Overton,* 1 Sid. 387, 82 Eng. Rep. 1173 (K. B. 1668) (mandamiento dicatado para la Isla de Jersey); *King* v. *Salmon,* 2 Keble 450, 84 Eng. Rep. 282 (K. B. 1669) (lo mismo). Véase también 3 Blackstone 131 (el hábeas corpus «tiene

aun cuando un territorio «no fuera parte del reino», «no cabía duda alguna» respecto de la facultad del tribunal para dictar mandamientos de hábeas corpus si el territorio estaba «bajo la sujeción de la Corona.» *King* v. *Cowle,* 2 Burr. 834, 854-855, 97 Eng. Rep. 587, 598-599 (K. B.). Casos posteriores confirmaron que el alcance del mandamiento dependía no de nociones formales de soberanía territorial, sino más bien de la cuestión práctica «del alcance y la naturaleza exacta de la jurisdicción o dominio ejercido de hecho por la Corona.» *Ex parte Mwenya,* [1960] 1 Q. B. 241, 303 (C. A.) (Lord Evershed, M. R.)[14].

Al final, la respuesta a la cuestión planteada es clara. Los demandantes arguyen que se encuentran detenidos bajo custodia federal en violación de las

---

aplicabilidad en todas las partes de los dominios del reino: dado que el rey tiene, en todo momento, [d]erecho a recibir una explicación de por qué se ha restringido la libertad de cualquiera de sus súbditos, cuando se imponga dicha restricción» (notas a pie de página omitidas)); M. Hale, History of the Common Law 120-121 (C. Gray ed. 1971) (el mandamiento de hábeas corpus tiene aplicabilidad en las islas del Canal de la Mancha, aun cuando «no son parcela del reino de Inglaterra»).

14. *Ex parte Mwenya* sostuvo que el mandamiento tenía aplicabilidad en un territorio descrito como «país extranjero dentro del cual [la Corona] tenía poder y jurisdicción en virtud de un tratado, concesión, uso, aquiescencia y otros medios legales.» (*Ex parte Mwenya,* 1 Q. B., en 265) (se omitieron comillas internas). Véase también *King* v. *The Earl of Crewe ex parte Sekgome,* [1910] 2 K. B. 576, 606 (C. A.) (Williams, L. J.) (donde se concluyó que el mandamiento tendría aplicabilidad en dicho territorio); *id.,* en 618 (Farwell, L. J.) (lo mismo). Tal como lo explicó el Lord Justice Sellers:

«Lord Mansfield otorgó al mandamiento el más amplio alcance de aplicación que en las circunstancias de aquel momento podía concebirse […]. 'La sujeción' es completamente adecuada a los poderes ejercidos o ejercitables por este país al margen de su soberanía o dominio territorial, y abarca, en líneas generales, el poder de la Corona en el lugar en cuestión.' » (1 Q. B., en 310).

El juez Scalia cita *In re Ning Yi-Ching*, 56 T. L. R. 3 (Vacation Ct. 1939), para la amplia propuesta de que el hábeas corpus definitivamente no ha estado al alcance de los extranjeros detenidos fuera del territorio soberano. (*Post,* en 18). *Ex parte Mwenya*, sin embargo, pone muy en duda esta limitada visión del alcance territorial del mandamiento. Véase *Ex parte Mwenya,* 1 Q. B., en 295 (Lord Evershed, M. R.) (donde se observa que *In re Ning Yi-Ching* se basó en la opinión del Lord Justice Kennedy en *Ex parte Sekgome* en cuanto al alcance territorial del mandamiento, a pesar de las opiniones de dos miembros de la corte, quienes «adoptaron una visión distinta sobre esta cuestión»). Y *In re Ning Yi-Ching,* se dejó bien en claro que «el recurso de hábeas corpus no estaba limitado a los súbditos británicos» sino que se extendería a «cualquier persona […] detenida» dentro del alcance del mandamiento. 56 T. L. R., en 5 (donde se cita *Ex parte Sekgome,* 2 K. B., en 620 (Kennedy, L. J.)). Además, el resultado en ese caso puede explicarse por el peculiar carácter del control británico sobre el área donde los demandantes, cuatro ciudadanos chinos acusados de diversos delitos penales, se encontraban detenidos en espera de su transferencia al tribunal de distrito local. Aunque los tratados que rigen la Concesión Británica en Tientsin le confirieron a Gran Bretaña «ciertos derechos de administración y control», no se contaba entre ellos «el derecho a administrar justicia» a los ciudadanos chinos. 56 T. L. R., en 4-6.

leyes de los Estados Unidos[15]. Ninguna de las partes cuestiona la jurisdicción del tribunal federal sobre quienes mantienen detenidos a los demandantes. (Cf. *Braden,* 410 U.S., en 495). La sección 2241, en virtud de sus términos, no exige nada más. En consecuencia, sostenemos que §2241 le confiere al tribunal federal jurisdicción para conocer las impugnaciones de los demandantes respecto de la legalidad de su detención en la Base Naval de la Bahía de Guantánamo a través de recursos de hábeas corpus.

V

Además de invocar la jurisdicción del tribunal federal en el marco de §2241, la denuncia de los demandantes encabezados por *Al Odah* invocó la jurisdicción del tribunal en el marco de 28 U.S.C. §1331, la ley sobre la cuestión federal, así como §1350, la Ley de Responsabilidad Extracontractual Extranjera. La Corte de Apelaciones, una vez más basándose en *Eisentrager*, sostuvo que el tribunal federal desestimó correctamente las reclamaciones fundamentadas en las secciones §1331 y §1350 por falta de jurisdicción, incluso en la medida en que estas reclamaciones «se relacionan únicamente con las condiciones de confinamiento y no apuntan a un hábeas corpus», debido a que los demandantes carecen del «privilegio del litigio» en los tribunales de los Estados Unidos. (321 F.3d, en 1144) (se omitieron las comillas internas). Específicamente, la corte sostuvo que debido a que las reclamaciones amparadas en las secciones §1331 y §1350 de los demandantes «se basan necesariamente en las presuntas violaciones de la misma categoría de leyes contenidas en la ley de hábeas corpus», éstas, al igual que las reclamaciones fundamentadas en la ley de hábeas corpus misma, deben estar «fuera de la jurisdicción de los tribunales federales.» (*Id.*, en 1144-1145).

