



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
Expediente N.º 0012-2010-PI/TC

SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Más de 5,000 ciudadanos c. Congreso de la República

Del 11 de noviembre de 2011

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 2º y el primer párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28704, que establecen que el indulto, la conmutación de la pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional, no son aplicables a las personas que hayan sido condenadas por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad.

Magistrados presentes:

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
URVIOLA HANI**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima (Arequipa), a los 11 días del mes de noviembre de 2011, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el artículo 2º y el primer párrafo del 3º de la Ley N.º 28704, que establecen que el indulto, la conmutación de la pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional, no son aplicables a las personas que hayan sido condenadas por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad.

II. DISPOSICIONES CUESTIONADAS

Ley N.º 28704

“Artículo 2.- Improcedencia del indulto, conmutación de pena y derecho de gracia

No procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A.

Artículo 3.- Beneficios penitenciarios

Los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A. (...)”.

III. ANTECEDENTES

§1. Argumentos de la demanda

Con fecha 14 de junio de 2010, más de 5,000 ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2º y el primer párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28704, que establecen que el indulto, la conmutación de la pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

libertad y liberación condicional, no son aplicables a las personas que hayan sido condenadas por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad.

Consideran que los referidos preceptos violan el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, pues, según afirman, en tanto todos somos iguales ante la ley, a toda persona debe aplicársele el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, el cual establece el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Sostienen que las normas cuestionadas establecen una discriminación entre las personas que se encuentran condenadas por el delito de violación sexual, puesto que mientras en la generalidad de los casos las personas que han sido sancionadas por este delito sí pueden acceder al indulto, la conmutación de la pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional, quienes han incurrido en el delito de violación sexual de un menor de edad no tienen dicho acceso, negándoseles el derecho de reeducación y readaptación social.

§2. Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 28 de septiembre de 2010, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, solicitando que sea declarada infundada. Refiere que el artículo 2º y el primer párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28704, no violan el principio-derecho a la igualdad, pues superan el denominado *test* de igualdad. Aduce que la introducción del tratamiento diferenciado da lugar a dos grupos de destinatarios de las normas: los sentenciados por delitos de violación sexual que no han incurrido en ninguna de las formas agravadas establecidas en los artículos 173º y 173º-A del Código Penal (es decir, respectivamente, violación sexual de menor de edad y violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesiones graves), de un lado, y los sentenciados que sí han incurrido en dichas formas agravadas, de otro. Dicho tratamiento diferenciado consiste en que sí es procedente el indulto, la conmutación de pena o el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional para los primeros (que constituyen el término de comparación propuesto por los demandantes), pero no proceden para los segundos.

Manifiesta que las normas no introducen una diferenciación de intensidad grave ni media, puesto que no se sustentan en ninguno de los motivos de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica). Razón por la cual concluye que solo introducen una diferenciación de intensidad leve.

Considera que el objetivo del artículo 2º y del primer párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28704, es sancionar con mayor severidad las conductas punibles que el legislador



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

ha considerado más graves, y su fin es cumplir con los deberes del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución). Refiere que este objetivo y este fin se cumplen con la no procedencia del indulto, ni la conmutación de pena, ni el derecho de gracia ni determinados beneficios penitenciarios para las personas que han sido condenadas por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad, por lo que estas medidas superan el examen de idoneidad.

Aduce que las medidas también superan el examen de necesidad puesto que no existe un medio alternativo que cuente con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo y el fin perseguidos. En concreto, en relación con el primer párrafo del artículo 3º, sostiene que el hecho de que los sentenciados por violación sexual de menores de edad no puedan acceder a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional, no significa que no puedan acceder a otros regulados por los artículos 42º y 59º del Código de Ejecución Penal, además de los que pueda regular el legislador en el futuro, lo cual demuestra que la medida por la que se ha optado es la menos gravosa.

Entiende, asimismo, que las medidas diferenciadoras previstas en el artículo 2º y primer párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28704, superan el examen de proporcionalidad en sentido estricto, puesto que el grado de intervención en la igualdad, al ser leve, no es mayor que la efectiva realización u optimización del cumplimiento de los deberes primordiales del Estado consistentes en garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, más aún si se trata de garantizar la plena vigencia de los derechos de los niños.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad del artículo 2º y del primer párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28704. El artículo 2º de la referida ley, dispone que “[n]o procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A [del Código Penal]”, es decir, para los casos de sentenciados por el delito de violación sexual de menores de edad. Por su parte, el primer párrafo del artículo 3º de la misma ley, establece que en tales casos no son aplicables “[l]os beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional”.
2. Aun cuando la parte demandante ha invocado diversos artículos constitucionales para sustentar la alegada inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, del análisis del contenido de su demanda se advierte que son concretamente dos las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

disposiciones constitucionales que se consideran violadas. La primera es el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, que reconoce el principio-derecho a la igualdad. La segunda es el artículo 139º, inciso 22, que establece el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

3. Los argumentos planteados por los demandantes acerca de la supuesta violación de estos preceptos constitucionales por parte de las normas incoadas, pueden ser resumidos de esta manera: el artículo 2º y el primer párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28704, introducen un trato discriminatorio entre las personas sentenciadas por la comisión del delito de violación sexual, puesto que a quienes han incurrido en la violación sexual de menores de edad no les son aplicables el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia, ni los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional, mientras que estas instituciones sí son aplicables al resto de los sentenciados por la comisión del delito de violación sexual; ello, a su vez, afecta el derecho de los primeros a que el régimen penitenciario tenga por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

Así delimitados el petitorio y los fundamentos de la demanda, corresponde analizar si el Tribunal Constitucional encuentra o no mérito para estimarla.

§2. Principio-derecho a la igualdad y características del término de comparación

4. Tal como se ha mencionado, los demandantes sostienen que las normas cuestionadas afectan el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, pues, a su juicio, introducen un trato discriminatorio entre las personas condenadas por el delito de violación sexual. Así, mientras a la generalidad de ellas no les estaría negada la posibilidad de verse beneficiadas con el indulto, la conmutación de pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional, solo quienes hubiesen sido condenados por el delito de violación sexual de menor de edad no podrían beneficiarse con tales instituciones jurídicas.
5. Es uniforme, pacífico y reiterado el criterio de este Tribunal en virtud del cual, “no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable (...). La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables” (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 61).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

Por ello, a efectos de ingresar en el análisis de si ha existido o no un trato discriminatorio, se precisa, en primer término, la comparación de dos situaciones jurídicas, a saber, aquella que se juzga recibe el referido trato, y aquella otra que sirve como término de comparación para juzgar si en efecto se está ante una violación de la cláusula constitucional de igualdad.

6. Desde luego, la situación jurídica que se propone como término de comparación no puede ser cualquiera. Ésta debe ostentar ciertas características mínimas para ser considerada como un término de comparación “válido” en el sentido de pertinente para efectos de ingresar en el análisis de si la medida diferenciadora supera o no el *test* de igualdad. Tales características son, cuando menos, las siguientes:

a) Debe tratarse de un supuesto de hecho lícito. El fundamento de esta exigencia, desde luego, consiste en que de aceptarse un término de comparación ilícito para reputar un tratamiento como discriminatorio, la declaración de nulidad de éste, por derivación, ampliaría el espectro de la ilicitud, siendo evidente que el deber de todo operador jurídico es exactamente el contrario.

b) La situación jurídica propuesta como término de comparación debe ostentar propiedades que, desde un punto de vista fáctico y jurídico, resulten sustancialmente análogas a las que ostenta la situación jurídica que se reputa discriminatoria. Desde luego, ello no implica exigir que se trate de situaciones idénticas, sino tan solo de casos entre los que quepa, una vez analizadas sus propiedades, entablar una relación analógica *prima facie* relevante. *Contrario sensu*, no resultará válido el término de comparación en el que *ab initio* pueda apreciarse con claridad la ausencia (o presencia) de una propiedad jurídica de singular relevancia que posee (o no posee) la situación jurídica cuestionada.

7. Es en esta línea que el Tribunal Constitucional ha planteado que “desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad ‘en la ley’, no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma” (STC 0001-2004-PI/TC / 0002-2004-PI/TC; fundamento 47). En similar sentido, se ha sostenido que “[e]ntre lo que se compara y aquello con lo cual este es comparado han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de una tal equiparación o similitud entre lo que es objeto del juicio de igualdad y la situación normativa que se ha propuesto como término de comparación, invalida el *tertium comparationis* y, en ese sentido, se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

presenta como inidónea para fundar con base en él una denuncia de intervención sobre el principio-derecho de igualdad” (STC 0019-2010-PI, fundamento 15).

8. Si el término de comparación propuesto no cumple con las referidas condiciones, no existirá mérito siquiera para ingresar en el análisis del *test* de igualdad, cuyo desarrollo a propósito de alegaciones vinculadas con la afectación del principio-derecho a la igualdad, fue planteado en la STC 0045-2004-PI/TC, fundamento 33 y ss.

§3. La “especial” protección del menor de edad y futuro constitucional

9. A criterio de los demandantes el grupo discriminado es el conformado por las personas condenadas por el delito de violación sexual de menores de edad (situación jurídica A). El término de comparación está conformado por las personas condenadas por el delito de violación sexual de mayores de edad (situación jurídica B). El trato diferenciado (que se acusa de discriminatorio) consiste en que solo a los segundos les serían aplicables el indulto, la conmutación de pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional. Así las cosas, la pregunta medular es la siguiente: ¿la situación jurídica B es un término de comparación válido de la situación jurídica A?
10. Ciertamente, no resulta ilícito que las personas condenadas por el delito de violación sexual de mayores de edad, puedan, cumplidas las condiciones constitucionales y legales exigibles, ser pasibles de indulto, conmutación de pena, derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional. El asunto a dilucidar consiste más bien en determinar si la situación jurídica B es sustancialmente análoga, desde un punto de vista fáctico y jurídico, a la situación jurídica A.
11. A juicio del Tribunal Constitucional, dicha identidad sustancial se presenta, pues tales situaciones comparten determinadas propiedades esenciales. En efecto, ambas, ejercidas por quien demuestra un singular desprecio por la dignidad del ser humano (artículo 1º de la Constitución), en primer lugar, suponen la incursión en la misma conducta típica básica, a saber, tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realizar otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, sin que medie la voluntad de la persona afectada. En segundo término, ambas resulten violatorias de los mismos derechos fundamentales, como son el derecho fundamental a la integridad física, psíquica y moral, y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

12. En consecuencia, el término de comparación propuesto, al ostentar propiedades sustancialmente análogas con aquella situación jurídica que, sin embargo, ha merecido un trato diferenciado, justifica la aplicación del *test* de igualdad, a efectos de determinar si el referido trato desigual es, además, discriminatorio.
13. El trato diferenciado consiste, como se dijo, en que a los delitos por violación sexual de menores de edad, en contraposición a lo que sucede con la generalidad de casos de violación, no les son aplicables el indulto, la conmutación de pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional. Dicho trato constituye, pues, la intervención en el principio de igualdad.
14. Tal como ha referido este Tribunal, una intervención es de *intensidad grave* cuando la diferenciación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica), y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental. Es de *intensidad media* cuando se sustenta en alguno de los motivos proscritos por el citado artículo constitucional, y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo. Y es de *intensidad leve* cuando se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo (STC 0045-2004-PI/TC, fundamento 35).
15. En el presente caso, la diferenciación de trato no se sustenta en ninguno de los motivos expresamente prohibidos por el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica), sino en la distinta condición del sujeto pasivo del delito de violación sexual (menor de edad, en un caso; mayor de edad, en el otro). De otra parte, la diferenciación no restringe a los condenados por la violación de menores de edad derecho fundamental alguno, puesto que ni el acceso al indulto, ni a la conmutación de pena, ni a la gracia, ni a los concretos beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional constituyen derechos fundamentales. Y aunque esta última afirmación se verá fortalecida por argumentos desarrollados *infra*, conviene desde ya recordar que en jurisprudencia reiterada y uniforme este Tribunal ha fundamentado el referido criterio, a saber, que los antedichos beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales (SSTC 0842-2003-PHC/TC, fundamento 3; 2700-2006-PHC/TC, fundamento 19; 0033-2007-PI/TC, fundamento 46).

Por consiguiente, en el caso *sub examine*, la intervención en el principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, es de intensidad leve.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

16. De otra parte, la eliminación de la posibilidad de indulto, de conmutación de pena, de gracia, y de concesión de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, de semi-libertad y de liberación condicional, es representativa de la voluntad del legislador de que en los casos de condenas por los delitos de violación de menores de edad, el *quantum* de la pena impuesta se ejecute en su totalidad.
17. Ello tiene por finalidad, en primer término, optimizar el fin preventivo general de las penas en su vertiente negativa, es decir, optimizar el efecto desmotivador que la amenaza de la imposición y ejecución de una pena severa genera en la sociedad, protegiendo preventivamente el bien tutelado por el Derecho penal, en este caso, la integridad personal y el libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad. Se asume que mientras de mayor peso axiológico sea el bien protegido al tipificarse la conducta, mayor deberá ser la pena que se amenaza imponer, generando así el Derecho penal una acción más disuasoria.
18. En segundo lugar, la medida tiene por finalidad que la imposición de la pena cumpla de manera efectiva con el fin de prevención general en su vertiente positiva. Claus Roxin describe este fin como el “‘ejercicio de la confianza en el derecho’ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado.” (cfr. “Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad”, en: Julio B. J. Maier (compilador), *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 28). En esa línea, este Tribunal ha sostenido que por vía de la imposición y ejecución de la pena “se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en ‘(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)’ (artículo 44º de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención [general] en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución)” (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 40).
19. De otra parte, la medida tiene también por propósito asegurar otro fin de la pena, cual es la denominada prevención especial de efecto inmediato, es decir, permitir al delincuente dar un firme paso en la internalización el daño social ocasionado por su conducta a través de la certeza en relación con la ejecución total de la pena, generándose un primer efecto reeducador. Tal como ha señalado este Tribunal, “la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su *quantum* específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato)” (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 40).

20. Las finalidades descritas, al estar orientadas al cumplimiento eficaz de determinados fines de la pena constitucionalmente protegidos (STC 0019-2005-PI, fundamentos 37 – 42), resultan, por derivación, constitucionalmente válidas. Ahora bien, como es evidente, su consecución no puede ser apreciada como un valor absoluto, motivo por el cual dicha procura solo resultará constitucionalmente válida, en la medida de que guarde una relación de proporcionalidad atendiendo a la fuerza axiológica del bien afectado por la concreta conducta típica y a la gravedad de su particular modo de ejecución. Lo cual permite sostener que la búsqueda de que las penas deban ser ejecutadas en su totalidad, solo es legítima en el caso de los delitos más graves.
21. Corresponde analizar si el medio interviniente en la igualdad (eliminación de la posibilidad de indulto, de conmutación de pena, de gracia, y de concesión de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, de semi-libertad y de liberación condicional para los delitos de violación sexual de menores de edad), es idóneo para alcanzar las finalidades pretendidas (desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores, generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que las penas se cumplen en su totalidad en el caso de los delitos más graves, así como generar un primer efecto reeducador en el delincuente).
22. No existe posibilidad epistémica de asegurar que los fines perseguidos se cumplan por vía de la medida adoptada por el legislador. Se trata de una mera probabilidad, acaso razonable y lógicamente pronosticable, pero no indubitable. Sin embargo, que se trate de una probabilidad, y no de una certeza, no invalida *per se* el medio utilizado por el legislador, pues es justamente en estos casos en los que éste goza de un importante margen de configuración legal, merced al principio democrático (artículos 43º y 93º de la Constitución). Tal como sostiene Alexy, en razón de este principio, “la competencia decisoria del Legislador (...) comprende también la competencia para decidir (...) en condiciones de falta de certeza” (cfr. Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, en: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de C. Bernal, 2da. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 550).
23. Ahora bien, desde luego, no se trata de asumir que las dudas empíricas en relación con la violación de derechos fundamentales, sean representativas siempre de la apertura de un campo de acción legislativa discrecional y libre de límites normativos y controles jurisdiccionales. Se trata tan solo de reconocer que, en tales



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

circunstancias, a la ley de ponderación material debe sumarse una ley de ponderación procedimental o, como la denomina Alexy, una “ley epistémica de la ponderación”, en virtud de la cual “[c]uanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención” (cfr. Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 552).

24. Se ha dicho ya que es razonable sostener que la medida adoptada permite alcanzar las finalidades perseguidas. Empero, no existe posibilidad epistémica que permita asegurarlo. Se trata de una probabilidad media, no de una certeza. Por su parte, se ha establecido que la restricción al principio de igualdad que la medida genera es solo de intensidad leve. Por ende, es mayor el nivel de aproximación a la certeza en la consecución de las aludidas finalidades constitucionales que el nivel de intensidad en la intervención a la igualdad. De ahí que deba reconocerse que el legislador ha actuado dentro de los límites jurídicos de su libre apreciación, y por ello, a su vez, debe reconocerse la idoneidad de la medida para alcanzar las finalidades buscadas.
25. Corresponde analizar si la medida supera el subprincipio de necesidad. “El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, si tales medios –idóneos– no intervienen en la prohibición de discriminación, o, si, interviniéndolo, tal intervención reviste menor intensidad” (SSTC 0045-2004-PI/TC, fundamento 39; 0033-2007-PI/TC, fundamento 77).
26. En consecuencia, la pregunta que cabe es la siguiente: ¿existe una medida distinta a la eliminación de la posibilidad de indulto, de conmutación de pena, de gracia, y de concesión de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, de semi-libertad y de liberación condicional para los delitos de violación sexual de menores de edad, que permita alcanzar, con ~~cuando~~ ^{menor} igual idoneidad, las finalidades de desmotivar la incursión en el delito de violación sexual de menores de edad, generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que las penas se cumplen en su totalidad en el caso del referido delito y generar un primer efecto reeducador en el delincuente?
27. En la medida de que el grado de idoneidad en la consecución de estos objetivos se encuentra en función del *quantum* de pena impuesta a ejecutarse, la disminución de dicho *quantum*, disminuye, a su vez, dicho grado de idoneidad. De ahí que no sea posible advertir medidas alternativas a las adoptadas que resulten igualmente idóneas, pues solo ellas aseguran el cumplimiento total del *quantum* de la pena impuesta.
28. Es momento de analizar si la medida que constituye el trato diferenciado supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. La denominada



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

ley de ponderación material supone que “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (cfr. Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, ob. cit., p. 529; SSTC 0045-2004-PI/TC, fundamento 40; 0023-2005-PI/TC, fundamento 75 c); 0033-2007-PI/TC, fundamento 81; 0001-2008-PI/TC, fundamento 19; 0017-2008-PI/TC; fundamento 36; 0016-2009-PI/TC, fundamento 12, entre otras). Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, ella enuncia lo siguiente: cuanto mayor es el grado de intervención en el principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización de los derechos, principios o valores que a través de ella se pretende.

29. Quedó en su momento establecido que, en este caso, el grado de intervención en el principio de igualdad es leve. Por su parte, los bienes constitucionales que procuran ser optimizados por vía de dicha intervención en la igualdad, eliminando el acceso a determinados institutos que reducirían el *quantum* de ejecución de la pena impuesta, son: a) desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores, b) generar la confianza de la población en el sistema penal al apreciar que las penas se cumplen en su totalidad en el caso de este delito, así como c) generar un primer efecto reeducador en el delincuente que incurra en éste.
30. A juicio de este Tribunal, los tres bienes que buscan satisfacerse gozan de un valor importante en el sistema constitucional. En particular, la búsqueda de desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores de edad tiene un peso axiológico intenso que justifica el trato diferenciado. Ello en razón de las siguientes consideraciones:
- a) El menor de edad se encuentra en comparación al mayor de edad, en una situación de inferior desarrollo psicosomático, lo que genera una menor capacidad de juicio y de resistencia física. Esta fue una consideración fundamental en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N.º 1386 (XVI), del 20 de noviembre de 1959, y reiterada en la Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Resolución Legislativa N.º 25278, de fecha 3 de agosto de 1990, y que entró en vigencia para el Estado peruano el 4 de octubre del mismo año. En ella se señala que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Asimismo, es básicamente esta consideración vinculada a la vulnerabilidad del niño y del adolescente, la que lleva al Código Civil a considerar al menor de 16 años, salvo en circunstancias extraordinarias, un incapaz absoluto (artículo 43º del Código Civil) y al menor entre 16 y 18 años, un incapaz relativo (artículo 44º del Código Civil).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

- b) Desde una perspectiva normativa, el niño y el adolescente no se encuentran, en abstracto, en una situación jurídica comparable con la de un adulto, toda vez que el artículo 4º de la Constitución, impone a la comunidad y al Estado la obligación de proteger “especialmente al niño”. En este precepto reside la constitucionalización del denominado “interés superior del niño”, que no es sino la exigencia de asumir *prima facie* y en abstracto la superioridad axiológica de los derechos e intereses de los niños y adolescentes, allí donde el caso impone al razonamiento jurídico la valoración de una causa en la que ellos se encuentran comprometidos. Asunto que, entre otras cosas, se traduce en el deber de, en caso de dudas hermenéuticas, interpretar el Derecho de forma tal que resulten optimizados tales derechos e intereses, bajo el umbral de los criterios *pro homine* y *favor debilis*.

En relación con ello, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Este Tribunal ha considerado que de ello “se desprende que tales funcionarios estatales deben estar dotados de una especial sensibilidad a la hora de resolver los problemas en que pudieran encontrarse envueltos [los menores de edad]; bien se trate de aspectos que pudieran calificarse de sustantivos, bien de asuntos que pudieran caracterizarse como procesales” (STC 0052-2004-PA/TC, fundamento 8).

- c) El deber de especial protección del menor de edad encuentra sustento, asimismo, en el hecho de que la Constitución, en tanto compendio normativo de valores, debe ser apreciada también como un *ideal regulativo*, es decir, como un postulado normativo que confía en que el futuro siempre debe ser apreciado como una oportunidad para que la realidad social se asemeje cada vez más al ideal que la Constitución normativamente postula y exige. El presente está protegido por la Constitución, pero ella, en su vocación de ser “vívida” cada más por la comunidad que gobierna, observa el futuro como una oportunidad para ser menos requerida, no en razón de un menor compromiso social con sus postulados valorativos, sino, por el contrario, como consecuencia de ser cada vez más *eficaz* sin necesidad de ser aplicada coactivamente. Esa vocación y esperanza puesta en un mañana más constitucionalizado de lo que está el presente, que este Tribunal aprecia en la Norma Fundamental, exige hoy un particular rigor en el cuidado constitucional de los niños y adolescentes. Este es el fundamento trascendental que subyace a la especial protección del menor de edad exigida por el artículo 4º de la Constitución, y es, entre otras cosas, la razón por la que en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, se ha expresado con atino “que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

31. Esta suma de consideraciones permite sostener que el hecho de que en la situación jurídica B (propuesta como término de comparación) el delito de violación sexual no se haya realizado contra un menor de edad, a diferencia de lo que sí sucede en la situación jurídica A, constituye una propiedad diferencial que desde un punto de vista constitucional, es en tal grado relevante que impide considerar el tratamiento diferenciado como un tratamiento discriminatorio.

En consecuencia, corresponde desestimar la alegada violación del principio-derecho a la igualdad, por parte del artículo 2º y del primer párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28704.

32. Ahora bien, el hecho de que corresponda desestimar el argumento de los recurrentes atinente a una supuesta violación de la cláusula de igualdad por parte de las normas impugnadas, no significa necesariamente desvirtuar el argumento atinente a su supuesta afectación del artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, que establece el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Al análisis de este alegato se dirigen los siguientes fundamentos.

§4. Indulto, conmutación de penas, violación sexual de menores de edad y Constitución

33. El artículo 2º de la Ley N.º 28704, dispone que “[n]o procede el indulto, ni la conmutación de pena ni el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos previstos en los artículos 173 y 173-A [del Código Penal]”, es decir, para los casos de sentenciados por el delito de violación sexual de menor de edad. Primero se analizará si el precepto resulta o no constitucional en lo que a la improcedencia del indulto y la conmutación de la pena respecta, para luego evaluar el caso de la improcedencia de la gracia presidencial.
34. El indulto es una atribución presidencial prevista en el artículo 118º, inciso 21, de la Constitución, en virtud de cuyo ejercicio se extingue la pena impuesta a través de una resolución judicial firme por la comisión de un determinado ilícito penal (o lo que queda por ejecutarse de dicha pena). En los términos del artículo 89º del Código Penal, “[e]l indulto suprime la pena impuesta”. Por ello, comúnmente, el indulto es asimilado a la idea de perdón.

Por su parte, la conmutación de la pena, siendo también una atribución presidencial prevista en la misma disposición constitucional, implica el cambio de una pena mayor, por una menor. Podría decirse, pues, que se trata de un indulto restringido, dado que aunque no elimina o perdona la pena en su totalidad, sí extingue un determinado *quantum* de ella.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

35. Teniendo en cuenta ello, el ejercicio de estas atribuciones conlleva la limitación de determinados valores constitucionales. En efecto, en primer lugar, dicho ejercicio incide negativamente sobre la relación de proporcionalidad que debe existir entre el *quantum* de la pena y el grado de dañosidad que la conducta típica generó sobre un determinado bien constitucional, lo cual alcanza mayor relieve si dicho bien protegido por el Derecho penal (tal como sucede con el mayor ámbito normativo de éste) es directamente un derecho fundamental.
36. El principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200º constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad.
37. En su relación con las penas, el principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una “prohibición de exceso” dirigida a los poderes públicos. De hecho, esta es la manifestación que se encuentra recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, en la parte en la que dispone que “[l]a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”. No obstante, si se reconoce que, en razón del principio de lesividad, el Derecho penal tipifica atentados contra bienes de relevancia constitucional y, singularmente, contra derechos fundamentales, procurando su protección (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 35), el principio de proporcionalidad de las penas, *prima facie*, también implica una “prohibición por defecto”, es decir, la prohibición –cuando menos como una regla general no exenta de excepciones– de que la pena sobredisminuya la responsabilidad por el hecho (cfr. Clérico, Laura, “La prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad”, en Jan-R. Sieckman (editor), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona / Buenos Aires, 2011, p. 169 y ss.).
38. Por ello, el Tribunal Constitucional ha determinado “que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer ‘a toda costa’ la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material” (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 41).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

39. Si, así entendido, el principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional, y el artículo 138º de la Constitución, establece que “[l]a potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución”, existe una presunción *iuris tantum* de que el *quantum* de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal, guardan una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica. Esta relación de proporcionalidad es afectada por el indulto o la conmutación de la pena.
40. Por otra parte, el indulto y la conmutación de la pena, limitan el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 28). En efecto, dicha protección puede revestir muchas formas en función a su oportunidad y sus objetivos. Así, pueden ser preventivas, reparadoras, resarcitorias, etc. Una de esas formas es la que se acciona a través del Derecho penal con la sanción impuesta por el delito que violó el derecho. Esta forma de protección sancionatoria, desde una perspectiva objetiva, es singularmente efectiva para la defensa de los derechos fundamentales, pues, tal como ha tenido ocasión de resaltar este Tribunal, la imposición de la sanción “renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en ‘(...) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (...)’ (artículo 44º de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución)” (STC 0019-2005-PI/TC, fundamento 40).
41. Este criterio se confirma si se tiene en cuenta que, a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como consecuencia de lo previsto en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en el que se establece que el Estado tiene la obligación de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención” (cfr. Caso Velásquez vs. Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166; cursiva agregada). Por ello, “[s]i el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune (...) puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio” (párrafo 176).
42. Además de ello, si, como ha sido enfatizado, la Constitución establece como valor general que la potestad de administrar justicia compete al Poder Judicial (artículo 138º de la Constitución), y es ésta una manifestación del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), el indulto y la conmutación de la pena, representan una excepción a la plena concreción de estos principios fundamentales,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

motivo por el cual su ejercicio debe ser apreciado como enteramente excepcional e interpretado restrictivamente.

43. En consecuencia, el indulto y la conmutación de la pena, no solo inciden negativamente sobre la relación de proporcionalidad que debe existir entre el *quantum* de la pena impuesta por el delito y el derecho fundamental afectado por éste (lo cual ya ha quedado establecido), sino también sobre el derecho fundamental a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, en este caso, manifestado en el deber del Estado, derivado del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de sancionar debidamente las violaciones a los derechos fundamentales. Lo cual, a su vez, afecta el derecho fundamental sobre el que recayó la conducta típica en un sentido objetivo, pues la población percibirá que las violaciones a dicho derecho no resultan debidamente sancionadas. A lo que cabe agregar que limita la cabal concretización del principio de separación de poderes.
44. Desde luego, lo expuesto no debe ser interpretado en el sentido de que el ejercicio de la atribución de indultar o conmutar penas es, *per se*, inconstitucional. Si así fuese, este Tribunal violaría flagrantemente el principio de fuerza normativa de la Constitución (STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12, literal e.), pasando de ser su supremo intérprete a ser su contralor. Se trata tan solo de reconocer que las instituciones del indulto y de la conmutación de la pena, en sí mismas, son representativas de una limitación a determinados valores constitucionales, motivo por el cual, en abstracto, tienen un peso axiológicamente leve en el sistema constitucional. En esa medida, no solo no es posible la dación de un indulto o conmutación de forma inmotivada, sino que dicha motivación debe estar sustentada en razones lo suficientemente poderosas como para contrarrestar la incidencia que la medida genera en los antedichos valores *iusfundamentales*.
45. En tal sentido, mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta "perdonada", y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto o la conmutación, y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón.
46. De hecho, existen ciertos actos delictivos que alcanzan tal nivel de violación de la dignidad del ser humano, que, en abstracto, la posibilidad de adoptar medidas que impidan la efectiva sanción, se encuentra proscrita. Es así que la Corte Interamericana ha señalado que "son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (cfr. Caso Barrios Altos vs. Perú, Sentencia del 14 de marzo de 2001, párrafo 41). El Tribunal Constitucional ha interpretado que esto excluye la posibilidad de adoptar tales medidas ante un acto que constituya un crimen de lesa humanidad, es decir, “a) cuando por su naturaleza y carácter denota una grave afectación de la dignidad humana, violando la vida o produciendo un grave daño en el derecho a la integridad física o mental de la víctima, en su derecho a la libertad personal o en su derecho a la igualdad; b) cuando se realiza como parte de un ataque generalizado o sistemático; c) cuando responde a una política (no necesariamente formalmente declarada) promovida o consentida por el Estado; y, d) cuando se dirige contra población civil” (STC 0024-2010-PI/TC, fundamento 67).

47. ¿Son solo los crímenes de lesa humanidad los que resultan, desde una perspectiva abstracta, no indultables o conmutables? El legislador no lo considera así, pues por vía del artículo 2º de la Ley N.º 28704, ha considerado que estas instituciones no son aplicables a quienes incurren en el delito de violación sexual de menores de edad.
48. Aunque el Tribunal Constitucional no considera que la interpretación adoptada por el legislador sea constitucionalmente obligatoria, sí resulta constitucionalmente posible. En efecto, tal como se ha señalado, la violación sexual constituye un acto que solo puede ser ejecutado por quien revela un particular menosprecio por la dignidad del ser humano, siendo gravemente atentatorio del derecho fundamental a la integridad física, psíquica y moral, y del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, ambos reconocidos en el artículo 2º, inciso 1, de la Constitución. Dicha gravedad, evidentemente, se acentúa cuando el acto es realizado contra un menor de edad, quien en razón de su menor desarrollo físico y mental, se encuentra en estado de mayor vulnerabilidad e indefensión; y alcanza niveles de particular depravación cuando a la violación le sigue la muerte del menor, tal como se encuentra tipificado en el artículo 173º-A del Código Penal.
49. Entre otras, es esta situación de vulnerabilidad del menor la que ha llevado al Poder Constituyente a exigir a la comunidad y al Estado proteger “especialmente al niño” (artículo 4º de la Constitución). Esta “especial” protección al menor exigida constitucionalmente, puede lograrse, además de otras maneras, impidiendo la posibilidad de extinguir la sanción impuesta a aquellos que han atentado contra su integridad física, psíquica y moral (y, eventualmente, su vida), a través del acto de violación sexual. Se trata, pues, de una medida que siendo idónea para alcanzar un fin constitucionalmente protegido y de alto grado axiológico, restringe instituciones que, como las del indulto y la conmutación de penas, según se ha visto, ostentan un menor peso en el sistema constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

50. En definitiva, es el artículo 4º de la Constitución y la protección de los valores fundamentales que en él subyacen y que son afectados por la violación sexual de menores de edad, los que, a criterio de este Colegiado, autorizan al legislador a prohibir el indulto y la conmutación de penas para esta clase de delitos.
51. Desde luego, cabe la pregunta acerca de si la medida es necesaria para alcanzar el fin pretendido, o existen otras igualmente idóneas para alcanzarlo. Con relación a ello debe resaltarse que los demandantes no solo no han propuesto alternativa alguna, sino que en un proceso de inconstitucionalidad, por antonomasia abstracto, a menos que las medidas alternativas sean a todas luces evidentes, no existe posibilidad de apreciar empíricamente su existencia. Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que al momento de apreciar la existencia o no de medios alternativos a los adoptados por el legislador, “el Tribunal Constitucional debe actuar bajo el principio de auto-restricción (*selfrestraint*), dado que el establecimiento de un umbral demasiado exigente al momento de valorar el cumplimiento del subprincipio de necesidad, puede culminar ‘asfixiando’ las competencias del legislador en la elección de los medios más adecuados para la consecución de los fines constitucionalmente exigibles, generándose por esa vía una afectación del principio democrático representativo (artículo 93º de la Constitución) y una inobservancia del principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución y la leyes de conformidad con ésta (cfr. STC 5854-2005-PA/TC, fundamento 12 c.)” (STC 0032-2010-PI/TC, fundamento 119). Criterio que adopta particular protagonismo tratándose de medidas adoptadas en el ámbito de la política criminal, en el que la discrecionalidad legislativa alcanza niveles más pronunciados.
52. Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera constitucional el artículo 2º de la Ley N.º 28704, en el extremo que establece la improcedencia del indulto y la conmutación de la pena, para los casos de delitos de violación sexual de menores de edad.

§5. Gracia presidencial, violación sexual de menores de edad y Constitución.

53. El artículo 2º de la Ley N.º 28704, también dispone que “[n]o procede (...) el derecho de gracia a los sentenciados por los delitos [de violación sexual de menores de edad]”.
54. Aunque en la doctrina se hallan diversas definiciones de la denominada “gracia presidencial”, en el ordenamiento constitucional peruano, ésta alcanza una configuración concreta. En efecto, el artículo 118º, inciso 21, de la Constitución, establece que “[c]orresponde al Presidente de la República (...) [e]jercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”. De ahí que, en función del tipo de casos sobre los que puede recaer y de otras exigencias constitucionales, esta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

atribución reviste una serie de límites formales específicos: “1) Que se trate de procesados, no de condenados. 2) Que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. 3) Aparte de los requisitos ya mencionados, cabe señalar la necesidad de refrendo ministerial (artículo 120 de la Constitución)” (STC 4053-2007-PHC/TC, fundamento 25).

A estas condiciones formales, cabe agregar que no puede ejercerse esta atribución si el proceso cuya etapa investigativa superó el referido plazo, se encuentra ya en etapa de juzgamiento, es decir, si la etapa de investigación ha precluido. Ello supondría una violación del artículo 103º de la Constitución que prohíbe, salvo determinadas excepciones, la aplicación retroactiva de la ley, principio que, ciertamente, alcanza a la Constitución misma, y que, por consiguiente, impide que una atribución constitucional pueda ser ejercida con efecto retroactivo; *máxime* si, al incidir sobre un ámbito procesal, su aplicación se rige por el principio *tempus regit actum*.

55. Así las cosas, en primer término, puede observarse un problema de técnica legislativa cuando el artículo 2º de la Ley N.º 28704, refiere que no procede la gracia “a los sentenciados...”. Y es que ésta, como se ha dicho, solo puede recaer sobre procesados penalmente. Acaso el error obedezca a que el precepto legal busca dar un tratamiento prohibitivo conjunto a instituciones como el indulto y la gracia, que ciertamente, cuando menos en nuestro sistema constitucional, revisten diferencias notorias.
56. Si la gracia solo recae sobre procesados, a diferencia del indulto, no supone el perdón de pena alguna, sino el impedimento para la prosecución de la investigación penal por superar un determinado plazo de ésta. Asimismo, ello permite advertir que tanto su fundamento como la tensión en la que ingresa con ciertos valores constitucionales, son distintos que los que se presentan en el caso del indulto.
57. La primigenia razón constitucional subyacente al instituto de la gracia presidencial, es el derecho fundamental a que el plazo de proceso penal no se extienda más allá de lo razonable. Este derecho fundamental encuentra reconocimiento en el artículo 14º, inciso 3, literal c), de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto establece que “[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho (...) [a] ser juzgado *sin dilaciones indebidas*” (énfasis agregado); y en el artículo 8º, inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto dispone, en lo que ahora resulta relevante, que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída (...) *dentro de un plazo razonable* (...) en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella” (énfasis agregado). En el marco de la Constitución, al amparo de su artículo 55º y Cuarta Disposición Final, este derecho es una manifestación implícita del derecho fundamental al debido proceso, previsto en su artículo 139º, inciso 3 (SSTC 3509-2009-PHC/TC, fundamento 19; 0024-2010-PI/TC, fundamento 37).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

58. Conforme a una interpretación literal y aislada del artículo 118º, inciso 21, de la Constitución, el ejercicio de la atribución de la gracia presidencial estaría autorizado por el solo hecho de que “la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria”. ¿Es ello constitucionalmente suficiente para que la atribución pueda ser ejercida? A juicio del Tribunal Constitucional, la respuesta es negativa por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque la superación del plazo razonable del proceso penal no puede ser asociada solamente a la superación de un plazo en particular instituido en abstracto. En efecto, tal como ha sostenido este Tribunal, “es necesario establecer de forma categórica que el plazo razonable no es un derecho que pueda ser ‘medido’ de manera objetiva, toda vez que resulta imposible asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida” (SSTC 4931-2007-PHC/TC, fundamento 4; 0024-2010-PI/TC, fundamento 38). La esencia de este criterio es mantenida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al sostener que “el plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios períodos dependiendo de la gravedad del delito” (Caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4). Por ello, la determinación de la violación de la referida razonabilidad exige la consideración de una serie de factores estrecha e indisolublemente ligados a las particularidades de cada caso. Tales factores son: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales (SSTC 0618-2005-PHC/TC, fundamento 11; 5291-2005-HC/TC, fundamento 6; 1640-2009-PHC/TC, fundamento 3; 2047-2009-PHC/TC, fundamento 4; 3509-2009-PHC/TC, fundamento 20; 5377-2009-PHC/TC, fundamento 6; entre otras). En consecuencia, la superación de un determinado plazo fijado expresamente por el ordenamiento jurídico, aun cuando lo sea en la propia Constitución del Estado, es solo un primer factor (muy relevante por cierto, pero primer factor al fin y al cabo), para determinar la superación del plazo razonable del proceso penal.

b) En segundo lugar, porque el derecho fundamental a la razonabilidad de la duración del proceso penal, como todo derecho fundamental, carece de un contenido absoluto o ilimitable, entre otras cosas, en razón de que se encuentra en permanente tensión con otros derechos fundamentales, tales como el derecho fundamental a la verdad, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139º, inciso 3, de la Constitución), y con la protección del bien constitucional afectado por la conducta investigada. De ahí que la violación del plazo razonable solo puede verificarse en circunstancias extraordinarias, en las que se evidencia con absoluta claridad que el procesado ha pasado a ser “objeto” de un proceso penal con vocación de extenderse *sine die* y en el que se hace presumible la carencia de imparcialidad de las autoridades judiciales, al extender los plazos con el único ánimo de acreditar una supuesta vinculación del imputado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

con supuestos hechos delictivos que no han podido acreditarse verosíblemente a través de las diligencias desarrolladas durante un tiempo altamente prolongado (STC 0024-2010-PI/TC, fundamento 39).

c) En tercer término, porque tal como ha sostenido este Tribunal, “a la luz de la manera cómo expresamente se encuentra regulado el contenido del derecho en los tratados internacionales citados, y del sentido que se le ha atribuido, puede afirmarse que la razonabilidad del plazo se encuentra relacionada con la duración del proceso penal en su totalidad, y no solamente con alguna de sus etapas” (STC 0024-2010-PI/TC, fundamento 39). Desde luego, ello no quiere significar que por el solo hecho de que el proceso se encuentre aún en etapa de investigación, no cabe concluir la violación de este derecho fundamental. Significa tan solo que para tales efectos no basta la superación de los plazos extraordinarios de determinadas etapas del proceso, sino, según quedó dicho, la valoración de elementos relacionados con las particularidades de cada caso, a saber, a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales, en función del proceso como un todo.

d) En cuarto lugar, porque si de conformidad con el artículo 45º de la Constitución, “la potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”, el ejercicio de la gracia presidencial representa una clara excepción a este principio general que, a su vez, es fundamental para preservar el principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución). De ahí que deba ser interpretado de forma sumamente restrictiva, siendo ella la razón por la que este Tribunal tiene expuesto que “la gracia presidencial deberá ser concedida por motivos humanitarios, en aquellos casos en los que por la especial condición del procesado (por ejemplo, portador de una enfermedad grave e incurable en estado terminal) tornarían inútil una eventual condena, desde un punto de vista de prevención especial” (STC 4053-2007-PHC/TC, fundamento 27). En efecto, si la gracia presidencial impide el desarrollo de una competencia que por antonomasia compete al Poder Judicial, la sola superación del plazo razonable del proceso, por ser un asunto que bien puede ser valorado por los propios órganos jurisdiccionales, no es mérito suficiente para ejercerla, debiendo sustentarse, además, en la demostración de que, dadas las condiciones subjetivas del procesado, más allá de su eventual responsabilidad, la ejecución de una futura pena sería en sí misma representativa de un daño irreparable a su derecho fundamental a la integridad física o, incluso, a su vida.

59 En consecuencia, la gracia es una atribución del Presidente de la República que limita los derechos a la verdad, al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y la protección del bien constitucional a cuya afectación dio lugar la conducta que impide investigar. Por tal motivo, para ser ejercida no basta el cumplimiento de las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

formalidades constitucionalmente previstas, sino además que se acredite violación del plazo razonable del proceso penal (lo que exige una valoración de las características del caso) y que la condición subjetiva del procesado revele la prognosis de un grave e irreversible daño a su derecho fundamental a la integridad física o un incluso una amenaza a su derecho fundamental a la vida.

60. Ahora bien, en consideración de lo expuesto, a juicio del Tribunal Constitucional, la gracia presidencial es una institución, en abstracto, de aun menor peso axiológico que el indulto o la conmutación de la pena. En efecto, la gracia es representativa de una mayor desprotección del derecho fundamental que fue afectado por la conducta investigada, puesto que con su ejercicio no solo se evita la ejecución de una eventual pena, sino que además se impide la investigación, determinación de la verdad e individualización de las responsabilidades vinculadas a hechos violatorios de bienes constitucionales protegidos por el Derecho penal. En ese sentido, además de violar en mayor medida el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, afecta derechos que el indulto no, tales como los derechos fundamentales a la verdad, al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.
61. En contrapartida, se ha enfatizado que la protección de los derechos fundamentales del menor de edad, es un deber que la Constitución ordena realizar de manera especial (artículo 4º de la Constitución). También ha sido puesta de relieve la singular dañosidad de diversos valores constitucionales que el acto de violación sexual representa, lo que alcanza mayor entidad cuando se ejecuta contra un menor de edad.
62. Por consiguiente, si el Tribunal Constitucional ha encontrado constitucionalmente posible prohibir el indulto y la conmutación de la pena para los casos de delitos de violación sexual de menores de edad, bajo el mismo esquema de proporcionalidad, encuentra aún mayor motivo para considerar constitucionalmente posible que el legislador prohíba el ejercicio de la gracia presidencial en estos supuestos.
63. No escapa a la consideración de este Tribunal que los demandantes han alegado la inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley N.º 28704, por supuestamente afectar el principio de que el régimen penitenciario debe tener por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. Se ha visto, sin embargo, que el indulto, la conmutación de la pena y del denominado "derecho de gracia", son instituciones que no guardan relación alguna con el referido principio previsto en el artículo 139º, inciso 22, de la Norma Fundamental, en la medida de que no se justifican ni tienen como objetivo la búsqueda de resocialización del penado. Si este no es su objetivo, es manifiesto que la prohibición de su concesión no puede afectarlo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

64. Por tales motivos, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 2º de la Ley N.º 28704, es conforme con la Norma Fundamental.

§6. Beneficios penitenciarios, configuración legal y fin resocializador del régimen penitenciario

65. El primer párrafo del artículo 3º de la Ley N.º 28704, establece que “[l]os beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional no son aplicables a los sentenciados por los delitos [de violación sexual de menores de edad]”. Los demandantes consideran que este precepto atenta contra el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, previsto en el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución.
66. En sentido análogo a lo estipulado en el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece lo siguiente: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.
67. Una interpretación conjunta del artículo 139º, inciso 22, de la Constitución y el artículo 10.3 del Pacto, tal como lo dispone la Cuarta Disposición Final de la Constitución, permite sostener que la resocialización de un penado exige un proceso (un “tratamiento” –en los términos del Pacto–, reeducativo –en los términos de la Constitución–), orientado a un objeto o fin, a saber, su rehabilitación y readaptación social, que permita asegurar su aptitud para ser reincorporado a la comunidad.
68. Las normas deónticas (incluyendo ciertamente a las constitucionales), pueden regular acciones, pero también pueden regular fines que se pretenden alcanzar. Tal como refiere Manuel Atienza, esta distinción, “supone dos formas distintas de regular la conducta. En un caso (las normas de acción), si se dan ciertas condiciones, entonces alguien debe, no debe o puede *hacer* algo. En el otro (normas de fin) se señalan ciertos fines a alcanzar y se deja que el destinatario elija (dentro de los límites fijados por otras normas) los medios adecuados para ello” (cfr. *El sentido del Derecho*, 2da. edición, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 79 – 80).
69. A la luz de esta distinción, el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución –incluso tras su interpretación a la luz del artículo 10.3 del aludido Pacto–, es claramente una norma de fin, puesto que impone a los poderes públicos, y principalmente al legislador, la creación de un régimen orientado al cumplimiento de una finalidad, sin especificar cuáles son las acciones concretas que deben ejecutarse para su consecución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

En efecto, la referida disposición constitucional obliga a asegurar un régimen penitenciario orientado a la resocialización del penado, entendida ésta como la situación en virtud de la cual el ser humano, no solo ha internalizado y comprendido el daño social generado por la conducta que determinó su condena, sino que además es representativa de que su puesta en libertad no constituye una amenaza para la sociedad, al haber asumido el deber de no afectar la autonomía moral de otros seres humanos ni otros bienes necesarios para la convivencia pacífica. No obstante, ¿cuáles son las medidas concretas que deben realizar el legislador y los poderes públicos en general para alcanzar dicho fin? Sobre ello la Constitución guarda silencio.

70. Ello significa que el legislador no puede constitucionalmente eludir el cumplimiento del fin, pero sí puede escoger los medios que, a su criterio, resulten más convenientes para realizarlo. Y es que como bien se ha señalado, “[l]as normas de fin (ya se trate de principios (...) o de reglas (...)) dejan siempre cierta discrecionalidad a los destinatarios” (cfr. Atienza, Manuel, ob. cit., p. 80).
71. En esa línea, este Tribunal, con relación al artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, ha precisado que “no por su condición de principio carece de eficacia, ya que comporta un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o al momento de establecer el [q]uantum de ellas” (STC 0010-2002-PI/TC, fundamento 208).
72. Los beneficios penitenciarios son las medidas que el legislador o la autoridad administrativa adopta en procura de alcanzar el fin constitucionalmente exigido. Mientras su configuración normativa esté orientada a la readaptación social del penado, no es posible exigir al legislador la previsión de un concreto tipo de beneficios. Es decir, no existe un derecho fundamental a un concreto tipo de beneficios penitenciarios, ni siquiera a aquellos que son representativos de la posibilidad de la concesión antelada de libertad. De ahí que la exclusión de algunos de ellos en función de la gravedad de ciertos delitos, no puede dar lugar a un vicio de inconstitucionalidad.

Es por ello que el Tribunal Constitucional ha sostenido que “[e]n estricto los beneficios penitenciarios no son derechos fundamentales, sino garantías previstas por el Derecho de Ejecución Penal, cuyo fin es concretizar el principio constitucional de resocialización y reeducación del interno” (SSTC 0842-2003-PHC/TC, fundamento 3; 2700-2006-PHC/TC, fundamento 19; 0033-2007-PI/TC, fundamento 46).

73. Es verdad que el artículo 42º del Código de Ejecución Penal, establece que “[l]os beneficios penitenciarios son los siguientes: 1.- Permiso de salida. 2.- Redención de la pena por el trabajo y la educación. 3.- Semi-libertad. 4.- Liberación condicional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

5.- Visita íntima. 6.- Otros beneficios". Sin embargo, ello no significa que por vía de este precepto se ha "constitucionalizado" un concreto tratamiento penitenciario para la totalidad de delitos cometidos. Tal razonamiento negaría el ámbito de libre configuración legal que, respetando el objetivo previsto en el artículo 139º, inciso 22 de la Constitución, corresponde al Parlamento, como representante de la Nación (artículo 93º de la Constitución) en materia de política penitenciaria

74. Tanto la redención de la pena por trabajo y educación, como la semi-libertad y la liberación condicional, aunque bajo distintos motivos, inciden sobre el tiempo de ejecución efectiva de la pena privativa de libertad (artículos 44º, 48º y 53º, respectivamente). Se trata, pues, de incentivos que debieran resultar *prima facie* eficaces para lograr la rehabilitación del penado. Sin embargo, su concreta previsión no viene impuesta por norma constitucional alguna. Acaso la única medida que viene impuesta por el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, como medio para lograr la rehabilitación del penado, es la de una política penitenciaria reeducativa, lo que, a su vez, acepta diversos modos de concretización.

Los beneficios orientados a la obtención de una libertad antelada ingresan dentro del marco de lo constitucionalmente posible, e incluso quizá de lo técnicamente recomendable, pero no de lo constitucionalmente obligatorio.

75. Ahora bien, ello no significa que una vez que el legislador ha previsto beneficios penitenciarios que permiten la obtención de la libertad antes del cumplimiento de la totalidad de la pena, su denegación arbitraria no genere un problema de relevancia constitucional. En otras palabras, "[e]llo no quiere decir que la denegación de tales solicitudes de libertad puedan o deban ser resueltas de manera caprichosa o arbitraria por los jueces competentes. No se puede olvidar, sobre el particular, que la resolución que la concede o deniega debe atenderse escrupulosamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho reconocido en el inciso 5) del artículo 139º de la Constitución; es decir, que deberá resolverse de manera especialmente fundamentada, precisándose los argumentos fácticos y jurídicos en los cuales se sustenta. Resulta claro que, inexistente o manifiestamente arbitraria dicha que sea fundamentación [Cf. STC 0806-2003-HC/TC], la resolución que deniega el beneficio penitenciario (...) constituye una violación (...) del derecho constitucional a la motivación de las resoluciones judiciales" (STC 1593-2003-PHC/TC, fundamento 19).

76. En consecuencia, a la luz de lo expuesto, cuando el legislador, a través del artículo 3º de la Ley N.º 28704, ha suprimido los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, como la semi-libertad y la liberación condicional, para los casos de personas condenadas por la comisión del delito de violación sexual de menores, no ha suprimido una concreta clase de tratamiento penitenciario que constitucionalmente le venga impuesta, sino una que nació del ejercicio de sus



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

competencias desenvueltas en el ámbito de lo que la Constitución le permite. Desde luego, lo que aparece en el mundo del Derecho dentro de dicho ámbito, puede desaparecer de la misma forma, sin a este a Tribunal compete enjuiciar su conveniencia o inconveniencia.

77. Distinto sería el asunto si, como consecuencia de la supresión de los referidos beneficios, los condenados por la comisión del delito de violación sexual de menores se hubiesen encontrado sin ningún tipo de tratamiento penitenciario orientado a su resocialización. Empero, ese no es el caso. Como bien ha advertido el Procurador del Congreso (cfr. escrito de contestación de la demanda, p. 19), no solo resulta que el artículo 42º del Código de Ejecución Penal prevé otros tipos de beneficios penitenciarios, sino que el inciso 6) de tal disposición permite advertir que se trata de una lista abierta, consecuentemente, capaz de ser complementada por el propio legislador, e incluso por las autoridades administrativas competentes, en aras de cumplir con la finalidad exigida por el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución.

De hecho, el artículo 59º del aludido Código, prevé también otras clases de beneficios. Dicho precepto dispone lo siguiente: “Los actos que evidencian en el interno espíritu de solidaridad y sentido de responsabilidad, tanto en el comportamiento personal como en la actividad organizada en el Establecimiento Penitenciario, son estimulados mediante recompensas que otorga el Consejo Técnico Penitenciario y que son anotadas en su expediente personal. Estas recompensas son: 1.- Autorización para trabajar en horas extraordinarias. 2.- Desempeñar labores auxiliares de la Administración Penitenciaria, que no impliquen funciones autoritativas. 3.- Concesión extraordinaria de comunicaciones y visitas. 4.- Otras que determine el Reglamento”. Se aprecia, pues, que incluso esta lista sigue siendo abierta a las nuevas medidas resocializadoras que pueda adoptar la autoridad administrativa por vía reglamentaria.

78. Consiguientemente, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 3º de la Ley N.º 28704, resulte compatible con la Constitución.

§7. Juez penal, deberes funcionales constitucionales y beneficios penitenciarios

79. Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal Constitucional, en atención a sus funciones de valoración, pacificación y ordenación (SSTC 0054-2004-PI/TC, fundamento 16; 0019-2005-PI/TC, fundamento 47; 5854-2005-PA/TC, fundamento 14; 0012-2006-PI/TC, fundamento 111; 0017-2008-PI/TC, fundamentos 81 - 83; 0023-2008-PI/TC, fundamento 27; STC 0024-2010-PI/TC, fundamento 7; entre otras), considera que existe mérito para profundizar en el tratamiento que constitucionalmente corresponde aplicar a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, semi-libertad y liberación condicional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

80. La concesión de estos beneficios está condicionada al cumplimiento de ciertas formalidades previstas en la legislación, distintas en cada caso. No obstante, a juicio del Tribunal Constitucional, al incidir sobre la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad, su concesión, en el caso de todos ellos, se encuentra condicionada a un requisito adicional de carácter material: el penado debe encontrarse rehabilitado, es decir, debe existir certeza de que su puesta en libertad con antelación al cumplimiento total del *quantum* de la pena impuesta, no representa en modo alguno una amenaza para la seguridad de la población ni para ningún otro derecho fundamental.
81. En efecto, de conformidad con el artículo 2º, inciso 24, literal f), de la Constitución, “[n]adie será (...) 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”. Por su parte, el artículo 44º de la Norma Fundamental, establece que uno de los deberes primordiales del Estado, es “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”. Por consiguiente, una interpretación sistemática de ambos preceptos permite sostener que no solo resulta que ante la inexistencia de una previa tipificación de una infracción punible y una pena, *nadie será sancionado* por un determinado hecho, sino que, *contrario sensu*, ante la existencia de dicha tipificación y pena previas, presentado el hecho que se subsuma en la norma penal, a menos que se presente una excepción prevista en la ley, constitucionalmente *uno debe ser sancionado* por dicho hecho con la pena predeterminada. Este deber se profundiza si el bien violado por la conducta típica es un derecho fundamental, pues, tal como se mencionó, de acuerdo al criterio de la Corte Interamericana, “los Estados deben prevenir, investigar y *sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención*” (cfr. Caso Velásquez vs. Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 166; cursiva agregada)
82. Siendo ello así, si bien es posible que, en aplicación del principio previsto en el artículo 139º, inciso 22, de la Constitución, la efectiva ejecución de la pena se reduzca, concediendo libertad al penado antes de que se cumpla la totalidad de la pena impuesta, ello solo puede suceder si no existen dudas de que para entonces éste se encuentra resocializado.
83. Acaso podría sostenerse que, en caso de dudas, el principio *favor libertatis*, exigiría al juzgador conceder el beneficio penitenciario que permita al penado recuperar con antelación el ejercicio de la libertad. Esta es una apreciación errónea. Quien ha sido constitucionalmente pasible de una pena privativa de la libertad personal, se encuentra suspendido en el ejercicio de dicho derecho fundamental. El principio interpretativo *favor libertatis* resulta operativo cuando nos encontramos ante supuestos en los que la persona se encuentra en pleno ejercicio del derecho, o, en todo caso, cuando existen dudas relacionadas a si su contenido ha sido o no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

válidamente limitado. Ninguno de estos supuestos se presenta cuando la persona ha sido constitucionalmente condenada a pena privativa de libertad.

84. En razón de lo expuesto, cuando un juez penal ordena la excarcelación de un delincuente que no ha cumplido la totalidad de su pena, sin que acreditadamente se encuentre resocializado, dicho juez viola flagrantemente el deber primordial que expresamente le impone el artículo 44º de la Constitución de “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”. Desde luego, la condición de resocialización en determinados casos puede ser algo difícil de valorar. Empero, ya ha establecido este Tribunal que, en caso de dudas, el juez penal tiene la obligación de no conceder el beneficio de libertad.

Desde luego, los criterios expuestos también deben ser atendidos por los fiscales al momento de tener que emitir un dictamen favorable o desfavorable a la concesión de un beneficio, en particular, en el marco de los procedimientos regulados por los artículos 50º y 55º del Código de Ejecución Penal.

85. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional encuentra que hay situaciones en las que objetivamente puede apreciarse el grave incumplimiento del referido deber constitucional. Dichas situaciones se presentan cuando del análisis de la resolución judicial que concede la libertad en aplicación de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, semi-libertad y liberación condicional, se advierte que el beneficio ha sido concedido:

- a) En el caso de un delito para el que se encontraba legalmente prohibido.
- b) A pesar de que no se cumplieran los requisitos formales previstos en la ley.
- c) Tras la sola constatación del cumplimiento de los requisitos formales previstos en la ley, sin analizar el grado de resocialización del penado.
- d) A pesar de que la motivación que permitió concluir la resocialización, es meramente aparente, y la no resocialización del penado queda acreditada por el hecho de que éste ha reincidido en el hecho típico que dio lugar a la primigenia sentencia condenatoria o ha incurrido en un nuevo delito de igual o mayor gravedad, lo cual se determinará en función de las penas imponibles por tales hechos. Para tales efectos, se entenderá por motivación aparente aquella que no incluye un desarrollo argumentativo orientado a justificar –sobre la base de los informes técnicos, pero también del propio criterio desplegado por el juzgador–, de manera objetiva y suficiente, la convicción de que el penado no representa una amenaza para la seguridad de la población.

86. El juez penal que incurra en alguna de estas causales no solo viola el artículo 139º, inciso 5, de la Constitución, que establece el deber de la debida motivación de las resoluciones judiciales, sino también el deber funcional derivado de la propia Norma Fundamental, consistente en “proteger a la población de las amenazas contra su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

seguridad” (artículo 44º de la Constitución). *Ergo*, incurre en la falta muy grave prevista en el artículo 48º, inciso 13, de la Ley N.º 29277 –Ley de la Carrera Judicial–, consistente en “[n]o motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales”.

En efecto, esta falta legalmente prevista, interpretada a la luz de la Constitución, inobjetablemente se configura en los casos descritos en el fundamento anterior, los cuales son representativos de la violación del deber constitucional contemplado en el artículo 44º de la Norma Fundamental. Por consiguiente, en estos casos, en aplicación del artículo 154º, inciso 3, de la Constitución, y del artículo 55º de la Ley N.º 29277, la Corte Suprema tiene el deber de solicitar al Consejo Nacional de la Magistratura la destitución del juez, y el referido órgano constitucional, en ejercicio de la competencia prevista en el mismo precepto constitucional y en el artículo 63º de la Ley N.º 29277, tiene el deber constitucional de, previo procedimiento disciplinario y acreditada la violación al referido deber funcional constitucional y legal, proceder a su respectiva destitución.

§8. Aplicación de la ley en el tiempo y beneficios penitenciarios

87. Asimismo, el Tribunal Constitucional estima oportuno reiterar su criterio en el sentido de que las modificaciones legislativas relacionadas con los beneficios penitenciarios vinculados con la eventual puesta en libertad del penado, son inmediatamente aplicables, aún cuando ellas sean representativas de un tratamiento penitenciario más estricto. Ello es así, antes que por la naturaleza de la ley penitenciaria (lo cual desde una perspectiva constitucional puede resultar hasta cierto punto intrascendente), por el fundamento constitucional que subyace al principio de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal *in malam partem* y de aplicación ultractiva de ley penal más beneficiosa (artículo 103º de la Constitución).

88. Dicho fundamento consiste en el principio liberal orientado a evitar que el Estado utilice a la norma penal limitativa de la libertad personal como un recurso para objetivar al ser humano, imponiéndole sanciones por hechos que no eran típicos cuando se produjeron o con penas mayores a las que estaban previstas en el ordenamiento en ese momento. Es decir, la razón constitucional subyacente no es solo que la persona pueda anticipar razonablemente la ilicitud penal de su conducta en función de lo que el ordenamiento prevé, sino también el *quantum* de pena imponible. De ahí que, de acuerdo con el artículo 2º, inciso 24º, literal d), de la Constitución, “[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; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

89. Así las cosas, el fundamento de un principio penal como el enunciado en el artículo 103º de la Constitución, no consiste en una suerte de mandato para aplicar en toda



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

circunstancia relacionada directa o indirectamente con el Derecho Penal la ley más beneficiosa, sea ésta sustantiva, procesal o penitenciaria, sino en que toda persona pueda anticipar la tipicidad de una conducta y la pena a ella imponible.

90. La tesis que pretende extender el principio del artículo 103º de la Constitución a la aplicación de la ley penitenciaria, planteando la aplicación ultractiva de la ley más beneficiosa, lo hace, esencialmente, sobre la base de considerar que la ley penitenciaria eventualmente también incide sobre el tiempo de ejecución de la pena, y que, por consiguiente, exige el mismo tratamiento aplicable a la ley que instituye el *quantum* de la pena.
91. Este razonamiento cae en el error de no tomar en cuenta el referido fundamento constitucional que subyace a la aplicación ultractiva de la ley penal más beneficiosa, que es, como se dijo, que el ser humano pueda anticipar razonablemente la tipicidad del hecho y la pena imponible.

En efecto, no existe duda de que, si se respeta la aplicación ultractiva de la ley penal más beneficiosa, cuando se comete el hecho típico, es posible anticipar la pena imponible. Pero, ¿es posible anticipar en dicho momento cuál será el tratamiento de la efectiva ejecución de la pena? Si se toma en cuenta que, como quedó establecido, el artículo 44º de la Constitución prohíbe conceder el beneficio de libertad antelada sin estar presente la acreditada resocialización del penado, la respuesta a tal interrogante evidentemente es negativa. Y es que quien crea que cabe una respuesta afirmativa, no solo está asumiendo que cuando se realiza el ilícito es posible anticipar razonablemente el *quantum* de la pena imponible, sino además el grado de resocialización que alcanzará el delincuente, lo cual, tanto en dicho momento, como incluso en el momento del dictado de la sentencia condenatoria firme, es ciertamente imposible.

Individualización de la pena y tratamiento de su ejecución son, pues, cosas distintas desde un punto de vista constitucional, pues mientras la primera queda condicionada a las características del hecho típico, el otro está condicionado, cuando menos en lo que a los beneficios penitenciarios que permiten una libertad antelada respecta, al nivel de resocialización del penado.

En otras palabras, para el tratamiento de los beneficios penitenciarios, el fundamento constitucional que subyace a la aplicación de la ley penal más beneficiosa (a saber, poder predecir la acción del Derecho penal), se desvanece. En consecuencia, no juega ningún rol en el marco de dicho tratamiento.

92. El único momento en que es posible verificar el grado de resocialización del penado, es cuando se presenta la solicitud de aplicación del beneficio que genera libertad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

anticipada. De ahí que la ley penitenciaria aplicable es la que se encuentra vigente en la fecha en que se solicita el beneficio.

Tal como ha precisado este Tribunal, “[d]esde ese momento, cualquier modificación que se realice a las condiciones para acogerse a un beneficio penitenciario no podrá ser aplicable al caso concreto del solicitante, a no ser que la nueva ley, como dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, sea más favorable al interno” (STC 1593-2003-PHC/TC, fundamento 12).

93. Otra razón que desvirtúa constitucionalmente la posibilidad de que la ley penal y la ley penitenciaria tengan el mismo tratamiento en cuanto su aplicación en el tiempo, consiste en que en cuando se produce el hecho típico que sirve de base para determinar qué norma penal se aplica, para el Derecho aún no hay culpable, pues “[t]oda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad” (artículo 2º, inciso 24, literal e., de la Constitución). Consecuentemente, antes de que dicha declaración se produzca, ni el daño ocasionado al contenido protegido del bien constitucional ni tampoco la necesidad de proteger los derechos de la sociedad, pesan en contra de la libertad personal del acusado. Por el contrario, cuando se determina la aplicación de la ley penitenciaria, ya existe un delincuente individualizado y, por consiguiente, los antedichos valores ingresan en la valuación, al momento de determinar si se le concede o no la libertad.
94. Ahora bien, podría alegarse que, de todas formas, bajo esa perspectiva, podrían ser inmediatamente aplicables las leyes que aumentan las condiciones formales para obtener el beneficio de la libertad, pero no las que los eliminan, cuando menos no si la persona se encuentra resocializada.

Este argumento caería nuevamente en el error de asumir que los concretos beneficios orientados a obtener una libertad antelada vienen impuestos por la Constitución. Como se ha expuesto, lo que la Constitución exige es que a través de la ley se instituya un régimen penitenciario orientado a la resocialización, pero no exige que la legislación, una vez acreditada la resocialización, disponga siempre la libertad, a pesar de que el tiempo de la pena impuesta aún no se ha cumplido. Bajo esa perspectiva, la medida del *quantum* de la pena ya no estaría determinada por lo previsto en la ley penal, en función del grado de dañosidad social del ilícito, sino llanamente por el nivel de resocialización del penado, lo que resultaría contrario al principio de legalidad penal, previsto en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución.

En consecuencia, las leyes que, en razón de la especial gravedad de determinados delitos, suprimen los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, como la semi-libertad y la liberación condicional, son también



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC

LIMA

MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

inmediatamente aplicables a quienes purguen penas por tales delitos y aún no hayan solicitado el beneficio.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.
2. De conformidad con los fundamentos 80 a 83 *supra*, la concesión de la libertad al penado en aplicación de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, semi-libertad o liberación condicional, se encuentra condicionada a que el juez penal, tras la respectiva valoración, tenga la convicción de que el referido penado se encuentra rehabilitado, y, consecuentemente, no constituye una amenaza para la seguridad de la población. En caso de duda, en observancia del artículo 44º de la Constitución, el juez está constitucionalmente prohibido de conceder la libertad. En estos casos no opera el principio *favor libertatis*, por no ser de aplicación a personas condenadas a pena privativa de libertad a través de una sentencia firme si aún no se ha cumplido la totalidad del *quantum* de la pena impuesta.

Conforme a los artículos VI y 82º del Código Procesal Constitucional, este criterio es vinculante para todos los poderes públicos.

3. De conformidad con el fundamento 85 *supra*, los jueces penales violan objetivamente el deber constitucional de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, previsto en el artículo 44º de la Constitución, cuando del análisis de una resolución judicial que concede la libertad en aplicación de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, semi-libertad y liberación condicional, se advierte que el beneficio ha sido concedido:
 - a) En el caso de un delito para el que se encontraba legalmente prohibido.
 - b) A pesar de que no se cumplían los requisitos formales previstos en la ley.
 - c) Tras la sola constatación del cumplimiento de los requisitos formales previstos en la ley, sin analizar el grado de resocialización del penado.
 - d) A pesar de que la motivación que permitió concluir la resocialización, es meramente aparente, y la no resocialización del penado queda acreditada por el hecho de que éste ha reincidido en el hecho típico que dio lugar a la primigenia sentencia condenatoria o ha incurrido en un nuevo delito de igual o mayor gravedad, lo cual se determinará en función de las penas imponibles por tales hechos. Para tales efectos, se entenderá por motivación aparente aquella que no incluye un desarrollo argumentativo orientado a justificar –sobre la base de los informes técnicos, pero también del propio criterio desplegado por el juzgador–, de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0012-2010-PI/TC
LIMA
MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

manera objetiva y suficiente, la convicción de que el penado no representa una amenaza para la seguridad de la población.

4. De conformidad con el fundamento 86 *supra*, una interpretación del artículo 48º, inciso 13, de la Ley N.º 29277 –que establece que es falta muy grave por parte de los jueces “[n]o motivar las resoluciones judiciales o inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales”–, conforme al artículo 44º de la Constitución –que establece que es deber de los jueces y de todo poder público “proteger a la población de las amenazas contra su seguridad”–, exige concluir que en los casos descritos en el punto resolutivo precedente, los jueces incurren en la referida falta.

Por consiguiente, en estos casos, en aplicación del artículo 154º, inciso 3, de la Constitución, y del artículo 55º de la Ley N.º 29277, la Corte Suprema tiene el deber de solicitar al Consejo Nacional de la Magistratura la destitución del juez, y el referido órgano constitucional, en ejercicio de la competencia prevista en el mismo precepto constitucional y en el artículo 63º de la Ley N.º 29277, tiene el deber constitucional de, previo procedimiento disciplinario y acreditada la violación al referido deber funcional constitucional y legal, proceder a su respectiva destitución.

Conforme a los artículos VI y 82º del Código Procesal Constitucional, este criterio es vinculante para los poderes públicos concernidos.

5. De conformidad con los fundamentos 87 a 94, las leyes que reducen o eliminan los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, como la semi-libertad y la liberación condicional, son inmediatamente aplicables a los casos en los que tales beneficios aún no hayan sido solicitados.

Conforme a los artículos VI y 82º del Código Procesal Constitucional, este criterio es vinculante para todos los poderes públicos.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
URVIOLA HANI

Lo que certifico: 34

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00012-2010-PI/TC
LIMA
MAS DE 5,000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto en atención a que estando de acuerdo con la conclusión del proyecto que se pone a mi vista, considero que algunos fundamentos son innecesarios para la resolución del caso:

1. Corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra los artículos 2º y el primer párrafo del artículo 3º de la Ley N° 28704, que establecen que el indulto, la conmutación de la pena, el derecho de gracia y los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semi-libertad y liberación condicional, no son aplicables a las personas que hayan sido condenadas por la comisión del delito de violación sexual de menores de edad, por considerar que tal regulación afecta el principio-derecho a la igualdad, reconocido por el artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú, puesto que a toda persona debe aplicársele el artículo 139º, inciso 22, de la Carta Constitucional, el que establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.
2. Es así que en el proyecto puesto a mi vista se desestima la demanda de inconstitucionalidad descartando todo tipo de inconstitucionalidad en el tratamiento legal del delito de violación sexual de menores, lo que está bien para mí puesto que también considero que la norma es constitucional en atención a que si bien realiza un tratamiento diferenciado, ésta se encuentra justificada en razones objetivas y razonables.
3. En tal sentido me encuentro de acuerdo con el proyecto puesto a mi vista, puesto que ha desestimado la demanda de inconstitucionalidad, considerando que la norma cuestionada interviene de manera leve el principio-derecho a la igualdad con el objeto de satisfacer tres bienes jurídicos que gozan de especial regulación en el sistema constitucional, *i)* desmotivar la comisión del delito de violación sexual de menores, *ii)* generar la confianza en la población en el sistema pena al apreciar que las penas se cumplen en su totalidad en el caso de este delito, y *iii)* generar un primer efecto reeducador en el delincuente que incurra en éste. En tal sentido aplicado el *test* de igualdad se verifica que el trato diferenciado tiene una justificación razonable y objetiva razón por la que no puede considerarse dicho trato como discriminatorio. En tal sentido el cuestionamiento propuesto por el demandante respecto a la afectación del principio-derecho igualdad debe ser desestimada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



4. Es indudable que el Estado, con su poder soberano, está no solo facultado para contravenir el artículo 139°, inciso 22 de la Constitución Política del Perú, sino para oponerse abiertamente al indulto y a la conmutación de la pena en los casos de la comisión del delito de violación sexual que tiene como agraviado a un menor de edad. En tal sentido es justificatoria la restricción y hasta la negación de dichas instituciones cuando con la comisión del delito se aprovecha, sin reserva y sin pudor, de un estado de debilidad o de inmadurez pasajera o definitiva, por razones de edad, de una persona en formación o mejoración, estando el menor en situación de desventaja notoria o evidente. Es por ello que estoy de acuerdo con el proyecto en mayoría en cuanto desestima la demanda respecto a la denuncia de contravención del artículo 139, inciso 22 de la Constitución del Estado. Es así que en dicho proyecto se expresa que la medida legislativa de la eliminación del indulto como la conmutación de la pena para los condenados por la comisión del delito de violación sexual de menor de edad, pretende esencialmente proteger al menor en atención a que se encuentra en una situación de vulnerabilidad, razón que justifica la restricción de tales instituciones para los condenados por delitos que han afectado su integridad física, psíquica y moral, en este caso a través del acto de violación sexual. Asimismo expresa que la restricción de la gracia presidencial –que es otorgado solo a las personas que tienen calidad de procesados y no de sentenciados– es constitucionalmente posible en atención a la protección especial que merecen los menores. Es en este sentido que la ponencia expresa de manera acertada que no se afecta el objeto del régimen penitenciario, esto es la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.
5. La ponencia expresa también lo que el Tribunal Constitucional ha venido repitiendo en sus sentencias, esto es que los beneficios penitenciarios no constituyen derechos fundamentales, ingresando así dentro de lo constitucionalmente posible e incluso recomendable. Ello no significa que una vez que el legislador ha previsto beneficios penitenciarios, su denegatoria posterior pueda constituir arbitrariedad porque toda petición que se realice solicitando el otorgamiento de un beneficio penitenciario merece una respuesta sustentada debidamente. En tal sentido la admisión legislativa de acceder a un beneficio penitenciario exige que cualquier pedido merezca una respuesta debidamente fundamentada y motivada, puesto que lo contrario sí contravendría el derecho fundamental a la motivación de las resoluciones judiciales. En ese tal sentido se concluye en la ponencia expresando que la supresión de los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, como la semi-libertad y la liberación condicional para las personas condenadas por el delito de violación sexual de menor de edad se encuentra dentro del ámbito de las competencias del legislador, debiéndose tener presente que existen otros tipos de beneficios penitenciarios orientados a la resocialización del penado por este tipo de delito.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



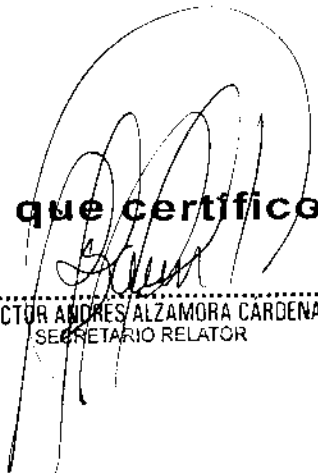
6. Es en dicho contexto en el que se vincula al Juez que resuelve un pedido referido a un beneficio penitenciario, puesto que se exige que su análisis y decisión se encuentren orientados a proteger a la sociedad, ya que una decisión errada del órgano judicial constituye propiamente una amenaza a la sociedad. Por ello es preciso señalar que los jueces se encuentran obligados a fundamentar debidamente su decisión, incurriendo en responsabilidad en el caso de otorgar un beneficio penitenciario cuando éste no corresponda.
7. Finalmente concuerdo con lo expresado en la ponencia cuando señala que las leyes que suprimen beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo y educación, como la semi-libertad y la liberación condicional, se dan en atención a la especial gravedad de determinados delitos, en este caso delitos que atentan contra bienes jurídicos primordiales del Estado, que atentan contra la dignidad del ser humano que en este caso resulta ser un menor de edad. Por ende la norma cuestionada debe ser aplicada inmediatamente, incluso a las personas que no hayan solicitado el beneficio.
8. Debo expresar asimismo que me aparto definitivamente del segundo párrafo del fundamento 54 de la ponencia puesta a mi vista, en atención a que considero impertinente –para analizar la restricción de la gracia presidencial para los condenados por el delito de violación sexual– la mención del artículo 103° de la Constitución, puesto que tal análisis no se encuentra relacionado con la aplicación retroactiva de la ley.

En consecuencia, mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad por las razones expuestas.

S.


VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:


VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR