EXP. N.° 06157-2008-PHC/TC
CAJAMARCA
ABRAHAM JIMÉNEZ
CHOCAN Y OTRO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ASUNTO

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

ANTECEDENTES

Los recurrentes interponen demanda de hábeas corpus contra la Segunda Sala Penal de Cajamarca y contra la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, por vulnerar sus derechos constitucionales a la debida motivación, al debido proceso, a la tutela procesal efectiva, a la libertad individual, así como los principios de legalidad y de retroactividad benigna de la ley penal. Refieren que con fecha 27 de abril de 2001, la Sala Superior demandada los condenó por el delito de tráfico ilícito de drogas en agravio del Estado, en el proceso penal N.° 99-0715, imponiéndoles una pena privativa de la libertad de 18 años, la misma que fue confirmada mediante ejecutoria suprema del 26 de noviembre de 2001. Señalan que si bien a la fecha en que sucedieron los hechos denunciados el marco legal que se encontraba en vigencia para el delito por el que fueron condenados (artículo 297° del Código Penal) establecía una pena privativa de libertad no menor de 25 años, se les impuso una pena privativa de la libertad de 18 años, es decir, por debajo del mínimo legal. Asimismo, afirman que a partir del 17 de junio de 2003 entró en vigencia la Ley N.° 28002, que modificó el artículo 297° del Código Penal, respecto del *quántum* de la pena, fijando un nuevo marco legal, en el que la pena mínima para el delito por el que fueron condenados sería de 15 años; y que, en atención a ello, mediante resoluciones de fecha 28 de diciembre de 2004 y de fecha 17 de mayo de 2005, se les concedió la sustitución de la pena, modificando el *quántum* de 18 a 15 años. Sin embargo, alegan que, posteriormente, mediante Sentencia Plenaria N.° 2-2005/DJ-301-A, de fecha 20 de

setiembre de 2005, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia fijó nuevos criterios vinculantes respecto a la *sustitución de la pena por retroactividad benigna*, según la cual, si fue impuesta una pena por debajo del mínimo legal, la nueva pena deberá también estar por debajo de dicho mínimo legal; y que, en ese sentido, plantearon una nueva solicitud de sustitución de pena, la que fue denegada por los órganos jurisdiccionales emplazados.

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

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

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

La Sala Superior competente confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

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

2. Asimismo, precisa que la retroactividad benigna permite la aplicación retroactiva de normas penales y no de criterios jurisprudenciales, pero en aplicación del principio-derecho a la igualdad reconocido en el artículo 2.°, inciso 2), de la Constitución, en

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

3. En ese sentido, la existencia del Acuerdo Plenario N.° 2-2005/DJ-301-A, que desarrolla el criterio de la sustitución de la pena por retroactividad benigna, ha establecido:

> *"Si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o ésta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley o. según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley".*

Análisis del caso

4. Este Tribunal no comparte el razonamiento planteado porque a través del acuerdo plenario, la Corte Suprema de Justicia de la República impone al juez penal no solo un criterio, sino que, además, le reduce su ámbito de acción al imponerle el sentido en que deben resolverse determinadas solicitudes vinculadas al ejercicio de sus atribuciones y competencias, lo cual excede no solo el contenido de la ley, sino también el de la Constitución.

5. En principio, el Juez Penal debe actuar conforme a la Constitución y a la ley, de modo que su independencia y autonomía, consagrada en el artículo 139.°, inciso 2), de la Constitución, no puede ser afectada ni de modo directo ni indirecto. De otro lado, los límites para su actuación de están fijados en la ley penal sustantiva, por lo que no puede pretenderse que, a través un acuerdo plenario, se impongan límites a su actuación o se fijen parámetros que relativicen su función.

6. Por ello cabe tener presente que el juez penal tiene como parámetros para la imposición de la pena los máximos y mínimos que fija la ley penal sustantiva, dependiendo del delito cuya comisión se haya verificado y cuyo autor o autores hayan sido identificados; excepcionalmente, el juez penal puede reducir la pena, por debajo del mínimo, para lo cual debe explicar las razones para proceder de esa manera.

7. En ese sentido, determinar a priori, como lo hace el acuerdo plenario, que el juez penal en los casos en los que se impuso una pena por debajo del límite legal estipulado en una ley anterior, debe, por la entrada en vigencia de una nueva norma que establece un nuevo mínimo legal, imponer una pena inferior a dicho nuevo mínimo legal, constituye una intromisión inaceptable en la autonomía e independencia del juez.