Como ya se explicó, *Eisentrager* en sí no erige ningún impedimento al ejercicio de la jurisdicción del tribunal federal sobre las peticiones de hábeas corpus de los demandantes. En consecuencia, sin duda alguna no obstaculiza el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales federales sobre las reclamaciones que meramente involucran la «misma categoría de leyes contenidas en la ley de hábeas corpus.» Pero en cualquier caso, nada de lo contenido en *Eisentrager* ni en ninguno de nuestros otros casos excluye categóricamente a

15. Los alegatos de los demandantes –que, aunque no tomaron parte ni en combate ni en actos de terrorismo alguno contra de los Estados Unidos, estuvieron detenidos por el Ejecutivo durante más de dos años en territorio sujeto a la jurisdicción y control exclusivo y de largo plazo de los Estados Unidos, sin acceso a un bogado y sin haber sido acusados de ningún acto ilícito– describen sin lugar a dudas «la detención en violación de la Constitución o las leyes o tratados de los Estados Unidos.» 28 U.S.C. §2241(c)(3). Cf. *United States* v. *Verdugo-Urquidez,* 494 U.S. 259, 277-278 (1990) (Juez Kennedy, opinión concurrente), y los casos allí citados.

los extranjeros detenidos bajo custodia militar fuera de los Estados Unidos del «'privilegio del litigio'» en los tribunales de los Estados Unidos. (321 F.3d, en 1139). Tradicionalmente, los tribunales de los Estados Unidos han estado abiertos a los extranjeros no residentes. (Cf. *Disconto Gesellschaft* v. *Umbreit,* 208 U.S. 570, 578 (1908)) («A los ciudadanos extranjeros, mediante la política y práctica de los tribunales de este país, se les permite por lo general recurrir a los tribunales para la reparación de agravios y la protección de sus derechos»). Y, de hecho, 28 U.S.C. §1350 confiere expresamente el privilegio de entablar una demanda por un «acto ilícito accionable judicialmente […] cometido en violación del derecho internacional o un tratado de los Estados Unidos» sobre extranjeros únicamente. El hecho de que los demandantes en estos casos se encuentren detenidos bajo custodia militar es irrelevante a la cuestión de la jurisdicción del tribunal federal sobre sus reclamaciones legales no relacionadas con recursos de hábeas corpus.

VI

Qué procedimientos adicionales serían necesarios, de ser el caso, después de que los demandados formulen su contestación al fondo de las reclamaciones de los demandantes son cuestiones que no necesitamos abordar en este momento. Lo que actualmente está en juego es únicamente si los tribunales federales tienen jurisdicción para determinar la legalidad de la detención potencialmente indefinida por parte del Ejecutivo de las personas que afirman ser absolutamente inocentes de actos ilícitos. Enunciando en afirmativo la respuesta a la pregunta, revocamos la sentencia de la Corte de Apelaciones y devolvemos las actuaciones al tribunal federal para que considere en primera instancia el fondo de las reclamaciones de los demandantes.

Así se ordena.

JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año II, N.º 3, enero - junio, Lima, 2006

Documentos Constitucionales

- Discurso del profesor Gustavo Zagrebelsky, con ocasión del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana.

Discurso del profesor Gustavo Zagrebelsky, con ocasiòn del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana

Presidente emérito de la Corte Constitucional*

Campidoglio – Sala Giulio Cesare

22 abril 2006

Señor Presidente de la República:

Una colección de escritos de juristas de todo el mundo sobre la interpretación constitucional, aparecida recientemente, lleva la inusual dedicatoria «A los jueces constitucionales». El coordinador de la obra, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, alude a la «noble y trascendental función que ellos cumplen, como guardianes fieles de las Constituciones democráticas de nuestro tiempo» (E. Ferrer Mac-Gregor, *Nota Introductoria* a A.A. V.V. *Interpretación constitucional*, Editorial Porrúa-Univ. Nacional Autónoma de México, México 2005, p. XX). No son éstas, palabras de circunstancia. Al contrario: nos sitúan de frente a un pensamiento general sobre el cual vale la pena reflexionar. Los jueces constitucionales de todos los Países pueden ser asociados en un homenaje colectivo sólo en cuanto ellos formen efectivamente un *milieu* homogéneo, independiente de las nacionalidades. Los tantos y tan autorizados representantes de la Corte Constitucional italiana en su Quincuagésimo año de vida, confirman elocuentemente la existencia de esta comunión.

Habiéndoseme concedido el privilegio de disponer durante algunos minutos de su atención, es sobre este aspecto del ser jueces constitucionales en el que pretendo detenerme; más que para resumir un pasado, para reflexionar sobre el futuro.

***

(*Mirar más allá*) Este ideal círculo judicial constitucional es un hecho. Sería imposible enumerar las relaciones que se han venido a consolidar y frecuentemente a institucionalizar, en asociaciones, conferencias e intercam-

* Agradecemos al profesor Gustavo Zagrebelsky por su gentil autorización para la publicación del presente discurso en esta Revista.

bios de experiencias, entre Tribunales Constitucionales, Cortes Supremas, Altas Autoridades de garantía constitucional y, más recientemente, Cortes de Justicia supranacionales que intervienen en materias propiamente constitucionales. Centros académicos de investigación comparada en todo el mundo, a su vez, contribuyen eficazmente a un diálogo que, entre todos los que se desarrollan sobre los grandes temas de derecho público, está ciertamente entre los más fructíferos. De hecho, éste es un dato lleno de significado, sobretodo porque facilita la recíproca comprensión, la espontaneidad de las discusiones y el frecuente acuerdo de intenciones, de donde puede hablarse, en un cierto nivel de abstracción, de una propensión ultranacional, sino universal, de las funciones nacionales de la justicia constitucional.

A pesar de que, en su origen, existen distancias relevantes entre los sistemas de garantía jurisdiccional de la Constitución: *judicial review* o justicia constitucional; tradiciones de *common o civil law;* control abstracto o concreto, preventivo o posterior; tutela de los derechos constitucionales o control de conformidad constitucional de las leyes. El *Estado de derecho* no es siempre el mismo en cuanto *État de droit, Rechtsstaal o Rule of law.* El *Estado Constitucional,* en consecuencia, no coincide en todas partes. La misma Constitución no es norma suprema en la misma medida, donde mutan las relaciones entre Cortes y poderes legislativos. Hay diferencias relevantes. Pero justo por ello resaltan las convergencias prácticas que se encuentran en el «juzgar en materia de derecho constitucional».

En los últimos tiempos, sin embargo, este intercambio de experiencias ha sido enfocado como un problema de derecho constitucional general, en forma de controversia sobre la utilización y la citación por parte de las Cortes de materiales normativos y jurisprudenciales «externos». Los dos polos de la discusión pueden representarse así: de un lado, está el art. 39 (del *Bill of Rights)* de la Constitución de la República de Sudáfrica de 1996, según el cual, al interpretar el catálogo de los derechos las Cortes «deben tomar en consideración del Derecho internacional y pueden tomar en consideración el derecho extranjero»; en el extremo opuesto, está la radical contestación a esta práctica, que tiene la impronta de la defensa de los caracteres originales de la Constitución, contra los «incroci bastardi» con experiencias no vernáculas y contra el oscurecimiento del derecho constitucional en un genérico constitucionalismo sin fronteras y sin carácter. Ha suscitado indignación la referencia en un voto particular de un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos (del juez Breyer, en *Knight v. Florida* [1999], al *Privy Council*, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, además, a una decisión de la Corte Suprema de Zimbabwe que, tras haber consultado a su vez otras decisiones extranjeras, había establecido que la ejecución de una sentencia de pena de muerte mucho tiempo después de la condena debe considerarse una

forma de tortura, o un tratamiento inhumano o degradante (a esta posición «universalista», el juez Thomas, por la Corte, contrapuso la tesis «aislacionista» escribiendo que justo la citación de la jurisprudencia extranjera es la confirmación de su falta de fundamento en el derecho constitucional nacional).

El significado de la contestación, nacida como reacción al «nascente cosmopolitismo giudiziario» resultante de algunos pronunciamientos basilares de la Corte Suprema en el 2003, está bien representado en el título de un proyecto de ley presentado al Congreso de los Estados Unidos el año siguiente –*Constitution Restoration Act*–, donde se prohíbe a los jueces interpretar la Constitución tomando en consideración documentos jurídicos distintos de los nacionales, incluyendo las decisiones de las Cortes constitucionales o supremas de otros Estados o de Tribunales internacionales de los derechos humanos. El rechazo de la comparación constitucional –comparación que, en otros contextos como por ejemplo el europeo, es considerada el «quinto método» de la interpretación constitucional, junto a los cuatro de SAVIGNY– viene así considerado como una medida de defensa de la identidad constitucional nacional (D. M. AMANN, «*Raise the Flag and let it Talk»: On the Use of External Norms in Constitutional Decision Making,* en I-CON, 2004, pp. 597 y ss.)

Lo que está en juego tras la confrontación tiene gran trascendencia. Más allá de la cuestión, también importante, de los medio de la interpretación constitucional, se advierte que ésta concierne directamente a la legitimidad de la participación de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la construcción de prospectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales.

El terreno sobre el cual se plantea más naturalmente la discusión es el de los derechos fundamentales; mejor aún, sobre los aspectos fundamentales de los derechos fundamentales: la pena de muerte, la edad y el estado psíquico de los condenados, las modalidades incluso temporales de las ejecuciones; los derechos de los homosexuales; las «acciones positivas» en favor de la participación política de las mujeres o contra históricas discriminaciones raciales, por ejemplo en el acceso al trabajo y a la educación; la limitación de los derechos por motivos de seguridad nacional; la reglamentación del aborto y en general, los problemas ligados a las aplicaciones, técnicas de las ciencias biológicas sobre numerosos aspectos de la existencia humana; la libertad de conciencia con respecto a las religiones dominantes y a las políticas públicas a propósito de escuelas y confesiones religiosas; los derechos de los individuos dentro de las relaciones familiares y similares. Es a partir de problemas como éstos que la discusión se ha iniciado y es precisamente a este nivel que la comparación de las experiencias jurisprudenciales viene auspiciada u obstaculizada.

Desde este momento su puede constatar que emerge un doble nivel de cuestiones constitucionales, según cómo se conciba el alcance de los derechos involucrados, universal o particular. La discusión acerca de la integración de las jurisprudencias afecta al primero, mientras el segundo permanece circunscrito al ámbito de los ordenamientos constitucionales nacionales. El confín entre uno y otro campo, sin embargo, no es fijo y el contraste comparativo podrá extenderse fácilmente a otros sectores (economía, participación política y administrativa, defensa del medioambiente) donde se hagan valer perfiles que las jurisprudencias constitucionales, siguiendo lo establecido en convenciones, declaraciones y documentos de matriz internacional, definan como derechos atinentes a la persona humana en cuanto tal.

***

(*Pros y contras*) Los críticos de la tendencia a una «giustizia constituzionale cosmopolitica» –una *meretricius practice*, según la expresión de Richard A. POSNER («The Supreme Court, 2004 Term - A Political Court», en *Harvard Law Review*, Vol. 119, 2005 p.99– la sobrecargan de ideología, cuando evocan un *flirt* con la idea de un derecho natural universal o con la idea de una «omnipresente ley moral» y hablan de «avanguardismo morale». Según la doctrina del derecho natural –que razona así- existen principios de derecho que deben informar los derechos positivos; siendo universales, se les debe encontrar tanto en el propio como en los otros ordenamientos. El consenso, de este modo, sería un certificado de legitimidad y fundamento de las singulares decisiones. El «avanguardismo morale», pues, se nutriría de la idea de progreso jurídico, que, a partir de las divisiones, tendería a la unificación de las sociedades en nombre de los derechos humanos.

En realidad, no hay ninguna necesidad de llegar tan lejos. Esta exageración ideológica parece más bien hecha a propósito para suscitar oposiciones. Basta tener una actitud de modestia frente a las otras experiencias, con respecto a nuestros mismos problemas. Basta no creer que estamos solos en nuestro camino y no presumir, como en cambio hacen los chovinistas de la Constitución, por ejemplo en materia de dignidad e igualdad de todo ser humano y de los derechos fundamentales, aspiran a la universalidad y que su interpretación, ya a primera vista, no es la interpretación de un contrato o de un acto administrativo y, ni mucho menos, de una ley, destilada a partir de las voluntades políticas contingentes. La interpretación constitucional es un acto de adhesión o de ruptura con respecto a tradiciones histórico-culturales vastas, de las que las concretas Constituciones son parte. Entonces, la relevancia para las jurisprudencias nacionales de la jurisprudencia extranjera o supranacional no presupone absolutamente la existencia de una preponderante dimensión de derecho supraconstitucional. Estamos hablando no de un

caballo de Troya para afirmar la dictadura universalista de los derechos, sino de un instrumento para entender nuestras propias constituciones nacionales, por medio del telón de fondo que les da un preciso significado en un determinado momento histórico. Los ciudadanos de un ordenamiento no están llamados a sufrir «inclinaciones, entusiasmos o modas extranjeras» (como se ha dicho en cambio del voto del juez Scalia en *Lawrence v. Texas* [2003]). El fin es principalmente de derecho interno. Es como recurrir, para resolver un problema difícil, a «un amigo rico de experiencia», que hace pensar mejor, despierta potenciales energías latentes, alarga las perspectivas y enriquece las argumentaciones, sacando a la luz puntos de vista que quizás de otra forma serían ignorados: «el derecho comparado me sirve como un espejo: me permite observarme y comprenderme mejor» (palabras inéditas de AHARON BARAK, *Comparative Law, Originalism and the Role of a Judge in a Democracy: A Reply to Justice Scalia,* Fulbright Convention del 29 de enero de 2006).

La circulación de las jurisprudencias no compromete entonces la identidad de la propia. La comunicación de experiencias resulta siempre filtrada porque presupone estándar mínimos de homogeneidad y juicios de congruencia sobre los textos y contextos jurisprudenciales. Estos juicios pertenecen a las Cortes nacionales. No se establece ninguna disminución de su función soberana.

Mas volvamos a pensar en la imagen del espejo. Ella nos habla de refracciones en un espacio en el que cada uno puede mirarse a sí mismo a través del otro. Nos dice que la comunicabilidad de las jurisprudencias coincide con la participación en una relación paritaria y excluye perjudiciales complejos constitucionales de superioridad (hoy, de los Estados Unidos de América con respecto a Zimbabwe; mañana –quien puede saberlo– de Zimbabwe con respecto a los Estados Unidos de América).

La incomunicabilidad, al contrario, equivale a la ruptura del círculo ideal de intérpretes constitucionales del que habíamos partido. Las Cortes de justicia constitucional tienen, por decirlo así, raíces que se hunden en las condiciones político-constitucionales nacionales, pero tienen también sus miras dirigidas hacia principios de alcance universal. Encerrarse en sí mismos significa sólo una cosa: predisponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales a los exclusivos intereses nacionales.

***

(*¿Jurisprudencia creativa?)* La impermeabilidad de las jurisprudencias es defendida incluso con argumentos que atañen a la legitimidad de la justicia constitucional, la separación de poderes y la naturaleza de la interpretación de la Constitución.

La comunicación entre jurisprudencias presupone la existencia, en la interpretación, de un margen de elasticidad, es decir, de discrecionalidad. Faltando ésta, todo el discurso precedente saltaría en el aire. Incluso admitiendo que existen buenas razones a favor del dialogo entre las jurisprudencias, si las decisiones de las Cortes estuvieran rígidamente vinculadas al cuadro interno y sin ningún margen de apreciación, aquellas buenas razones caerían en un terreno estéril.

La discusión, en los últimos años, la ha mantenido viva el llamado originalismo, la doctrina de la interpretación constitucional vinculada al significado del texto, en el momento de su realización (*testualismo*) o según la intención de los fundadores (*intenzionalismo*). La bestia negra es la constitución viviente, sensible a las exigencias constitucionales del tiempo que cambia.

Los argumentos contra la «constitución viviente» se centran en los peligros de la jurisprudencia creativa, hecha posible gracias a la interpretación evolutiva. Apartarse de los orígenes –se dice– significa aumentar la discrecionalidad; discrecionalidad equivale a politicidad; la politicidad es incompatible con el carácter judicial de la justicia constitucional y ofende a la separación de poderes perjudicando al legislativo; la ofensa a la separación de poderes, a su vez, mina la legitimidad de las justicia constitucional. No sólo para mantener la separación de poderes; no sólo para preservar el carácter judicial de la justicia constitucional, sino también para salvaguardar la razón de la legitimidad, es necesario rechazar la doctrina de la Constitución viviente, aunque se haya impuesto de hecho en la práctica de las Cortes.

La cuestión, no nueva sino al contrario antigua, es de aquéllas que se juzgan determinantes bajo múltiples aspectos. Durante algún tiempo, puede permanecer en calma y se puede considerar incluso que la justicia constitucional ha puesto raíces y ha encontrado su puesto definitivo en la arquitectura constitucional actual del Estado democrático. No es así. Su naturaleza acentuadamente supraestructural, expresión de exigencias que se alejan del inmediato sentir popular y de la interpretación que dan los órganos políticos, expone siempre a las Cortes a controversias sobre la legitimidad de sus pronunciamientos, de su composición y, en caso de acentuada divergencia, hasta de su existencia.

Pero ¿se pueden combatir los pretendidos excesos discrecionales cristalizando en el tiempo la interpretación de la Constitución? No, no se puede. La discrecionalidad es un dato insuperable. La prueba está en los proyectos de reforma que, como el que se discute en estos años en Italia, tratan de redefinir el rol de la Corte basándose en esta lógica: estamos contra la discrecionalidad pero, como no se la puede eliminar, que al menos se la oriente según las expectativas políticas, modificando con este fin sus equilibrios internos. De este modo, sin embargo, se refuerza el defecto evidenciado, golpeando

a la justicia constitucional en su característica esencial, la autonomía de la política. Así podemos ver que la alternativa realista no está entre la constitución fija o cristalizada y la constitución viviente, sino entre Cortes autónomas y Cortes alineadas.

***

(*Constitución viviente*) La Constitución viviente es la experiencia cotidiana de las Cortes. En la práctica, se sostienen posiciones originalistas (por ejemplo, con la llamada a los «trabajos preparatorios»), pero esto es sólo una retórica argumentativa, entre otras cosas, para sostener esta o aquella interpretación de la Constitución, conforme a la expectativa no del mundo que fue, sino del mundo de hoy, según la visión del intérprete. Aquí no interesa el tinte político-judicial. Por regla general, la constitución viviente gusta más a quien trabaja a favor de la extensión de los derechos y menos a quien opera en dirección contraria, y lo contrario vale para la constitución originaria. Pero éstas son afirmaciones relativas. Los tiempos pueden cambiar y la re-interpretación puede ser invocada para limitar derechos y viceversa, el significado originario puede ser útil a quien resiste a la tentación de limitar (piénsese en la actitud de las Cortes en relación con las legislaciones contra el terrorismo). En fin, la dirección no están en absoluto asegurada (A.DERSHOWITZ*, Rights from Wrongs*, Torino, Codice ed.m 2005, pp. XIX y 221 ss.). No es ésta, pues, una cuestión de política judicial y, mucho menos de derecho o de izquierda. Es un tema de teoría de la interpretación y de la Constitución.

En Europa, la idea del «significado originario» suena como una ingenuidad, desde cuando Justiniano, sin éxito, intentó proteger su Código de jueces y juristas. Y es paradójico que la interpretación petrificada haya sido restituida con honor justo en un País de *common law;* donde a los derechos se atribuye un fundamento natural autónomo, como son los Estados Unidos (M. ROSENFELD, *Constitutional Adjudication in Europe and the Unites States: Paradoxes and Contrasts,* en I.CON, 2004, pp. 656 y ss.). ¿Cómo puede la ciencia constitucional, ciencia normativa de la sociedad, reducirse a una historiografía de las intenciones o a una filología histórica de los textos constitucionales?

Ante todo, ¿hay, y siempre hay, una y sólo una intención? (si ya fueran dos, el andamio caería). Y, si existiera, ¿cómo se la podría reconstruir? Las palabras que usamos, o que nuestros predecesores han usado, ¿poseen un significado y uno solo? La idea de regresar en el tiempo para establecer significados ciertos, a partir de las intenciones de los hombres y de sus palabras, no haría más que transferir al pasado nuestras dudas y nuestras *actuales* discrepancias, atribuyéndolas no a nosotros sino a nuestros predecesores. No favorecería en absoluto la estabilidad y la certeza del derecho.

Por otra parte, una característica no casual de las Constituciones es su naturaleza de principio. Los principios son normas por su naturaleza abiertas a desarrollos en el futuro. Si la Constitución italiana (art. 27.3), prohibe las penas contrarias al «sentido de humanidad»; si la Constitución estadounidense (VIII enmienda), prohibe las penas «crueles y desusadas», y no han sido prohibidas, particularmente, la fustigación, la tortura, la horca, etc., es porque estaba en el ánimo de los constituyentes que aquellas fórmulas pervivieran en el futuro. Los principios contienen «conceptos» (humanidad, dignidad, igualdad, libertad, etc.), que (según la distinción de R. DWORKIN) viven a través de su «concepciones», mutables en el tiempo. Por tanto, se puede afirmar con fundamento que la «constitución viviente», es decir, la apertura a la evolución de la cultura jurídica es, justamente, aquello que entra en la intención de los padres constituyentes, cuando se expresan a través de normas de principio. En general -se ha dicho (v. El voto particular del Juez O'Connor in *Roper V. Simmons*)- hay enunciados constitucionales que extraen su significado directamente de los valores que emergen de la civilización de una sociedad y no pueden ser fijadas en una fórmula: entre estos valores está la dignidad humana.

La predisposición al futuro es la esencia de la constitución y la naturaleza particular de sus normas dan testimonio de ello. Quien, en nombre de los orígenes, es decir de la fidelidad a una «constitución inerte», considera que toda nueva exigencia constitucional deba manifestarse no a través de renovadas respuestas a los nuevos interrogantes, sino sólo a través de enmiendas, con el fin de que así se garanticen la separación de poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia como la importancia de la vigencia en la vida constitucional. Es decir, desconoce la función de la constitución.

Una constitución que sobrevive con incesantes modificaciones resulta degradada a ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana. «The earth belongs to the living», afirmaba Thomas JEFFERSON, y la Revolución francesa ha proclamado que «*une generation n'a pas le droit d'assujettir à ses lois les générations futures, et toute hérédité dans les conctions constituionnelles est absurde et tyrannique*». Se querían constituciones de vida breve -34 años, según Jefferson; 20 para los revolucionarios en Francia-, de modo que se permitiera a cada generación «reconstitucionalizarse» a tramos, a golpes de tambor, cuando no de cañón. Las cosas no han sido así. La Constitución no se cambia como una ley cualquiera ni decae en un plazo fijo. Entre la generación constituyente y las siguientes se instituye una relación como la que se da entre padres (los «padres fundadores») y los hijos, sucesores. A cada generación de herederos corresponde «mejorar y perpetuar», no arrojar al viento, el legado, la herencia recibida (v. Federalist, nn. 14 y 49; E. SIEYÈS, *Opinion sur le Jurie*

constituionnaire, Paris, 1795). La ley que marca la vida buena de las constituciones es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia; la enmienda es un instrumento excepcional.

El objetivo de jurisprudencia y el de la enmienda concurren. Las líneas de respeto mutuo son elásticas, como consecuencia de la discrecionalidad que, en distinta medida, mueven a la una y al otro. Por tanto, la interpretación puede prevaricar sobre la enmienda, sobretodo donde los procedimientos, con los que el legislador podría contener la expansión de la discrecionalidad judicial, son particularmente gravosos. El riesgo que corren las Cortes es el de convertirse en una fuente de derecho incontrolada y de ser así rechazadas por la comunidad en la que operan (M. ROSENFELD, *Constitutional Adjudication*, cit.m pp. 652 y ss.).

***

(*Justicia constitucional y democracia*) Volvemos una vez más, tanto por cambiar, con un tema de justicia y política; y puesto que los poderes políticos, hoy, llaman de nuevo a la democracia, podemos decir que estamos ante un tema de justicia constitucional y democracia; un tema de intensidad variable, según sean los diferentes contextos históricos y jurídicos, que los jueces constitucionales advierten cotidianamente, en su trabajo, como cruciales para el equilibrio de poderes. Ellos saben bien que la acusación de actuar como legisladores, es decir políticamente, en vez de como jueces, es la más grave que se puede dirigir en su contra. Mucho ha sido dicho sobre esto pero siempre se vuelve al punto de partida.

Se ha pensado que la clave de una explicación puede encontrarse en la distinción entre razón-pasión. Las Cortes serían –mejor: deberían ser- «aristocracias del saber», llamadas a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia y a fijar «un punto firme para el desarrollo racional de la sociedad actual, una 'isla de la razón' en el caos de las opiniones (F. MODUGNO, *L 'invalidità della legge*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, p.XI; y también H. M. HART, Jr., «The Supreme Court, 1958 Term –Foreword: The Time Chart of the Justices», en *Harvard Law Review*, vol. 73, 1959 – 1960, pp.84 y ss.). Se ha dicho incluso que las Cortes serían «baluartes morales», una especie de «Moisés seculares», cuya vocación es sacar al pueblo del desierto y conducirlo a la tierra prometida de la vida constitucional (A. M. BICKEL, «The Supreme Court, 1960 Term–Foreword: The Passive Virtues», en *Harvard Law Review,* vol.75,1961-1962, pp. 41 y ss.). Escuchando afirmaciones como éstas, los jueces constitucionales se quedan perplejos, intuyendo quizás un cierto sarcasmo. Ellos saben bien cuanta pasión, no inferior a la de una deliberación parlamentaria, hay en sus discusiones y no son tan ingenuos como para despreciar cuanto de racionalidad y de morali-

dad hay en los procedimientos parlamentarios. Pero, sobretodo, se dan cuenta de que esta legitimación por excelencia, casi teológica (T. ARNOLD, «Professor Hart's Thelogy», en *Harvard Law Review*, vol 73, 1959-1960, pp. 1298 y ss.), acabaría con toda distinción. Las Cortes, se ha dicho con ironía, podrían aspirar a ser super-legisladores porque sencillamente «son súper» (R. A. POSNER, «The Supreme Court, 2004 Term - A Political Court», cit., p. 60). De todas formas, este modo de pensar no es el propio de la distinción de poderes, sino el de la indistinción y de la prepotencia de uno sobre el otro.

Una perspectiva en cierto sentido opuesta es la de la justicia constitucional como función «modesta», no «agresiva», que reconoce una suerte de primacía al legislador democrático, en cuanto intérprete auténtico de las concepciones éticas y políticas de la comunidad, e insiste en el necesario *self-restraint* de las Cortes y en la necesaria ética de las consecuencias. Cuando están en juego apreciaciones discrecionales, más allá de los principios y de las convicciones, tiene que considerarse con pragmatismo incluso la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones. Hay materias en las que la sensibilidad social está sobreexitada y las consecuencias podrían contradecir las intenciones. Por ejemplo, una Corte que, en nombre de la paz religiosa, impusiera indiscriminadamente en cada lugar público la supresión de cualquier símbolo religioso podría generar reacciones y conflictos locales: allí una intención pacificadora se transformaría en motivo de intolerancia. En todo caso, la invocación a la modestia se traduce un una indicación a las Cortes de la siguiente naturaleza: para ser aceptadas en democracia, sobretodo en los casos altamente controvertidos, trata de que advierta vuestra presencia lo menos posible. Ello delinea una posición gregaria y que no contribuye mínimamente a la exigencia de dar a la justicia constitucional un justo y autónomo fundamento con respecto a la política. Quizás, se debe cambiar el horizonte de referencia.

***

(*Una función republicana*) La Constitución italiana define Italia como una *república democrática*. Muchos Países entre los aquí representados tienen Constituciones que contienen la misma expresión. La justicia constitucional es una función de la república, no de la democracia. Las Cortes pueden parecer huéspedes ingratos en la casa de otros, la democracia; son los dueños de la casa en la casa propia, la república. Pero la casa es una sola: la república democrática.

Según la concepción *sette-ottocentesca*, la república indica una forma de gobierno opuesta a la monarquía. Según la concepción originaria, en cambio, tiene un significado más profundo y comprensivo. Refirámonos a la definición clásica. En la *Sommum Scipionis* (M. T. CICERONE, *De Repubbli-*

ca, I, XXV) leemos: «La República –dice el Africano– es aquello que pertenece al pueblo. Pero no es pueblo cualquier multitud de hombres reunidos de cualquier forma, sino una sociedad fundada sobre la base del legítimo consenso y de la utilidad común (*coetus multitudinis iuris consensu el utilitatis comunione sociatus*)». *Res populi, iuris consensus, utilitatis communio*: tres expresiones sobre las cuales se han vertido ríos de tinta. Un punto claro es que la *res populi* es la *res totius populi*. Y, si es cosa de todo el pueblo, no puede ser de ninguna de las partes, no siquiera de la mayoría. Además, la *utilitatis conmmunio* implica una cierta despersonalización de las cosas políticas. El espíritu, en el sentido originario, se opone a toda visión personal del poder y es independiente del tipo de gobierno. Puede haber república cuando el gobierno (*el consilium*) pertenece a un rey, a un grupo de escogidos, o a todos los ciudadanos (*ivi*, XXVI). Lo que importa es que el poder no sea ejercido en el interés particular de quien lo detenta. Por tanto, no es extraño que un régimen monárquico pueda decirse republicano (ad es. J. ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta* [1614], IX, 1-3), cuando el monarca, a diferencia del déspota, trabaja para el pueblo entero. República es un término de género que indica una concepción de la vida colectiva; la democracia es una especificación que concierne a la concepción del gobierno.

Este modo de entender la *res publica* es coherente, aún más, coincide con la idea de *politéia*, expresión que, como la primera, no se presta a una traducción precisa en una sola palabra, comprensiva de todos sus significados. En lo aquí interesa, equivale a constitución según la definición que, muchos siglos después, fue dada por el juez Robert Jackson de la Corte Suprema americana, en el famoso caso del *compulsory flag salute* (West Virginia Board of Education v. Barnette 1943]: «El auténtico propósito de una [constitución] ... es sustraer ciertas materias a las vicisitudes de las controversias políticas, colocarlas fuera del alcance de mayorías y funcionarios, sancionarlas como principios legales para ser aplicados por parte de las Cortes. El derecho de cualquiera a la vida, a la libertad, a la propiedad, a la libertad de palabra, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión y los otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos al voto; no dependen del resultado de ninguna votación».

Fijado el principio de que la justicia constitucional es una función de la república, debería abrirse el camino a una neta distinción con respecto a la legislación, función de la democracia. La legislación es función de aquello sobre lo que «se vota», mientas que la justicia constitucional es función de aquello sobre lo que «no se vota», porque es *res publica*.

Sin embargo se dirá: también sobre la Constitución se vota. Más aún: son precisamente los jueces constitucionales quienes, para defender aquello sobre lo que no se vota, deciden votando. Hay en eso una paradoja, es más,

una contradicción. ¿La defensa de lo que es común se puede dejar, en última instancia, al voto de una mayoría que aplasta a una minoría? Esta contradicción es advertida por los jueces constitucionales todas las veces que se trata de tomar una decisión propiamente constitucional –una decisión, quiero decir, donde está en juego no la aplicación de una norma constitucional sino la determinación de su contenido. En estos casos, lo natural es buscar la solución más compartida. La unanimidad sería el *optimum.* Si no se alcanzara, se trabajaría al menos para llegar al máximo consenso posible. El recurso al voto de mayoría es sólo el extremo remedio a un defecto: la incapacidad de crear un consenso sobre los propios argumentos y la indisponibilidad a dejarse convencer por los de los demás. Las decisiones tomadas por 5 votos contra 4 ó, en nuestra Corte constitucional, 8 contra 7 siempre dejar con una sensación de insatisfacción, como de frente a un deber que no se ha cumplido hasta el final. Con este tipo de decisiones las Cortes constitucionales se exponen a la crítica política, es decir, de haber actuado arbitrariamente como pequeños parlamentos, donde el conflicto mayoría-oposición es connatural. En las Cortes debe valer en espíritu de una parte. Admitámoslo: entre nosotros no siempre la actitud deliberativa logra afirmarse sobre la voluntad y se cede al deleite de imponer una voluntad. Pero cuando eso ocurre, es una derrota para la justicia constitucional, un *vulnus* a su legitimidad.

La actitud deliberativa no elimina en absoluto la discrecionalidad del juzgar en materia de derecho constitucional. Cambia si la naturaleza y el objetivo; la discrecionalidad como expresión de la voluntad que se impone, propia de los órganos políticos, es algo diferente de la discrecionalidad «republicana», dirigida a lograr el consenso sobre la constitución. Y ello constituye el dato que distingue los dos ámbitos.

***

(*Tierra y territorio: ¿res publica universalis?*) La fundación republicana de la justicia constitucional nos conduce de nuevo al punto de partida: la mutua relevancia de las jurisprudencias constitucionales.

El mundo jurídico actual, en muchos campos, va desligándose vistosamente del territorio, es espacio circundado por fronteras al que el derecho público occidental ha asignado durante siglos la tarea de individualizar las colectividades humanas, sus gobiernos y sus sistemas jurídicos. Este elemento constitutivo del Estado ha representado durante siglos la dimensión en la que los hechos sociales asumían sentido y valor y, por consiguiente, la dimensión de sus repercusiones jurídicas y constitucionales. Lo que ocurría fuera o era indiferente o, si no lo era, intervenía el derecho internacional. Este superaba los confines pero, siendo siempre su matriz estatal-territorial, al superarlos, confirmaba el valor del presupuesto. La *res publica* se situaba

en estas fronteras. Hoy ya no es así. Las dimensiones se han alargado. La tierra pertenece a los vivos o, quizás, los vivos pertenecen a la tierra: tierra, nunca más a territorios.

La soberanía de un tiempo ha cambiado en interdependencia o dependencia. El control de muchos factores que condicionaban nuestra existencia ya no depender más de nosotros. Actos y eventualidades de naturaleza política, económica, tecnológica, en otras partes del mundo condicionan directamente el patrimonio de los bienes constitucionales nacionales. Sin embargo, ellos son sometidos a la justicia constitucional del País donde se verifican. De otra parte, nuestros principios constitucionales en lo esencial, tienen alcance universal: la dignidad, la igualdad y los derechos humanos, la paz, la justicia, etc. Su violación preocupa, ante todo desde un punto de vista moral, sea cual fuere el lugar de la tierra donde suceda. Sin embargo, ésta cae bajo la jurisdicción de las Cortes nacionales. Hay una evidente incongruencia en las proporciones.

Es natural, cuando los bienes constitucionales se vuelven interdependientes e indivisibles, que las justicias constitucionales de cada nivel aspiren a integrarse, si no es una forma institucional supranacional cosmopolítica, que no se ve en el horizonte y que quizás nunca veamos, al menos sí en contextos deliberativos comunicantes. La interacción llevará necesariamente, antes o después, a una cierta convergencia de resultados.

La apertura de las jurisprudencias a recíprocos entrelazamientos no es, pues, una moda pretendida por profesores, o arbitrio con respecto a las respectivas constituciones nacionales. Es una exigencia que radica en la vocación actual de la justicia constitucional. Es parte del proceso multiforme de «universalización» del derecho, un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico (S. CASSESE, *Universalità del diritto*, Un. Suor Orsola Benincasa, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005). La pequeña pregunta inicial, si es lícito para las cortes citar jurisprudencias ajenas, muestra así sus no pocas implicaciones.

Nosotros no podemos esconder las dificultades. Todas la s veces en que se desencuentran contraposiciones radicales y las cuestiones constitucionales se transforman en conflictos de civilización o *Kulturkampf* (M. ROSENFELD, Constitutional Adjudication, cit,, p. 664, comentando el voto de A. Scalia en *Romer v. Evans* [1996] la justicia constitucional, en vez de abrir su horizonte, se contrae sobre sí misma. El caso de los símbolos religiosos, antes citado, es tan sólo un ejemplo.

Se ha advertido, frente a esta dicotomía, la propensión de las Cortes a una «tercera opción», para no decantarse por una de las dos posiciones en liza. No se trata del oportunista intento de caminar sobre el filo de la navaja para no disgustar a ninguno; es en cambio la vía, no exenta de justificación,

para mantener abiertos los canales de comunicación entre las partes, limar las asperezas y preservar abierto y fértil el terreno de la comparación, aquello que, al fin y al cabo, representa la tarea integrativa esencial de toda constitución pluralista. Pero en contextos de grandes tensiones políticas y culturales, que no dejan posibilidad que alinearse con una y otra parte, dado el poder de las Cortes de certificar legitimidad e ilegitimidad en última instancia, ésta corre el peligro de convertirse en el factor determinante de otras tensiones y de ulteriores divisiones. Por tanto, el dualismo radical de las posiciones, que en ciertos momentos parece amenazarnos, es enemigo de la Constitución y de la justicia constitucional; amigo es el pluralismo de los equilibrios dinámicos, que se nutre de moderación, reconocimiento, respeto y diálogo recíproco: garantizarlos constituye la misión más profunda de los Tribunales Constitucionales de cualquier parte del mundo. Este es el espíritu de la justicia constitucional y de sus jueces. Y ésta es también la razón por la cual no es vacía retórica considerarlos miembros de aquella ideal sociedad republicana a la que alude la dedicatoria que he recordado, al iniciar estas consideraciones.



JUSTICIA CONSTITUCIONAL. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año II, N.º 3, enero - junio, Lima, 20065

Revista de Revistas

- A. América
  Cuestiones Constitucionales
  Boletín Mexicano de Derecho Comparado
- B. Europa
  Teoría y Realidad
  Revista Española de Derecho Constitucional

A. América

Cuestiones Constitucionales

N.º 14, enero-junio, 2006

Contenido

Artículos Doctrinales

- La dignidad de la persona en la Constitución española: naturaleza jurídica y funciones
- Os direitos fundamentais em Macau no quadro da transição: algumas considerações
- Dignidad humana como categoría normativa en Polonia
- Separación de poderes y garantías individuales: la Suprema Corte y los derechos de los contribuyentes
- La reforma política que espera Argentina
- Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario
- El constitucionalismo de Norberto Bobbio: un puente entre el poder y el derecho

Comentarios Jurisprudenciales

- Genocidio
- a) Comentarios sobre la sentancia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso de los «halcones»
- b) Genocidio, imprescriptibilidad y retroactividad (comentario a la sentencia del recurso de apelación 1/2004-PS)
- c) El caso Echeverría: ¿prohibición de genocidio versus irretroactividad de la ley?
- Sobre las respuestas (in)correctas en el derecho: a propósito del «desafuero» de Andrés Manuel López Obrador

Comentarios Legislativos

- El ministerio público chiapaneco como órgano constitucional autónomo
- Primer código procesal constitucional de alcance nacional en Latinoamérica: comentarios a la Ley 28237

Justicia Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*
Año I, N.º 2, agosto - diciembre, Lima, 2005

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

BOIX PALOP, Andrés, Las convalidaciones legislativas

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Interpretación constitucional

JELLINEK, Georg, Consideraciones sobre la Teoría general del Estado

VALERO HEREDIA, Ana, Constitución, libertad religiosa y minoría de edad

BOLETÍN MEXICANO DE DERECHO COMPARADO

Nueva Serie Año XXXIX

N.º 115, enero-abril, 2006

ARTÍCULOS

- La justicia constitucional local en México. Presupuestos, sistema y problemas
- Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina
- Ética en el Poder Legislativo
- Discriminación de precios, dumping y depredación. Tres disciplinas, un fenómeno económico
- El Registro de Comercio Público. Una disquisición retrospectiva
- El «poder exterior» de las regiones italianas, en perspectiva comparada
- Principios constitucionales y reforma de la Constitución
- El nuevo régimen español de arbitraje. Orígenes y perspectivas

BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO OCHOA, José Luis, La igualdad en ciernes. La prohibición de discriminar en cartas fundamentales europeas

INFORMACIÓN

- Criminalidad y globalización

B. Europa

Teoría y Realidad

Año: 2006, N.º 17

Encuesta

Sobre el Senado y su hipotética reforma. Encuestados: Eliseo Aja Fernández, Oscar Alzaga Villaamil, Javier García Roca, Angel Garrorena Morales, Juan José Solozábal Echavarría

Estudios

Los votos en el Bundesrat / Hans Meyer

De un Senado a otro / Ramón Punset Blanco

La reforma constitucional del Senado / Joaquín V. Varela Suanzes

Las primeras teorías sobre el Senado en España / Ignacio Fernández Sarasola

A vueltas con la reforma constitucional del Senado : de las opciones a las decisiones / Piedad García-Escudero Márquez

Senado, Estado autonómico y colaboración legislativa / María Asunción García Martínez

La reforma constitucional del Senado en su función de cámara designante / Cristina Pauner Chulvi

Notas

El Senado como cámara representativa de intereses: una propuesta no ortodoxa / Manuel Ramírez Jiménez

La reforma del Senado italiano: luces y sombras / Tommaso Edoardo Frosini

El Senado argentino: actualidad y perspectivas de futuro / Gerardo Pisarello Prados

La representación territorial: ¿representación política o representación de intereses? / Claro José Fernández-Carnicero González

Breves apuntes sobre el Senado y los entes locales / Pablo García Mexia

El Senado y la Conferencia de Presidentes / Fernando Reviriego Picón

La «catarsis» del Senado español / Juan José Ruiz Ruiz

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Senado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional / María Isabel MARTÍN DEL LLANO, María SALVADOR MARTÍNEZ

RECENSIONES

Francisco J. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «El debate sobre la reforma del Senado», Secretaría General del Senado, Madrid, 2004 /

Enrique GUILLÉN LÓPEZ «El debate sobre la reforma del senado / Francisco J. Gutiérrez Rodríguez»

Vicente A. SANJURJO, «Senado y modelo territorial», Temas del Senado 2004 /

Abraham BARRERO ORTEGA «Senado y modelo territorial : segundas Cámaras y estructura del Estado en los procesos constituyentes español e italiano / Vicente A. Sanjurjo Rivo»

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Año 26, N.º 76, enero-abril, 2006

ESTUDIOS

Luis María DÍEZ-PICAZO: Límites internacionales al poder constituyente.

Tomasso EDOARDO FROSINI: El Estado de Derecho se ha detenido en Guantánamo.

Juan Luis REQUEJO PAGÉS: Dependencias y servidumbres del Juez independiente.

Anamari GARRO VARGAS: El debate sobre la reforma del recurso de amparo en España. Análisis de algunas de las propuestas a la luz de la Constitución.

NOTAS

Francisco BALAGUER CALLEJÓN: Crónica política y legislativa de 2005.

Manuel ARAGÓN REYES: Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo.

José AMÉRIGO ALONSO y José Joaquin JEREZ CALDERÓN: El procedimiento de revisión constitucional en dos legislaturas: Un análisis comparado e histórico.

Jurisprudencia

Actividad de Tribunal Constitucional: Relación de sentencias dictadas durante el tercer cuatrimestre de 2005. (Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid)

Doctrina del Tribunal Constitucional tercer cuatrimestre 2005

Estudios Críticos

Hidemberg Alves Da Frota: Reflexoes sobre o princípio tridimensional da proporcionalidade.

Alejandra Boto Álvarez: Sobre El principio non bis in idem y la importancia de la técnica legislativa (Al hilo de la STC 188/2005, de 7 de julio).

Crítica de Libros

Joaquin Varela Suanzes-Carpegna: Proyectos constitucionales en España.

Enoch Alberti Rovira: El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica.

Reseña Bibliográfica. Noticias de Libros

«Raúl Bocanegra Sierra y Alejandro Huerga Lora: La Conferencia de Presidentes», por Antonio Calonge Velázquez

«Eliseo Aja y Laura Díez (coords.): La regulación de la inmigración en Europa», por Ana Ruiz Legazpi.

«Juan Carlos Gavara De Cara: Contenido y función del término de comparación en la aplicación del juicio de igualdad», por Fernando Rey Martínez.

«Raúl Canosa Usera: Constitución y Medio Ambiente», por Ángel B. Gómez Puerto.

Se terminó de imprimir, en los talleres
de GRÁNDEZ *Gráficos S.A.C.*
el día 07 de diciembre de 2006,
por encargo de Palestra Editores
www.grandezgraficos.com
Telef.:(511)531-4658