

REVISTA INDEXADA EN LATINDEX  
www.latindex.org.unam.mx

(52)  
ISSN: 2308-5401  
Luzet

# IPEF

REVISTA JURÍDICA DEL  
INSTITUTO PERUANO DE ESTUDIOS FORENSES

Revista de Análisis Técnico - Jurídico Especializado en Derecho y Jurisprudencia



AÑO XII - N° 70  
JUNIO 2016  
LIMA, PERU.

EDITOR:  
LIBRERÍA Y EDICIONES  
JURÍDICAS EIRL



53  


## ENSAYO: APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

Luis Alberto Garzón Castillo (\*)

### RESUMEN

La aplicación de la Ley Penal en el tiempo constituye un tema de complejo análisis por cuanto en las decisiones judiciales no se aplican « de oficio » estas interpretaciones de la ley por considerarse que su pronunciamiento, cuando se determina una opinión favorable al reo, puede traer consigo algún comentario de parcialidad hacia la parte beneficiada, situación que muchas veces pretenden evitar los Magistrados del Poder Judicial a efectos de salvaguardar su imagen.

En efecto, la aplicación de las normas penales en el tiempo, como la retroactividad o ultractividad benigna, permiten que la excepción a la regla de que todas las leyes se aplican para el futuro, puede ser aplicada en favor del reo que así lo requiera y ello demuestra que nuestra Constitución Política establece una apertura para priorizar el respeto a la dignidad de la persona humana en lugar de la aplicación mecánica de una norma penal, con ello de cierta manera se "humaniza" la administración de justicia para que sus decisiones respeten al ser humano por encima de todo. En el presente ensayo se pretende definir a la luz de las sentencias del Tribunal Constitucional, en qué consisten estos conceptos de retroactividad o ultractividad benigna que constituyen verdaderas herramientas para lograr sentencias plenas de justicia.

### ABSTRACT

The application of the criminal law in time is a matter of complex analysis because judicial decisions do not apply «ex officio» these interpretations of the law on the grounds that its pronouncement, when favorable to the defendant opinion is determined, can bring get some comment of bias towards the benefit side, a situation that often seek to avoid the Magistrates of the Judiciary in order to safeguard their image.

Indeed, the application of criminal laws in time, as retroactivity or benign ultractividad, allow the exception to the rule that all laws apply to the future, can be applied in favor of the defendant so requires and this shows that our Constitution provides an opening to prioritize respect for the dignity of the human person rather than the mechanical application of criminal law, thus in some way the administration of justice humanizes so that their decisions respect the human being above all.

In this essay it is to define in the light of the judgments of the Constitutional Court, what these concepts of retroactivity or benign ultractividad which are real tools to achieve full sentences justice.

### PALABRAS CLAVES

1. Retroactividad. 2. Ultractividad. 3. Benignidad. 4. Constitución Política del Estado. 5. Acción de inconstitucionalidad

### KEYWORDS

1. Retroactivity. 2. Ultractividad. 3. Kindness. 4. State constitution. 5. Unconstitutional action

Fecha de recepción de originales: 10 de Mayo de 2016.

Fecha de aceptación de originales: 27 de Mayo de 2016.

- Doctor en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Maestro en Derecho Penal por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Maestro en Desarrollo y Defensa Nacional por el Centro de Altos Estudios Nacionales.

54

## I.- INTRODUCCIÓN:

Como regla general las Leyes Penales son irretroactivas, es decir, rigen hacia el futuro; sin embargo, como excepción las disposiciones legales en materia penal pueden ser retroactivas y ultractivas, en cuyo caso se habla de la retroactividad o ultractividad benigna de la Ley Penal en el tiempo.

En lo que respecta a la retroactividad de la Ley Penal, ésta se da cuando resulta más beneficiosa al reo, lo que se encuentra previsto en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú<sup>1</sup>; aun cuando los hechos hayan ocurrido durante la vigencia de una Ley que en la actualidad ha quedado derogada precisamente por la Ley que busca aplicarse retroactivamente.

En lo concerniente a la ultractividad de la Ley Penal, ésta se dará cuando a pesar que una Ley ha quedado derogada por otra que se da con posterioridad, sin embargo, al ser más benigna la Ley derogada, esta seguirá surtiendo efectos ultractivos; lo que nos lleva a la conclusión que una Ley o Norma a pesar de haber quedado derogada o abrogada, seguirá aplicándose en el tiempo.

Esto nos lleva a tratar otro tema, que también se encuentra íntimamente relacionado; es decir, de qué manera puede restarse los efectos a una Ley que si bien ha quedado derogada, puede seguir surtiendo efectos. En este caso la propia Constitución Política del Perú nos tiene la respuesta a través del artículo 103 ya mencionado y también a través del artículo 204 de la Carta Magna<sup>2</sup>, cuando señala que una Ley puede quedar sin efecto por una Demanda de Inconstitucionalidad que se declara Fundada.

## II.- RETROACTIVIDAD BENIGNA DE LA LEY PENAL:

Cuando hablamos de la Retroactividad Benigna nos estamos refiriendo a una Ley Penal o Sustantiva, descartándose la Ley Procedimental que se aplica al momento o al instante en que se

expide la norma adjetiva. Cabe mencionar en ese sentido que las normas penitenciarias han sido asimiladas o consideradas por el Tribunal Constitucional como Normas Procedimentales; en ese sentido podemos citar diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como es el caso del EXP. N° 2196-2002-HC/TC, la misma que hace referencia al Tempus Regit Actum, según la cual se aplicará aquella Ley penitenciaria que esté vigente cuando se solicita el beneficio penitenciario; en ese sentido procedemos a transcribir dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional:

**EXP. N° 2196-2002-HC/TC**  
**LIMA**  
**CARLOS SALDAÑA SALDAÑA**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

*En Lima, a los 10 días del mes de diciembre de 2003, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia*

### **ASUNTO**

*Recurso extraordinario interpuesto por don Carlos Saldaña Saldaña contra la sentencia de la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 189, su fecha 14 de agosto de 2002, que declaró improcedente la acción de hábeas corpus de autos.*

### **ANTECEDENTES**

*El accionante, con fecha 25 de julio de 2002, interpone acción de hábeas corpus contra el Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima y la Segunda Sala Penal para Procesos Ordinarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, alegando que se le sigue proceso penal ante el Vigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, por*

- 1 Artículo 103°.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.
- 2 Artículo 204°.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

55  
*[Handwritten signature]*

se presenta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas (Expediente N.º 153-01). Sostiene que a su caso es aplicable el Decreto Ley N.º 25824, que modificó el artículo 137º del Código Procesal Penal, norma vigente al momento de su detención que se efectuó el 8 de octubre de 1999, por lo que estando detenido más de 32 meses, sin estar motivado que prorrogue el plazo de su detención, debe ordenarse su inmediata excarcelación.

Realizada la investigación sumaria, el juez para emplazado sostiene en su declaración explicativa que el expediente N.º 153-01 se tramitó cuando estaba a cargo del despacho la Jueza Sonia Medina Calvo, quien emitió informe final el 10 de mayo de 2002 y elevó el expediente el 1 de julio del mismo año. Por su parte, el Presidente de la Sala Penal emplazada manifiesta que el expediente N.º 153-01 se encuentra en la Fiscalía desde el 3 de julio de 2002, para la emisión del dictamen de ley.

El Primer Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 31 de julio de 2002, declaró improcedente la demanda, por estimar que al accionante le es aplicable la Ley N.º 27553 y, por lo tanto, el plazo máximo de detención no ha transcurrido.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

**FUNDAMENTOS**

1. De acuerdo al documento obrante a fojas 163 de autos, don Carlos Saldaña Saldaña se encuentra detenido desde el 8 de octubre de 1999 por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas; en consecuencia, debe aplicarse a su caso el Decreto Ley N.º 25824, al haber cumplido el plazo de detención de 15 meses cuando aún regía dicha norma modificatoria del artículo 137º del Código Procesal Penal.
2. Determinado el contexto normativo aplicable, resulta necesario precisar que el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 55º de la Ley N.º 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, a propósito de lo resuelto en el Expediente N.º 330-2002-HC, distinguió entre la duplicidad del plazo de detención, por un lado, y su prolongación, por otro, estableciendo como línea interpretativa que, tratándose de delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, previstos en el

primer párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal, el plazo límite de detención se duplicará automáticamente, y sólo en los casos del segundo párrafo de la citada disposición procesal, que se refiere a la prolongación de la detención por un plazo igual al límite, ésta se acordará cumpliendo los requisitos que para tal efecto han sido establecidos.

3. En torno a ello, debe enfatizarse que si bien es cierto que el artículo 137º del Código Procesal Penal otorga la libertad por exceso de detención al vencerse los plazos establecidos, también lo es que dicha norma de excarcelación prevé que no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculpado o su defensa, situación que en el presente caso no ha sido dilucidada por los órganos judiciales ordinarios, pese a constituir una circunstancia relevante cuyo conocimiento podría contribuir a que se resuelva sin equívoco si le asiste o no al actor el derecho de excarcelación que alega en su demanda, por lo que resulta necesario que el juzgador de sede ordinaria indague y determine si en el caso de autos se produjo alguna inapropiada conducta procesal atribuible al actor con el objeto de dilatar los términos de su proceso.
4. Conviene precisar que el análisis de una norma de contenido imperativo como la establecida en el artículo 137º del Código Procesal Penal, exige que la judicatura penal sea respetuosa del derecho prevalente de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable, situación que, prima facie, no puede predicarse de la conducta funcional de los magistrados demandados, si se tiene en cuenta que el actor se halla detenido desde hace 50 meses sin que se haya resuelto su situación jurídica, por lo que eventualmente los demandados podrían ser pasibles de las sanciones que les resulten aplicables por ley.
5. Considerando que el caso sub exámine plantea un conflicto en la aplicación temporal de normas, este Tribunal estima pertinente formular algunas afirmaciones de principio con el propósito de orientar la absolución de controversias en cuanto al derecho a la libertad individual se refiere.

Quando se presenta una sucesión de leyes penales aplicables a un determinado supuesto de hecho en el lapso que va desde la comisión del delito hasta su enjuiciamiento y,

más allá, hasta la finalización de la condena impuesta, surge la cuestión relativa a la selección de una de ellas para la resolución del conflicto planteado.

6. Específicamente, en el ámbito del sistema jurídico penal, el problema de la ley aplicable en el tiempo está supeditado a si la disposición se deriva del derecho penal material, del derecho procesal penal o del derecho de ejecución penal.

Al respecto, cabe afirmar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como principio general que la ley no tiene efectos retroactivos, conforme lo proclama el artículo 103°, tercer párrafo, de la Constitución Política del Perú; sin embargo, esta cláusula constitucional se encuentra matizada por el principio de favorabilidad, que establece una importante excepción en el caso de que la nueva ley sea más favorable al reo. Ello precisamente porque la prohibición de retroactividad es una prohibición garantista, y establece una preferencia a las leyes que despenalizan una conducta o que reducen la penalidad. De igual modo, el alcance de este principio se manifiesta en la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o conflicto entre leyes penales, como así lo consagra el artículo 139°, inciso 11), de la Constitución.

7. Precisada esta regla general, debe aclararse que, tratándose de normas de derecho penal material, rige para ellas el principio *tempus delicti commissi*, que establece que la ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con el artículo 2° de la Constitución, literal «d» del numeral 24, que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se instituye así un razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal, fijando límites de aplicación a las normas punitivas.
8. En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior.

9. En el caso de las normas de ejecución penal, específicamente en lo que a la aplicación de determinados beneficios penitenciarios se refiere, resulta ejemplar la Ley N.° 27770 (que regula el otorgamiento de beneficios penales y penitenciarios a aquellos que cometen delitos graves contra la administración pública), que, a juicio de este Tribunal, por no tratarse de una ley penal material, sus disposiciones deben considerarse como normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados.

En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas como la Ley N.° 27770 ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, como la de solicitar un beneficio penitenciario, no debe aplicarse.

10. Al respecto, este Colegiado considera que el momento que ha de marcar la legislación aplicable para resolver un determinado acto procedimental, como el que atañe a los beneficios penitenciarios, está representado por la fecha en el cual se inicia el procedimiento destinado a obtener el beneficio penitenciario, esto es, el momento de la presentación de la solicitud para acogerse a éste.

Verbi gratia, si en plena vigencia de la Ley N.° 27770 el interno que purga condena por cualquiera de los delitos contemplados en el artículo 2° de la mencionada ley, presenta la solicitud de beneficio penitenciario, la resolución de su petición quedará sujeta a los alcances de esta ley y no de otra, sin perjuicio de que cualquier modificación de las condiciones para acogerse a cualquiera de los beneficios penitenciarios contemplados por esta ley especial de ejecución penal, no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno.

57  
Pentón

11. *Es menester enfatizar que los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como derechos subjetivos de los internos, ciertamente condicionados, porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que está sujetos a presupuestos establecidos en la norma, los que aun si fueran cumplidos por el sentenciado no constituyen un factor decisivo para su concesión, pues su otorgamiento estará librado a la evaluación judicial de si el condenado se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, habida cuenta que la justificación de las penas privativas de la libertad es la de proteger a la sociedad contra el delito.*
12. *Por lo anteriormente expuesto, resulta de aplicación al presente caso el artículo 42° de la Ley N.° 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional, al haberse producido un quebrantamiento de forma en los términos que se detallan en el fundamento N.° 3 de la presente sentencia.*

**FALLO**

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

*Ha resuelto*

1. *Declarar nula la recurrida e insubsistente la apelada.*
2. *Declarar nulo todo lo actuado desde fojas 155.*
3. *Disponer que el Juez investigador cumpla con lo señalado en el fundamento N.° 3 de la presente sentencia.*
4. *Incorporar como parte integrante de este fallo las precisiones expuestas en los fundamentos N.°s 9 y 10, que hacen referencia a la Ley N.° 27770.*
5. *Remitir copias de esta sentencia al Poder Judicial, al Consejo Nacional de la Magistratura y a la Fiscalía de la Nación, para los fines de ley.*

Como ejemplo de Retroactividad Benigna de la Ley Penal podemos citar lo siguiente: Juan comete el delito de Asesinato que merece una pena no menor de 15 años de privación de la libertad; sin embargo, con posterioridad se da otra norma que establece una pena mínima no menor de 10 años; en ese caso se aplicará la última por ser más benigna, a pesar de que los hechos ocurrieron durante la vigencia de la anterior Ley.

**III.- ULTRACTIVIDAD BENIGNA DE LA LEY PENAL:**

La Ley Penal también puede ser Ultractiva, es decir, como se había indicado en la parte introductoria, una Ley Penal a pesar de haber sido derogada por otra Ley Penal, puede seguir surtiendo efectos ultractivos en el tiempo; ello siempre y cuando favorezca al reo, lo que constituye un requisito sine qua non.

Como ejemplo podemos citar el hecho de que una Ley Penal establezca como sanción para el delito de homicidio calificado una pena no menor de 15 años de privación de la libertad; sin embargo, con posterioridad se da otra Ley que establece una modificación al Artículo 108 del Código Penal que tipifica el delito de Asesinato, con una pena no menor de 25 años de privación de la libertad, en ese caso, como la última Ley resulta más gravosa, se aplicará la primera ultractivamente, a pesar de haber quedado derogada parcialmente.

Podemos citar otro ejemplo: Es el caso del artículo 47 del Código Penal que fue materia de modificación por virtud de la Ley 28568, que consideró la detención preventiva similar a la detención domiciliaria, a razón de un día de pena privativa de libertad por un día de detención preventiva o detención domiciliaria; sin embargo, el Legislador al percatarse que se habían equivocado, expidieron la Ley N° 28577, que derogó a la anterior Ley y que volvió a la redacción anterior, es decir, un día de pena privativa de libertad por un día de detención preventiva, tal como está redactado en la actualidad el Artículo 47 del Código Penal. Empero, en este caso ocurrió algo inusual, es decir, que a pesar de haber sido derogada la anterior Ley (28568) siguió surtiendo efectos ultractivos, en otras palabras hubieron muchas personas que podían invocarla, motivo por el cual el Congreso de la República tuvo que plantear una Demanda de Inconstitucionalidad contra la primera Ley, la cual fue declarada Fundada y quitado sus efectos en consecuencia; pero ello de ninguna manera evitó que mucha gente pudiera seguir invocándola.

En el presente caso podemos citar la Sentencia del Tribunal Constitucional (0019-2005-PI/TC), en su parte pertinente, que declaró la Inconstitucionalidad de la Ley 28568, quitándole de esta manera sus efectos ultractivos, los mismos que habían quedado intactos a pesar de haber sido derogada por la Ley 28577; así tenemos:

inconstitucionalidad del Artículo Único de la Ley N.º 28568, que modifica el artículo 47º del Código Penal, y que, consecuentemente, se declaren nulos todos sus efectos.

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
PLENO JURISDICCIONAL  
0019-2005-PI/TC**

**SENTENCIA  
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
Del 21 de Julio de 2005**

**Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (demandantes)  
c. Congreso de la República (demandado)**

**Asunto:**

*Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal.*

**II. DATOS GENERALES**

Tipo de proceso : Proceso de inconstitucionalidad.  
Demandantes : 31 Congresistas de la República.  
Normas sometidas a control : Artículo Único de la Ley N.º 28568.

Bienes constitucionales cuya afectación se alega:

Derecho a la igualdad ante la ley (inciso 2 del artículo 2º de la Constitución) y el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22 del artículo 139º de la Constitución)

Petitorio : Que se declare la

**III. NORMA CUESTIONADA**

La norma impugnada es la Ley N.º 28586, cuyo Artículo Único dispone:

«Artículo Único.- Modificase el artículo 47º del Código Penal, el mismo que quedará redactado de la siguiente manera:

Artículo 47º: El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.

Si la pena correspondiente al hecho punible es la de multa o limitativa de derechos, la detención preliminar, preventiva o domiciliaria, se computará a razón de dos días de dichas penas por cada día de detención».

**2. Contestación de la demanda**

Con fecha 18 de julio de 2005, el apoderado del Congreso de República contesta la demanda refiriendo que la ley cuestionada ha sido derogada mediante la Ley N.º 28577, publicada en el diario oficial El Peruano el 9 de julio del presente año, motivo por el cual solicita que el Tribunal Constitucional declare que en el presente caso se ha producido la sustracción de la materia.

**V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES**

El Tribunal Constitucional considera que, en la presente causa, deben abordarse los siguientes aspectos:

- **Con relación al objeto de pronunciamiento:**
  - a) Delimitar el objeto de control en la presente causa, para lo cual será pertinente precisar cuáles son los extremos normativos de la ley impugnada que los demandantes consideran inconstitucionales.
  - b) Determinar si la derogación de la ley impugnada tiene como efecto la sustracción de la materia controvertida.

59

☐ **Con relación al fondo del asunto:**

- c) *Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención preventiva sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención.*
- d) *Analizar la constitucionalidad de la ley impugnada en el extremo que permite que el tiempo de detención domiciliaria sea abonado al cómputo de la pena, a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención. Para tales efectos, en el siguiente orden, corresponderá:*
  - d.1) *Determinar la naturaleza jurídica de la detención domiciliaria, por un lado, así como sus diferencias sustanciales con la detención judicial preventiva y con la pena privativa de libertad, por otro.*
  - d.2) *Analizar los criterios desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con relación al arresto domiciliario.*
  - d.3) *Evaluar el tratamiento que la ley impugnada dispensa al arresto domiciliario a la luz del principio de igualdad.*
  - d.4) *Analizar las distintas teorías sobre la finalidad que cumple la pena privativa de libertad, desde la perspectiva del Derecho Penal.*
  - d.5) *Analizar la relación entre el Derecho Penal y la Constitución.*
  - d.6) *Analizar los fines de la pena desde una perspectiva constitucional.*
  - d.7) *Determinar si la ley impugnada afecta de modo desproporcionado los fines de la pena en el Estado social y democrático de derecho, para lo cual será necesario acudir al test de proporcionalidad.*

☐ **Con relación a los efectos de la sentencia:**

- e) *Determinar sus efectos en el tiempo.*
- f) *Determinar sus alcances en lo que a los procesos en trámite se refiere.*

**VI. FUNDAMENTOS**

1. *Los demandantes solicitan que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28658, promulgada por el Presidente del Congreso el 3 de julio de 2005 y publicada en el diario oficial El Peruano al día siguiente, mediante la cual se modifica el artículo 47º del Código Penal.*
3. **El abono del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad**
7. *El Tribunal Constitucional considera que no existe vicio alguno de inconstitucionalidad en la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sea computado a razón de «día por día» con la pena privativa de libertad. Y ello a pesar de su distinta naturaleza.*

*Este Colegiado ha destacado anteriormente que la detención preventiva no puede, en ningún caso, ser concebida como una sanción punitiva, es decir, como aquella aplicada luego de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que asiste a toda persona (literal e, inciso 24 del artículo 2º de la Constitución) en un proceso acorde con cada una de las manifestaciones del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidas en la Norma Fundamental, principalmente en su artículo 139º.*
10. *En consecuencia, en los fundamentos siguientes el Tribunal Constitucional centrará su análisis en determinar si dicha constitucionalidad también se puede predicar respecto al arresto domiciliario, o si, acaso, en este extremo, la disposición cuestionada vulnera algún derecho, principio y/o valor constitucional.*
12. *Sin embargo, como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.*

*Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta «optimizando» la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto;*





de ahí que, en estricto, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los límites que en su virtud les resulten aplicables, forman una unidad.

18. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, no puede considerar al ordenamiento infraconstitucional, por sí solo, como el factor determinante de sus interpretaciones. Motivo por el cual, es necesario revisar si, desde una perspectiva constitucional, puede equipararse el arresto domiciliario con la detención preventiva. Para tales efectos, debe recurrirse al uniforme criterio que este Tribunal ha expuesto sobre el particular y que, dentro de este contexto, constituye jurisprudencia vinculante para todos los poderes públicos.
19. Así, en el Caso Chumpitaz Gonzales (STC 1565-2002-HC), en el que se pretendió cuestionar la constitucionalidad del dictado de un arresto domiciliario, este Colegiado señaló:

«[L]o primero que este Tribunal Constitucional debe destacar, teniendo en consideración los términos en que se ha formulado la pretensión, es que el análisis del presente caso no es sustancialmente igual a otros que, con anterioridad, se haya pronunciado (...).

En efecto, en el presente caso se cuestiona que el juzgador haya decretado contra el beneficiario el mandato de comparecencia con detención domiciliaria, mientras que en los casos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, se cuestionaba supuestos de detención judicial preventiva. Tales figuras, desde luego, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios, pues es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, la detención judicial preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial, se trata siempre de una medida cuya validez constitucional se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto que comporta una restricción, en términos plenarios, de la libertad

locomotora del afectado con ella.»  
(Fundamento 2).

21. Basándose en estos criterios jurisprudenciales, el Tribunal Constitucional precisó en el Caso Arbulú Seminario (STC 1725-2002-HC) que no es posible acumular el plazo de la detención domiciliaria al plazo de la detención preventiva para efectos de establecer si ha vencido, o no, el plazo máximo de detención del artículo 137º del Código Procesal Penal. Primero, porque dicho plazo sólo es aplicable a la detención preventiva; y, segundo, porque, tal como ha establecido este Tribunal en el Caso Berrocal Prudencio (STC 2915-2002-HC, Fundamentos 18 a 31) en relación con la detención judicial preventiva, en criterio que, mutatis mutandis, es aplicable a la detención domiciliaria, para determinar si existe, o no, afectación del derecho a que la libertad personal no sea restringida más allá de un plazo razonable, no es un elemento determinante la fijación de un plazo legal, sino el análisis de ciertos criterios a la luz de cada caso concreto.

Estos criterios son: a) la diligencia del juez en la merituación de la causa; b) la complejidad del asunto; y c) la conducta obstruccionista del imputado.

23. Así pues, tal como a la fecha se encuentran regulados el arresto domiciliario y la prisión preventiva, y aun cuando comparten la condición de medidas cautelares personales, son supuestos sustancialmente distintos en lo que a su incidencia sobre el derecho fundamental a la libertad personal respecta; ello porque, en el caso del arresto domiciliario, el ius ambulandi se ejerce con mayores alcances; no existe la aflicción psicológica que caracteriza a la reclusión; no se pierde la relación con el núcleo familiar y amical; en determinados casos, se continúa ejerciendo total o parcialmente el empleo; se sigue gozando de múltiples beneficios (de mayor o menor importancia) que serían ilusorios bajo el régimen de disciplina de un establecimiento penitenciario; y, en buena cuenta, porque el hogar no es la cárcel.

**§6. Obligación del legislador de respetar el principio de igualdad en el tratamiento de las instituciones**

24. En consecuencia, si bien cabe alegar una sustancial identidad entre los efectos personales de la prisión preventiva y los que genera la pena privativa de libertad, lo cual justifica que el tiempo de aquella se abone

61  
*[Handwritten signature]*

para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención, en modo alguno puede sostenerse lo mismo en lo que a la detención domiciliaria respecta.

Sin embargo, el legislador, a través de la ley impugnada, dispensó igual trato a ambos supuestos (el arresto domiciliario y la detención preventiva), con lo cual implícitamente está afirmando que la detención domiciliaria genera la misma incidencia sobre la libertad personal que la producida mientras se cumple pena privativa de libertad en un centro penitenciario. En otras palabras, el Congreso de la República ha optado por generar una «identidad matemática» entre el arresto domiciliario y la pena privativa de libertad, permitiendo que aquel y ésta sean equiparados, de manera tal que cada día de permanencia de la persona en su hogar o en el domicilio por ella escogido, sea homologado como un día purgado de la pena privativa de libertad, en el caso que sea dictada una sentencia condenatoria.

Tal hecho, de conformidad con lo expuesto, resulta manifiestamente irrazonable y contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada.

Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal

«(...) la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial.» (Caso Antejuiicio Político. STC 0006-2003-AI, Fundamento 18).

En efecto, es al Poder Judicial -encargado de ejercer la administración de justicia que emana del pueblo (artículo 138° de la Constitución)- a quien corresponde establecer las responsabilidades penales. Ello quiere decir que el Poder Judicial es el órgano que, en estricto respeto del principio de legalidad penal, y con la independencia que la Constitución le concede y exige (inciso 2 del artículo 139° e inciso 1 del artículo 146° de la Constitución), debe finalmente reprimir las conductas delictivas comprobadas en un debido proceso, con la pena que resulte correspondiente.

50. Por las razones expuestas, este Tribunal considera inconstitucional la disposición impugnada en el extremo que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto domiciliario.

Ello significa que es inconstitucional la frase «y domiciliaria» del primer párrafo del artículo 47° del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28568.

**§11. Efectos en el tiempo de la presente sentencia**

51. En mérito a la «fuerza de ley» atribuida a las sentencias del Tribunal Constitucional, y a la luz de una interpretación que concuerda el artículo 204° de la Constitución, que establece la función de este Tribunal de dejar sin efecto las leyes que resulten incompatibles con la Norma Fundamental, con el artículo 103° de la Constitución, que establece que ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo, el legislador del Código Procesal Constitucional ha establecido en su artículo 83°, que:

«Las sentencias declaratorias de (...) inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103° (...) de la Constitución.(...)».

Es decir, dicho precepto autoriza a que, en virtud de una sentencia de este Colegiado expedida en los procesos de inconstitucionalidad, se declare la nulidad de resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo.

52. No obstante, el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente.

La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación.

De ahí que, como quedó dicho, por ejemplo, las leyes inconstitucionales que conceden algún beneficio para el reo no podrán

desplegar tales efectos porque, siendo el control difuso un poder-deber de toda la judicatura (artículo 138° de la Constitución), el juez a quien se solicite su aplicación retroactiva deberá inaplicarla por resultar incompatible con la Constitución.

La retroactividad benigna sustentada en una ley inconstitucional carece de efectos jurídicos.

53. Asimismo, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable debe ser ponderada a partir de una equilibrada valoración comparativa con la finalidad que cumplen las penas en contextos de especial convulsión social. Así, por ejemplo, si en dicho escenario

«(...) se agravan las penas de los delitos de hurto y de robo con fuerza en las cosas para evitar el pillaje y los saqueos que propicia tal situación excepcional, no resultará desproporcionada la imposición de tales penas cuando en un momento posterior a la vigencia temporal de dicha ley penal se juzguen los hechos acaecidos durante la misma y se aplique, no la nueva ley más favorable, sino la anterior más dura. La nueva ley se debe a que ha cambiado el contexto fáctico relevante para la valoración penal concreta de la conducta, pero no la valoración penal que merecen los comportamientos realizados en tales circunstancias. Es más: el legislador seguirá considerando que la pena anterior era la más adecuada a la solución del conflicto suscitado -era la mínima necesaria y proporcionada para proteger ciertos bienes en ciertas circunstancias-, por lo que lo que produciría la aplicación de las nuevas penas, las más leves, es la parcial desprotección de ciertos bienes sociales esenciales». (Lascuráin Sánchez, Juan Antonio. Sobre la retroactividad penal favorable. Madrid: Cuadernos Civitas, 2000, p. 38).

56. Así, por ejemplo, en el Caso Legislación Antiterrorista (STC 0010-2002-A1), en relación con el artículo 103° de la Constitución, este Colegiado ha sostenido que:

«(...) tal regla, al autorizar la eventual realización de un nuevo juzgamiento, no limita la posibilidad del Tribunal Constitucional de modular los efectos en el tiempo de su decisión. Es decir, de autorizar que el propio Tribunal, en

su condición de intérprete supremo de la Constitución, pueda disponer una vacatio sententiae, y de esa manera permitir que el legislador democrático regule en un plazo breve y razonable, un cauce procesal que permita una forma racional de organizar la eventual realización de un nuevo proceso para los sentenciados por el delito de traición a la patria.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N°. 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo (...).

57. De esta manera, reafirmando sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, este Colegiado llevó a cabo un justo balancing entre los derechos subjetivos de las personas acusadas de la comisión del delito de terrorismo y el interés de la sociedad de reprimir un delito de inestimable gravedad para la estabilidad del orden democrático, y frente al que el Constituyente había mostrado su especial repudio (literal f, inciso 24 del artículo 2°, y artículos 37° y 173° de la Constitución).
62. En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82° del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales.

#### VII. FALLO

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

#### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad de autos.
2. Declarar la inconstitucionalidad de la frase «y domiciliaria» del primer párrafo del artículo

63  
Garzón

47° del Código Penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N.º 28658. En consecuencia,

A) **Con relación al efecto normativo de esta sentencia:**

Inconstitucional el extremo de la disposición que permite que el tiempo de arresto domiciliario sea abonado para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de arresto.

B) **Con relación al efecto en el tiempo de esta sentencia y a su aplicación a procesos en trámite:**

Ningún juez o magistrado de la República puede aplicar el precepto impugnado, por haber cesado en sus efectos.

En tal sentido, de conformidad con los Fundamento 62 y 63, supra, las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que todavía no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado los efectos inconstitucionales de la ley impugnada.

Del mismo modo, los jueces o magistrados que tengan en trámite medios impugnatorios o de nulidad en los que se solicite la revisión de resoluciones judiciales en las que se haya aplicado el precepto impugnado (en lo que a la detención domiciliaria se refiere), deberán estimar los recursos y declarar nulas dichas resoluciones judiciales, por no poder conceder efecto alguno a una disposición declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Precítese que la obligación de los jueces y magistrados de actuar de conformidad con lo reseñado en los fundamentos 62 y 63 supra, es exigible incluso antes de la publicación de esta sentencia en el diario oficial El Peruano, pues los criterios jurisprudenciales vertidos en relación con las sustanciales diferencias entre el arresto domiciliario y la detención judicial preventiva, imponen la aplicación del control difuso contra la ley impugnada.

3. **Exhorta al Poder Judicial a resolver los procesos penales, en los que existan personas privadas de su libertad, dentro de un plazo máximo de 36 meses, de conformidad con el artículo 137° del Código Procesal Penal.**

4. **Exhorta al Congreso de la República para que, en el Presupuesto 2006, considere plazas suficientes que permitan a los magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público resolver la totalidad de los procesos penales seguidos por delitos de corrupción.**

5. **Exhorta al Ministerio Público a velar por el cabal cumplimiento del principio de legalidad en los procesos judiciales y al cumplimiento de los criterios jurisprudenciales vinculantes del Tribunal Constitucional.**

6. **Exhorta al Consejo Nacional de la Magistratura para que exija los informes trimestrales respecto de los procesos penales en los que no se hayan realizado diligencias durante un plazo razonable, que facilitarían el vencimiento del plazo máximo de detención judicial preventiva.**

**IV.- ANALISIS DEL ARTÍCULO 139 INCISO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU:**

El Artículo 139° establece que: Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

El presente inciso está en estrecha relación con los Principios de Combinación y Retroactividad Benigna de la Ley Penal, establecidos en los artículos 6 y 7 de Libro I de la Parte General del Código Penal, que señalan respectivamente:

Artículo 6. La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley; y,

Artículo 7. Si, según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho.

Los artículos antes mencionados son muy claros al señalar la aplicación inmediata de la ley penal, no obstante, se aplicará la más favorable al

reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.<sup>3</sup>

Los Juristas Enrique y Francisco Chirinos Soto señalan, que la regla en cuanto a la aplicación de la Ley penal en el tiempo, consiste en que es aplicable a un determinado hecho delictivo la Ley vigente al momento de su comisión. Sin embargo esta regla no es absoluta. En la Constitución de 1979 incluimos un precepto que contemplaba la retroactividad de la Ley Penal por razones de benignidad. Junto con esa norma - perfectamente arreglada a la doctrina - se filtraron otras dos, que establecían la retroactividad de las Leyes Laborales y de las tributarias en cuanto fueran más favorables al trabajador y al contribuyente, según el caso. En ambos casos se trató de un verdadero contrabando jurídico, puesto que la retroactividad laboral o tributaria puede resultar afectando legítimos derechos de los empleadores o del Estado. En cambio la retroactividad benigna de la Ley Penal no hace otra cosa que acomodar el juzgamiento a las nuevas posiciones adoptadas por el legislador, sin afectar ningún interés legítimo. La redacción del inciso es, lamentablemente defectuosa. Se ha querido traer el principio procesal del «in dubio pro reo» al terreno de conflicto de Leyes penales en el tiempo. Entre una Ley anterior y una posterior, vinculadas por el mismo delito, la comparación de sus textos permite determinar cuál de ellas es la más favorable y, entonces, esa ley será la aplicable, aunque haya sido promulgada con posterioridad a la comisión del hecho delictivo. Si la Ley anterior es la más favorable regirá el principio inicialmente enunciado en este comentario, según el cual funciona la norma vigente al momento de producirse el hecho, pero si la Ley posterior es más favorable, entonces operará la retroactividad benigna. Ahora bien, para establecer cual norma es la más benigna, hay criterios que aporta la doctrina penal y que se refieren tanto a la penalidad, vale decir, la cuantía de la represión, como a los elementos constitutivos de la figura típica. Esta es una materia que se estudia con la necesaria amplitud en el curso de Derecho Penal General.<sup>4</sup>

#### V.- ANALISIS DEL ARTÍCULO «6» DEL CODIGO PENAL:

El Profesor Luis Alberto Bramont – Arias Torres

en relación con la validez temporal de la Ley penal, señala «que se han desarrollado diversos principios: el principio fundamental de la irretroactividad de la Ley Penal; excepciones del principio fundamental: retroactividad de la ley más favorable; y excepciones a la retroactividad de la Ley más favorable: ultractividad de las leyes Penales temporales y excepcionales. Asimismo señala, en cuanto al Principio de Irretroactividad de la Ley Penal, que constituye uno de los pilares más importantes del principio de determinabilidad de la Ley Penal, y por ello del principio fundamental de garantía del Derecho Penal: el Principio de Legalidad. Conforme al Principio de irretroactividad, al hecho se aplica la Ley que rige al tiempo de su comisión – tempus regit actum -. Desde que es puesta en vigor, cumplidos los actos de sanción, promulgación y publicación y vencido el plazo para su entrada en vigencia, la Ley Penal pasa a regir todos los actos que caen dentro de su dominio y así prosigue hasta que deja de existir, por su derogación o abrogación. Entre estos dos límites, su entrada en vigor y su extensión, se prolonga su validez en el tiempo. No alcanza los hechos que le son anteriores o posteriores: no retrotrae ni tiene ultractividad. De esta suerte las Leyes se suceden, dentro del orden jurídico del Estado, sin colisión en los límites temporales de su vigencia. El principio de la Irretroactividad de la Ley Penal aparece consignado constitucionalmente en el artículo 103 y legislativamente en el artículo 6 del Código Penal. Conforme a este principio, en el Perú, en materia penal (delitos y contravenciones, penas y medidas de seguridad, Derecho Penal complementario y por extensión, también el Derecho Administrativo sancionador o punitivo), «la Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible» (Tempus Regit Actum)), puesto que en ese momento debió obrar la intimidación disuasoria sobre la voluntad. En esa misma línea Roxin señala que, de no respetarse este Principio, se puede caer en la tentación por parte del legislador de introducir o agravar a posteriori las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplicar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. El hecho de impedir que se produzcan Leyes ad hoc, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de derecho»<sup>5</sup>

3 <http://antoniohuancapacheco.blogspot.pe/2013/08/comentarios-al-articulo-139-de-la.html>.

4 CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco. La Constitución Lectura y Comentario. Editorial Rodhas. 5ta. Edición. Mayo 2007. Pág. 379 – 380.

5 BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Alberto. Código Penal Comentado. Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera Edición Septiembre 2004. Pág. 311 – 312.

65

El Profesor Alonso Peña Cabrera señala respecto a las Leyes Temporales y Excepcionales lo siguiente: «Por lo general las Leyes son sancionadas a fin de regir determinadas situaciones de hecho, por un tiempo determinado, posición adecuada de conformidad con el mandato de seguridad jurídica. Sin embargo en algunas oportunidades el Legislador dicta una Ley Penal a regir en un lapso de tiempo establecido en su propio tenor literal. El contexto histórico social de una sociedad puede revelar periodos de especial conmoción pública, estado de ingobernabilidad, protestas sociales, catástrofes naturales, conflicto bélico con una Nación extranjera, etc.; situaciones todas ellas, que ameritan una postura política criminal específica para aplacar las situaciones antes descritas. Son leyes entonces que pasadas las particulares circunstancias que fundaron su expedición, pierden su vigencia normativa. Son Leyes temporales aquellas que tienen previsto un periodo de vigencia concreto, cuyo nacimiento y muerte están unidos bajo una secuencia de orden temporal. Se distingue entre temporal en sentido estricto, o sea, la Ley cuya vigencia se limita en el tiempo a un periodo determinado (días, meses), y temporal en sentido amplio, que corresponde a la que su transitoriedad está determinada por su propia naturaleza, por los sucesos a que se refiere (durante una sequía, una epidemia). El artículo 8 del Código Penal establece que «Las leyes destinadas a regir sólo durante un tiempo determinado se aplicarán a todos los hechos cometidos durante su vigencia, aunque ya no estuvieran en vigor, salvo disposición en contrario». El precepto en mención, importa la vigencia del principio de ultractividad, quiere decir, que no obstante la Ley intermedia ha perdido reconocimiento normativo, al momento de expedirse el fallo, esta deberá ser aplicada por el juzgador al momento de expedir su sentencia, a fin de preservar sus efectos preventivos. La imposición de la pena es necesaria a efectos de cautelar la protección del

bien jurídico que mereció una mayor intensidad de tutela, también para afianzar la conciencia jurídica del colectivo y para no contrariar el principio de igualdad, pues puede que otros autores hayan sido efectivamente sancionados con la Ley temporal, y que por factores únicamente atribuibles a la administración de justicia no se haya podido condenar a tiempo al otro autor que pretenda ser beneficiado con la Ley permanente».<sup>6</sup>

El Profesor Felipe Villavicencio Terreros, haciendo referencia al tiempo del hecho delictivo señala lo siguiente: «Es preciso determinar el momento de comisión del delito para fijar la vigencia temporal de la Ley penal, ya que con ello se permitirá la identificación de la Ley Penal previa y también se podrá resolver los problemas de retroactividad e irretroactividad, ya analizados, como otras interrogantes. Con respecto a este tema en la doctrina se han planteado una serie de teorías; de la acción, del resultado y mixta. Para la teoría de la acción o de la actividad el delito se comete en el momento de la acción, es decir, en el momento en que se exterioriza la voluntad de ejecutar una determinada conducta.

La posición dominante en la doctrina penal considera acertado el criterio de la acción o comportamiento ya que parece el más adecuado desde el punto de vista valorativo, pues es el momento inicial el que determina la contradicción con la norma y por ende da lugar a la tipicidad.<sup>7</sup>

Un ejemplo que puede graficar lo establecido en el artículo 6 del Código Penal, referente a la Retroactividad benigna de la Ley Penal y a su vez a la llamada Sustitución de la Pena, es el caso de la Ley 28002, norma dada en el año 2003, que estableció sanciones más leves para el caso del delito de Tráfico Ilícito de Drogas, todo lo cual se ve plasmado a través del Expediente N° 06157 – 2008 – PHC/TC.

PEÑA – CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal – Parte General. Editorial Rodhas. Segunda Edición. Setiembre 2007. Pág. 89 - 90

VILLAVICENCIO T., Felipe. Derecho Penal – Parte General. Editorial Girjley. Primera Edición. Marzo de 2006. Pág. 184.

**EXP. N.º 06157-2008-PHC/TC**

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 17 días del mes de setiembre de 2010, reunido el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular en que convergen los magistrados Vergara Gotelli y Beaumont Callirgos, que se agrega; y el voto singular del magistrado Eto Cruz, que se acompaña.

**ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Abraham Jiménez Chocan y don Jorge Huanca Alvarado contra la sentencia expedida por la Primera Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, de fojas 205, su fecha 21 de octubre de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos.

**ANTECEDENTES**

Los recurrentes interponen demanda de hábeas corpus contra la Segunda Sala Penal de Cajamarca y contra la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por vulnerar sus derechos constitucionales a la debida motivación, al debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a la libertad individual, así como los principios de legalidad y de retroactividad benigna de la ley penal. Refieren que con fecha 27 de abril de 2001, la Sala Superior demandada los condenó por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, en el proceso penal N.º 99-0715, imponiéndoles una pena privativa de la libertad de 18 años, la misma que fue confirmada mediante ejecutoria suprema del 26 de noviembre de 2001. Señalan que si bien a la fecha en que sucedieron los hechos denunciados el marco legal que se encontraba en vigencia para el delito por el que fueron condenados (artículo 297º del Código Penal) establecía una pena privativa de libertad no menor de 25 años, se les impuso una pena privativa de la libertad de 18 años, es decir, por debajo del mínimo legal. Asimismo, afirman que a partir del 17 de junio de 2003 entró en vigencia la Ley N.º 28002, que modificó el artículo 297º del Código Penal, respecto del cuántum de la pena, fijando un nuevo marco legal, en el que la pena mínima para el delito por el que fueron condenados sería de 15 años; y que, en atención a ello, mediante resoluciones de fecha 28 de diciembre de 2004 y de fecha 17 de mayo de 2005, se les concedió la sustitución de la pena, modificando el cuántum de 18 a 15 años. Sin

embargo, alegan que, posteriormente, mediante Sentencia Plenaria N.º 2-2005/DJ-301-A, de fecha 20 de setiembre de 2005, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia fijó nuevos criterios vinculantes respecto a la sustitución de la pena por retroactividad benigna, según la cual, si fue impuesta una pena por debajo del mínimo legal, la nueva pena deberá también estar por debajo de dicho mínimo legal; y que, en ese sentido, plantearon una nueva solicitud de sustitución de pena, la que fue denegada por los órganos jurisdiccionales emplazados.

Realizada la investigación sumaria, los recurrentes se ratifican en la demanda, solicitando que se les reduzca la pena a 12 años de pena privativa de la libertad (fojas 54). Por su parte, los emplazados manifiestan que cuando se llevó a cabo la sustitución de pena de los accionantes todavía no había sido emitida la sentencia plenaria aludida, por lo que no les era aplicable el criterio establecido en dicha sentencia, de modo que su nueva petición de sustitución de pena fue declarada improcedente. Asimismo alegan que la sentencia plenaria no puede ser aplicada retroactivamente, ya que la modificación de una sentencia sólo es posible en virtud de un cambio legal más favorable.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que se la declare improcedente. Sostiene que la pretensión planteada por los recurrentes implica una reevaluación de hechos producidos durante la prosecución de un trámite legal.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Penal de Cajamarca declara improcedente la demanda, por considerar que sólo en virtud de la promulgación de una nueva ley más benigna al sentenciado se puede sustituir las penas y que, en ese sentido, la sentencia plenaria que sustenta el pedido de nueva sustitución de pena de ninguna manera constituye una ley o se equipara a ella. La Sala Superior competente confirma la apelada por los mismos fundamentos.

**FUNDAMENTOS**

1. La sentencia inicialmente plantea que la sustitución de la pena como institución penal material, constituye una manifestación de la retroactividad benigna de las leyes penales permitida por el artículo 103º de la Constitución, cuya aplicación por cierto no es una competencia que le corresponda al juez constitucional sino al juez penal.
2. Asimismo, precisa que la retroactividad benigna permite la aplicación retroactiva de

67

*[Handwritten signature]*

normas penales y no de criterios jurisprudenciales, pero en aplicación del principio-derecho a la igualdad reconocido en el artículo 2.º, inciso 2), de la Constitución, en particular de su faceta de igualdad en la aplicación de la ley, permite exigir tanto a los órganos administrativos como jurisdiccionales, que al aplicar las normas jurídicas no atribuyan consecuencias jurídicas distintas a dos supuestos de hecho sustancialmente iguales. Es por ello que, al existir una sentencia plenaria de la Corte Suprema de Justicia que unifica los criterios de sustitución de la pena para la Ley N.º 28002, el mismo criterio les debe ser aplicado a los recurrentes, en aplicación del precitado principio de igualdad.

3. En ese sentido, la existencia del Acuerdo Plenario N.º 2-2005/DJ-301-A, que desarrolla el criterio de la sustitución de la pena por retroactividad benigna, ha establecido: «Si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o ésta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley o, según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley».

#### Análisis del caso:

4. Este Tribunal no comparte el razonamiento planteado porque a través del acuerdo plenario, la Corte Suprema de Justicia de la República impone al juez penal no solo un criterio, sino que, además, le reduce su ámbito de acción al imponerle el sentido en que deben resolverse determinadas solicitudes vinculadas al ejercicio de sus atribuciones y competencias, lo cual excede no solo el contenido de la ley, sino también el de la Constitución.
5. En principio, el Juez Penal debe actuar conforme a la Constitución y a la ley, de modo que su independencia y autonomía, consagrada en el artículo 139.º, inciso 2), de la Constitución, no puede ser afectada ni de modo directo ni indirecto. De otro lado, los parámetros para su actuación de están fijados en la ley penal sustantiva, por lo que no puede ser afectada por un acuerdo plenario que impongan límites a su actuación o que establezcan parámetros que relativicen su actuación.
- Por ello debe tener presente que el juez penal debe como parámetros para la actuación de la pena los máximos y mínimos que fija la ley penal sustantiva,

dependiendo del delito cuya comisión se haya verificado y cuyo autor o autores hayan sido identificados; excepcionalmente, el juez penal puede reducir la pena, por debajo del mínimo, para lo cual debe explicar las razones para proceder de esa manera.

7. En ese sentido, determinar a priori, como lo hace el acuerdo plenario, que el juez penal en los casos en los que se impuso una pena por debajo del límite legal estipulado en una ley anterior, debe, por la entrada en vigencia de una nueva norma que establece un nuevo mínimo legal, imponer una pena inferior a dicho nuevo mínimo legal, constituye una intromisión inaceptable en la autonomía e independencia del juez.
8. Si bien la sustitución o reducción de la pena no importa un nuevo juzgamiento, ello no significa que la actuación del juez penal se convierta en una simple operación matemática, sino que este debe proceder de modo que la decisión que adopte en ese sentido sea razonable y proporcional, además de motivada; esto es, que en algunos casos la sustitución de la pena puede darse por debajo del nuevo mínimo, hasta el nuevo mínimo o por sobre él mismo, siempre que sea inferior a la pena inicialmente impuesta, lo que dependerá de la decisión que de manera justificada expida el juzgador. Además, en la resolución impugnada, del 14 de setiembre de 2007, que en autos corre a fojas 108, se explica que en el caso de autos ya se había producido la sustitución de la pena al demandante en el proceso de hábeas corpus, dado que la Ley N.º 28002 había modificado los artículos 296.º y 297.º del Código Penal, con posterioridad a la sentencia emitida en su contra, por lo que no corresponde una nueva sustitución, sobre todo cuando la efectuada es acorde a derecho.
9. El problema no es que la Corte Suprema de Justicia emita acuerdos plenarios o precedentes vinculantes; al contrario, ello es sumamente deseable, a efectos de afianzar la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento; el problema se presenta cuando se utiliza estos mecanismos para determinar cómo deben pronunciarse los jueces en determinados supuestos. En ese sentido, cabe señalar que la importancia de los precedentes vinculantes está en cómo integran el ordenamiento jurídico, complementándolo ante la existencia de los vacíos normativos que se presentan, pero en modo alguno pueden servir para determinar cómo se debe resolver en determinados supuestos.



68  
Garzón

10. A través de estos mecanismos, se pueden fijar parámetros o pautas a tener en cuenta para analizar o resolver determinados casos, pero no para fijar cómo «debe» resolverse, como lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la República, afectando la independencia y autonomía de los magistrados penales. Es distinto que la instancia suprema, al no estar conforme con un pronunciamiento que revisa como parte de sus competencias, termine revocando el mismo o variando aspectos materiales del fallo (tipo de pena, duración de la sanción, etc.), a que proceda a imponer un criterio a efectos de resolver ciertos asuntos, como el que ha sido materia de autos.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la demanda.  
**MESÍA RAMÍREZ, CALLE HAYEN, ÁLVAREZ MIRANDA, URVIOLA HANI.**

artículo 2 de la Constitución, literal d) del numeral 24, que prescribe que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley. Se instituye así un razonable tratamiento de la libertad y de la autonomía personal, fijando límites de aplicación a las normas punitivas. STC Exp. 2196 – 02 – HC/TC.<sup>8</sup>

3.- **Aplicación retroactiva de la ley más benigna (pena posterior más leve):** «El principio de retroactividad, previsto en el artículo 6 del Código Penal, nace como finalidad del jus puniendi para la aplicación de la Ley más benigna; a mérito de ello se estará a lo más favorable al reo; bajo este criterio se tiene que a las recurrentes, se les condenó a 25 años de pena privativa de libertad por la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas y contra la fe pública, posteriormente a lo anotado, se puso en vigencia la Ley 28002 a través de la cual se rebajó la penalidad en el caso específico del primero de los ilícitos penales anotados; por lo que siendo así es razonable y viable que se le reduzca las sanciones impuestas». (Exp. N° 42 – 2004 Lima. Jurisprudencia penal. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Tomo III. Grijley).<sup>9</sup>

**VI.- JURISPRUDENCIA:**

- 1.- Una Ley Penal benigna puede serlo tanto cualitativa como cuantitativamente; en el primer caso lo es cuando la Ley Penal es más benigna, respecto de los elementos integrantes del tipo; sean estos objetivos o subjetivos; y en el segundo supuesto cuando la Ley penal es más benigna respecto de los montos de la pena.  
R.N. N° 401 – 2014- Ayacucho (27-05-2004). Ávalos Rodríguez Constante/Robles Briceño, Mery. Modernas Tendencias Dogmática en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema – Lima. Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. 2005. Pág. 97.
- 2.- Tratándose de normas de Derecho Penal Material, rige para ellas el Principio Tempus Delicti Comissi, que establece que la Ley aplicable es aquella vigente al momento de cometerse el delito, lo que es acorde con el

**VII.- CONCLUSIONES:**

- 1.- Se debe considerar como regla el Principio de Irretroactividad de la Ley Penal, que está vinculada a su vez con el Principio «Tempus Regit Actum». Es decir, que la Ley aplicable es la que está vigente cuando se comete el hecho.
- 2.- Existen dos excepciones, como es el caso de la «Retroactividad benigna de la Ley Penal» y lo que se conoce como la «Ultractividad benigna de la Ley Penal.
- 3.- La posibilidad de una retroactividad o ultractividad de la Ley Penal, únicamente es de

8 Código Penal. Editorial Rodhas 18 ava. Edición. Marzo 2016. Pág. 45, 47  
9 URQUIZO OLAECHEA. José. Código Penal. Tomo I. Editorial Idemsa. Primera Edición Abril de 2010. Pág. 77.

169  


aplicación tratándose de la Ley Penal, más no con respecto a la norma procedimental o adjetiva.

- 4.- El Principio de Irretroactividad de la Ley Penal está prevista en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú; al igual que el Principio de Retroactividad Benigna de la Ley Penal.
- 5.- Si bien es cierto una Ley Penal a pesar de haber sido derogada puede seguir teniendo efectos ultractivos; sin embargo, una de las maneras como se puede eliminar dichos efectos a una Ley Penal, es mediante el Proceso de Inconstitucionalidad.
- 6.- El Proceso de Inconstitucionalidad se plantea ante el Tribunal Constitucional quien resuelve en instancia única, y se plantea contra una Ley o norma con rango de Ley.

#### VIII.- BIBLIOGRAFIA:

- 1.- **CHIRINOS SOTO**, Enrique y Francisco. La Constitución Lectura y Comentario. Editorial Rodhas. 5ta. Edición. Mayo 2007.
- 2.- **BRAMONT – ARIAS TORRES**, Luis Alberto. Código Penal Comentado. Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera Edición Septiembre 2004.
- 3.- **PEÑA – CABRERA FREYRE**, Alonso Raúl. Derecho Penal – Parte General. Editorial Rodhas. Segunda Edición. Setiembre 2007.
- 4.- **VILLAVICENCIOT.**, Felipe. Derecho Penal – Parte General. Editorial Girjley. Primera Edición. Marzo de 2006.
- 5.- **URQUIZO OLAECHEA**. José. Código Penal. Tomo I. Editorial Idemsa. Primera Edición Abril de 2010.