8. Si bien la sustitución o reducción de la pena no importa un nuevo juzgamiento, ello no significa que la actuación del juez penal se convierta en una simple operación matemática, sino que este debe proceder de modo que la decisión que adopte en ese sentido sea razonable y proporcional, además de motivada; esto es, que en algunos casos la sustitución de la pena puede darse por debajo del nuevo mínimo, hasta el nuevo mínimo o por sobre él mismo, siempre que sea inferior a la pena inicialmente impuesta, lo que dependerá de la decisión que de manera justificada expida el juzgador.

   Además, en la resolución impugnada, del 14 de setiembre de 2007, que en autos corre a fojas 108, se explica que en el caso de autos ya se había producido la sustitución de la pena al demandante en el proceso de hábeas corpus, dado que la Ley N.° 28002 había modificado los artículos 296.° y 297.° del Código Penal, con posterioridad a la sentencia emitida en su contra, por lo que no corresponde una nueva sustitución, sobre todo cuando la efectuada es acorde a derecho.

9. El problema no es que la Corte Suprema de Justicia emita acuerdos plenarios o precedentes vinculantes; al contrario, ello es sumamente deseable, a efectos de afianzar la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento; el problema se presenta cuando se utiliza estos mecanismos para determinar cómo deben pronunciarse los jueces en determinados supuestos. En ese sentido, cabe señalar que la importancia de los precedentes vinculantes está en cómo integran el ordenamiento jurídico, complementándolo ante la existencia de los vacíos normativos que se presentan, pero en modo alguno pueden servir para determinar cómo se debe resolver en determinados supuestos.

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

imponer un criterio a efectos de resolver ciertos asuntos, como el que ha sido materia de autos.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR

VOTO DE LOS MAGISTRADOS VERGARA GOTELLI Y BEAUMONT CALLIRGOS

Emitimos el presente voto, sustentándolo en las siguientes consideraciones:

1. La presente demanda de hábeas corpus tiene por objeto cuestionar la denegatoria de sustitución de pena dispuesta mediante resolución de fecha 24 de noviembre de 2006 por la Sala Superior emplazada, así como su confirmatoria, expedida por la Sala Suprema emplazada, de fecha 14 de de septiembre de 2007. Al respecto, los recurrentes aducen que al haberse fijado nuevos criterios en virtud de la Sentencia Plenaria N.° 2-2005/DJ-305-A, emitida por la Corte Suprema de Justicia para la sustitución de pena, debe procederse a una nueva sustitución conforme a los criterios expuestos en la referida sentencia plenaria.

Sustitución de pena y justicia constitucional

2. Conforme al artículo 6, *in fine*, del Código Penal, "*Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley*". Al respecto, este Tribunal Constitucional ha señalado que la sustitución de pena, prevista en el artículo 6° del Código Penal, constituye una manifestación de la retroactividad benigna de las leyes penales, reconocida en el artículo 103° de la Constitución (Cfr. Exp. N° 9810-2006-PHC/TC, 2389-2007-PHC/TC, entre otros). Como tal, la negativa por parte de una autoridad jurisdiccional de individualizar la pena sobre la base de un nuevo marco penal que resulte menos gravoso para el condenado es un asunto que puede ser conocido por la justicia constitucional.

3. Sin embargo, ello no implica que la propia sustitución de pena, es decir, la nueva individualización de la sanción penal, constituya una atribución conferida a la justicia constitucional. Y es que, como ya lo ha señalado este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la determinación de la responsabilidad penal es competencia exclusiva de la justicia ordinaria, aspecto que también involucra la graduación de la pena impuesta en sede penal. En este sentido no cabe sino recalcar que la asignación de la pena obedece a una declaración previa de culpabilidad realizada por el juez ordinario, quien en virtud de la actuación probatoria llevada a cabo al interior del proceso penal llega a la convicción de la comisión de los hechos investigados, la autoría y el grado de participación de los inculpados. El *quántum*

de la pena obedece, pues, a un análisis del juez ordinario, quien sobre la base de los criterios mencionados fijará una pena proporcional a la conducta sancionada.

4. En este orden de ideas, no puede acudirse a la justicia constitucional a fin de solicitar que el propio juez constitucional efectúe la sustitución de pena, ya que ello comportaría que la justicia constitucional se constituya en una instancia suprajudicial, lo que, sin duda, excedería el objeto de los procesos constitucionales de la libertad y el contenido constitucionalmente protegido de los derechos protegidos en el hábeas corpus, siendo en dichos supuestos de aplicación el artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional.

5. Otra sería la situación si se advirtiera una negativa injustificada por parte del órgano jurisdiccional de absolver la solicitud de sustitución de pena pretendida por los sentenciados, en cuyo caso la pretensión deberá ser estimada, ordenándose al órgano jurisdiccional que proceda a individualizar la pena sobre la base del nuevo marco legal.

6. Entonces cabe acudir a la justicia constitucional en caso de que la justicia penal deniegue de modo arbitrario la sustitución de la pena. Así lo ha reconocido este Tribunal Constitucional en los procesos N.°s 06406-2007-PHC/TC, 09810-2006-PHC/TC, 2389-2007-PHC/TC, entre otros.

Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

7. En el presente caso, los emplazados han manifestado que la retroactividad benigna de la ley penal (artículo 103° de la Constitución) sólo permite la aplicación retroactiva de normas legales y no de criterios jurisprudenciales, lo que ha sido acogido por las instancias precedentes para desestimar la pretensión. Sin embargo, estimamos que la pretendida aplicación de la referida sentencia plenaria puede ser analizada desde el punto de vista del principio de igualdad, concretamente, desde la igualdad en la aplicación de la ley.

8. El principio-derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2, inciso 2, de la Constitución, tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley. Mientras la primera constituye un límite al legislador, la igualdad en la aplicación de la ley se configura como límite a la actuación de los órganos jurisdiccionales o administrativos, exigiendo que los mismos, al momento de aplicar las normas jurídicas, no atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales (Cfr. Exp. N.° 004-2006-PI/TC, fundamentos 123-124).

9. En el presente caso, al existir una sentencia plenaria de la Corte Suprema de Justicia que unifica la aplicación de la sustitución de la pena para la Ley N.° 28002, los recurrentes solicitan que el mismo criterio les sea aplicado. En tal virtud, el presente proceso de hábeas corpus no versa, como lo han entendido las instancias precedentes, en la posibilidad de aplicar de modo retroactivo un criterio jurisprudencial, sino en la aplicación de la ley de conformidad con el principio de igualdad, en cuyo caso las resoluciones que pretenden unificar su aplicación a través de sentencias plenarias constituyen una concretización de dicho principio, procurado una aplicación de la ley en similares términos para todos los justiciables.

Análisis del caso concreto

10. Del análisis de autos se aprecia que si bien los recurrentes solicitaron al órgano jurisdiccional que se les sustituya la pena (a fojas 100) de conformidad con el criterio previsto en el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/DJ-301-A, que interpreta la institución de la sustitución de pena por retroactividad benigna, dicha petición fue declarada improcedente por la Sala Superior emplazada y confirmada por la Sala Suprema mediante resolución de fecha 14 de setiembre de 2007, obrante a fojas 28, por cuanto ya había sido efectuada la sustitución de la pena antes de la emisión de la referida sentencia plenaria, cuyos criterios no podían ser aplicados de modo retroactivo.

11. En efecto se advierte que la resolución de fecha 24 de noviembre de 2006 cuestionada rechaza el pedido formulado por los recurrentes en razón de que "*(...) a los solicitantes ya se les sustituyó la pena privativa de libertad de 18 años (...), a la de 15 años de pena privativa de libertad, contra la que no se hizo valer recurso impugnatorio alguno y en aplicación de lo preceptuado por la ley N.° 28002 y el artículo sexto del Código Penal*". Asimismo en dicha resolución la Sala Superior señala que "*si bien en dichas decisiones jurisdiccionales no se tuvieron en cuenta la sentencia plenaria número dos guión dos mil cinco guión DJ guión trescientos uno guión A, (...), es porque aún no estaba vigente, motivo por el cual debe declararse la improcedencia de las solicitudes formuladas (...)*" (fojas 25).

12. Por otra parte, la Sala Suprema igualmente demandada alega argumentos similares a los del que el *a quo*, agregando que la Sentencia Plenaria 2-2005/DJ- 301-A, del 30 de setiembre de 2005, "*(...) no cuestiona la conclusión arribada por la Sala Superior*" y que, en todo caso, "*no puede aplicarse retroactivamente, porque la modificación excepcional de una sentencia sólo es posible en virtud de un cambio legal más favorable al reo*" (fojas 28).

13. Al respecto, consideramos que, conforme al principio de igualdad en la aplicación de la Ley, un órgano jurisdiccional debe aplicar criterios similares a fin de resolver casos sustancialmente iguales. Es por ello que habiéndose emitido una sentencia plenaria de la Corte Suprema de Justicia que unifica los criterios de aplicación de la sustitución de la pena por retroactividad benigna, resulta vulneratorio del principio de igualdad que dichos criterios no sean aplicables a todos los justiciables, siendo la ley respecto de la que se emitió el referido criterio interpretativo igualmente aplicable a todos. En efecto, la Sentencia Plenaria N.° 2-2005/DJ-301-A, cuya aplicación reclaman los recurrentes, ha establecido lo siguiente:

> *"Si se impuso una pena inferior al mínimo legal estipulado en la ley anterior o ésta respeta los parámetros de dicha ley, la nueva pena debe, asimismo, imponer una pena inferior al mínimo legal establecida en la nueva ley o, según el caso, una pena dentro de los parámetros de la nueva ley".*

14. En el presente caso, se advierte que la Ley N.° 28002, que modifica el artículo 297 del Código Procesal Penal, establece una pena privativa de libertad mínima de 15 años, y las resoluciones de sustitución de pena efectuadas antes de la emisión de la sentencia plenaria les impusieron a los recurrentes penas de 15 años, equivalentes al mínimo legal. Es por ello que al haberse emitido la referida Sentencia plenaria N.° 2-2005/DJ-301-A, los criterios establecidos en ella -conforme a los cuales, si la pena originalmente impuesta se encontraba por debajo del mínimo legal, la sustitución de pena también debía contemplar una pena por debajo del mínimo- debieron ser de aplicación al caso a través de una nueva sustitución de pena.

15. En consecuencia, la pretensión debe ser estimada, disponiéndose que el órgano jurisdiccional proceda a efectuar una nueva individualización de la pena sobre la base de los nuevos criterios sobre sustitución de pena establecidos en el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/DJ-301-A. Sin embargo, es imprescindible reiterar que el pronunciamiento emitido no condiciona en modo alguno el *quántum* de la pena que recibirían los demandantes, toda vez que dicho análisis corresponde de manera exclusiva y excluyente al órgano jurisdiccional ordinario, de conformidad con los fundamentos 3 y 4, *supra*.

16. Cabe recalcar también que la presente estimatoria no debe implicar en modo alguno la excarcelación de los recurrentes, puesto que no ha sido cuestionada en el presente caso la sentencia condenatoria, acto procesal del que deriva la restricción de la libertad que sufren los recurrentes, sino la denegatoria de sustitución de pena.

17. Asimismo, este Tribunal Constitucional ha señalado que al resolver una solicitud de sustitución de pena por retroactividad benigna de la ley penal (reconocida en el

artículo 103° de la Constitución) no es éste el único precepto constitucional que debe ser tomado en cuenta. Al momento de determinar la pena concreta el juez penal deberá ponderar los intereses en conflicto tomando en cuenta los bienes constitucionales cuya protección subyace a la persecución de dicho delito.

18. En el caso de la represión del delito de tráfico ilícito de drogas, debe tomarse en cuenta el deber estatal de combatir del tráfico ilícito de drogas (artículo 8 de la Constitución), lo que debe ser concordado con el artículo 44° de dicha norma, que establece que son deberes del Estado "[...] defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación". De igual modo, como lo ha señalado este Tribunal, el tráfico ilícito de drogas es un delito que atenta en gran medida contra el cuadro material de valores previsto en la Constitución (Cfr. Exp. N.° 0020-2005-AI/TC, fundamento 118). En este sentido es pertinente citar lo expresado en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, el cual reconoce "[...]los vínculos que existen entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas con él, que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados (...), que el tráfico ilícito es una actividad delictiva internacional cuya supresión exige urgente atención y la más alta prioridad, (...) que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles".

Por las razones expuestas, consideramos que se debe declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus y ordenar que la Segunda Sala Especializada en lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca proceda a disponer la sustitución de la pena atendiendo a los nuevos criterios sobre sustitución de pena establecidos en el Acuerdo Plenario N.° 2-2005/DJ-301-A (Inst. N.° 99-0715), conforme a los términos aquí expresados.

Sres.

VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR

EXP. N.° 06157-2008-PHC/TC
CAJAMARCA
ABRAHAM JIMÉNEZ CHOCAN Y
OTRO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Emito el presente voto singular a fin de evidenciar mi discrepancia con los argumentos jurídicos, que han servido a mis colegas, para fundamentar la sentencia emitida en el caso de autos. Los argumentos que sustentan mi posición son los siguientes:

1. El artículo 103° de la Constitución establece que "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)". Asimismo, el artículo 139° inciso 11) del mismo cuerpo normativo establece que "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales".

2. De dichas disposiciones se desprende que en nuestro ordenamiento jurídico rige, en principio, la aplicación inmediata de las normas, conforme a la que se exige que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión (Cfr. Exp. N.° 1300-2002-HCTC fundamento 7). Asimismo, la aplicación inmediata de las normas tiene su excepción en la aplicación retroactiva de la ley penal cuando ésta resulte favorable al procesado. Este principio cuenta con desarrollo expreso de nuestra legislación penal, estableciéndose en el artículo 6° del Código Penal que: "La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales. Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley". [resaltado agregado]

3. De otro lado, es importante destacar que el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales, de modo que el poder público sólo intervenga cuando su actuación resulte proporcional (idónea, necesaria y ponderada). Como tal, el principio de proporcionalidad no sólo se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución, sino también es inherente a la fórmula del

Estado de Derecho y principalmente viene a constituirse en una de las principales exigencias para la restricción de cualquier derecho fundamental. En otros términos, dentro del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, una de las principales exigencias es que el grado de restricción, limitación o intervención estatal del derecho resulte proporcional con el grado de beneficios que se pretende obtener con la protección del bien constitucional que oriente la respectiva medida estatal.

4. De este modo, teniendo en cuenta lo expresado sobre la aplicación retroactiva favorable en materia penal, el principio de proporcionalidad (vinculado a la protección del derecho a la libertad personal), y el artículo 6° del Código Penal, queda claro que la interpretación de ésta última disposición legal, debe entenderse en el sentido de que la sustitución de la sanción impuesta, teniendo en cuenta una posterior ley penal favorable, debe respetar el principio de proporcionalidad, de modo que, por ejemplo, entre otros supuestos: *i)* si en un primer momento se ha impuesto el máximo de la pena, en la sustitución de la pena, deberá establecerse el máximo de la nueva pena; *ii)* si en un segundo momento se ha impuesto el mínimo de la pena, en la sustitución de la pena, deberá establecerse el mínimo de la nueva pena, o *iii)* si en un primer momento se ha impuesto una pena por debajo del mínimo legal, en la sustitución de la pena, deberá establecerse una pena por debajo del nuevo mínimo legal.

5. En el presente caso, la cuestionada resolución expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 14 de setiembre de 2007, que declara no haber nulidad en la resolución de fecha 24 de noviembre de 2006, en el extremo que declara improcedentes las solicitudes de sustitución de pena promovidas por la defensa de los demandantes, sostiene lo siguiente:

> Segundo.- Que mediante resoluciones (...) del veintiocho de diciembre de dos mil cuatro y (...) del diecisiete de mayo de dos mil cinco, se sustituyó la pena impuesta a los sentenciados Huanca Alvarado y Jiménez Chocán de dieciocho a quince años de pena privativa de libertad, en mérito a que los artículos doscientos noventa y seis y doscientos noventa y siete del Código Penal fueron modificados por la Ley número veintiocho mil dos en sentido más favorable –esto con posterioridad a su sentencia condenatoria (...) del veintisiete de abril de dos mil uno-; que, siendo así, no corresponde una nueva adecuación o sustitución de pena por retroactividad benigna, máxime cuando la efectuada está acorde a Derecho (...)

El artículo 297° del Código Penal, modificado por la Ley N.° 26223, vigente al momento de expedirse la condena en contra de los recurrentes (fojas 14), establecía 25 años como límite mínimo de la pena. Posteriormente dicho artículo fue modificado por la Ley N.° 28002, que establecía 15 años como límite mínimo de la pena. Conforme a la Ley N.° 26223, a los recurrentes se les impuso la condena de

18 años de pena privativa de libertad, condena inferior al mínimo legal. Conforme aparece de autos (fojas 25), a los recurrentes, con fecha 17 de mayo de 2005, se les sustituyó la pena de 18 años a la de 15 años, pena que conforme a lo expuesto en los parágrafos precedentes, no resulta proporcional pues 15 años no es una condena inferior al mínimo legal de la ley posterior N.º 28002 que es precisamente de 15 años.

Por tanto, considero que debe estimarse la demanda de habeas corpus y ordenar a la Segunda Sala Especializada Penal de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, proceda a la sustitución de pena de los recurrentes, atendiendo a los criterios de expuestos en la presente.

S.

ETO CRUZ

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR