



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO**



TÍTULO:

**“LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE
TAXATIVIDAD EN EL TIPO PENAL DEL
DELITO DE FEMINICIDIO EN EL PERÚ”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADA

BACHILLER:

CINTHIA MARILYN ROJAS CHAVARRY

CHICLAYO – PERÚ

2019

**“LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN EL TIPO PENAL
DEL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL PERÚ”**

**Tesis presentada por la Bachiller Srta. Cinthia Marilyn Rojas Chavarry, a la
Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo,
para optar el TITULO DE ABOGADA.**

Bachiller: Cinthia Marilyn Rojas Chavarry

Asesor: Mg. Flor de María Chuzón Jiménez

Aprobado por:

Mg. Jorge Marcial Zamora Lazo
Presidente

Mg. Jakeline Yanet García Arribasplata
Secretaria

Dra. Flor Elizabeth Obregón Vara
Vocal

DEDICATORIA

La presente tesis se la dedico a mi Dios quién supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante y no desmayar en los problemas que se presentaban, enseñándome a encarar las adversidades sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento. A mi familia quienes por ellos soy lo que soy.

Para mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles. Me han dado todo lo que soy como persona, mis valores, mis principios, mi carácter, mi empeño, mi perseverancia y mi coraje para conseguir mis objetivos.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a la vida y mis padres, por ser personas de gran sabiduría por esas ganas de transmitirme sus conocimientos, dedicación que los ha regido, por lo cual he logrado importantes objetivos y haber llegado al punto en que me encuentro.

Agradezco a mis maestros por ser lumbrera en esta senda del saber, por la formación impartida, por sus conocimientos vertidos y ser artífices, participes dentro de mi proyecto de mi vida.

INDICE GENERAL

RESUMEN	6
ABSTRACT	7
1. INTRODUCCIÓN	8
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	12
1.3. HIPÓTESIS	12
1.4. OBJETIVOS	12
2. MARCO TEÓRICO	13
2.1. ANTECEDENTES	13
2.2. BASES TEÓRICAS	14
3. METODOLOGÍA	63
3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN	63
3.2. POBLACIÓN, MUESTRA Y MUESTREO	63
3.3. VARIABLES DE ESTUDIO Y SU OPERACIONALIZACIÓN	63
3.4. MATERIALES, TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS	65
3.5. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	66
4. DISCUSIONES Y LIMITACIONES	66
4.1. DISCUSIÓN:	66
4.2. LIMITACIONES:	67
5. CONCLUSIONES	67
6. RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN	69
7. BIBLIOGRAFÍA	76
8. ANEXOS	80

RESUMEN

El presente trabajo de investigación trata de la vulneración del principio de Taxatividad en el tipo penal del delito de feminicidio, el mismo que se encuentra regulado en el art. 108- B, de nuestro Código Penal contemporáneo, el cual cita lo siguiente: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer **por su condición de tal**, en cualquiera de los siguientes contextos:...", la problemática de la presente tesis es determinar la naturaleza de la "condición de tal" y el conflicto que tiene esta con el código penal; siendo que la condición de tal es el hecho del que mata otro por ser mujer, siendo que en el presente caso no nos encontraríamos ante el delito de feminicidio sino ante el delito de femicidio, el cual es homologo al homicidio con la diferencia de que el femicidio está determinado a una cierta población, creando con este tipo penal una incertidumbre jurídica vulnerando así el principio de Taxatividad, el cual requiere certeza del tipo penal, fundamentos en los que versa la presente tesis.

ABSTRACT

This research paper deals with the violation of the principle of Taxation in the criminal nature of the crime of feminicide, which is regulated in art. 108- B, of our contemporary Criminal Code, which cites the following: “The one who kills a woman for her condition as such, in any of the following contexts, shall be repressed with imprisonment of no less than twenty years: .. ”, In the present criminal type it is possible to highlight the question, what is the condition of such ?; being that the condition of such is the fact that someone else kills for being a woman, being that in the present case we would not find ourselves before the crime of femicide but before the crime of femicide, which is homologous to the homicide with the difference that the Femicide is determined to a certain population, creating with this criminal type a legal uncertainty thus violating the principle of Taxation, which requires certainty of the criminal type, grounds for verifying this thesis.

“LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN EL TIPO PENAL DEL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL PERÚ”

1. INTRODUCCIÓN

El feminicidio es una de las formas de la violencia feminicida, y que se caracteriza principalmente por violar uno de los derechos fundamentales como es el derecho a la vida, la integridad física y la salud, y lo más preocupante es que no son debidamente protegidas por el Estado al no atender con celeridad las denuncias no solo de las víctimas sino de la familia e inclusive de quienes viven cerca de ellas, esperando por el contrario que muestren pruebas para atenderlas, lo cual ocurre muchas veces demasiado tarde cuando ya ocurrió el crimen. Entre las formas de violencia feminicida encontramos a los asesinatos, así como también aquellas formas evitables de muerte de las mujeres que están relacionadas con la falta de accesos a sus derechos humanos; salud, el trabajo, educación justicia, igualdad, libertad, seguridad.

Incluso cuando se utiliza una noción de femicidio/ feminicidio “restringida” a los homicidios o muertes violentas de mujeres, existe, debate teórico sobre la convivencia de utilizar la misma expresión para abarcar una diversidad de crímenes por razones de género cuyas características pueden ser bastante diferentes. Por ello, se han planteado diversas clasificaciones o tipologías que permiten distinguir diversas especies de feminicidios en función de varios factores.

Por su parte el tipo penal peruano regula el delito de feminicidio en el art. 108-B del Código Penal vigente peruano, el cual cita lo siguiente:

” Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su **condición de tal**, en cualquiera de los siguientes contextos: 1. Violencia familiar. 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual. 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente. 4. Cualquier forma de

discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente...”;

La problemática de la presente Tesis es determinar “la condición de tal”, siendo la condición de tal es el hecho de ser mujer, en este caso no nos encontraríamos ante el delito de feminicidio sino ante el delito de femicidio, que es al que mata a una mujer, siendo esta calificación homologa al homicidio con la diferencia que el femicidio solo abarca cierto sector, en este orden de ideas el delito de feminicidio en cuanto al tipo penal no es preciso ya que mezcla el delito de feminicidio con el delito de femicidio vulnerando con esto el delito de taxatividad el cual exige certeza del tipo penal a tratar.

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Principio de Taxatividad o también llamado Principio de Tipicidad el cual se encuentra inmerso en el Principio de Legalidad regulado en el Art. II del código Penal vigente, siendo El principio de taxatividad, aquel que hace referencia a la exigencia de certeza o determinación de la ley y por tanto, también se le conoce con la expresión “*nullum crimen sine lege stricta*” (no hay delito sin ley estricta).

El principio de taxatividad pretende, que en la ley penal se describan con la mayor exactitud posible las conductas que están prohibidas, por constituir delito, y las sanciones aplicables a dichas conductas en caso de que un sujeto realice la misma aunque hay que tener en cuenta que en la práctica, en nuestro Código Penal, existen delitos que están más correctamente descritos que otros y esto depende de la precisión de la descripción, siendo en muchas ocasiones un ejemplo de ausencia de taxatividad.

Por tanto, el principio de taxatividad exige precisión a la hora de formular los supuestos de hecho de las normas penales. Y esta precisión viene dada por dos vías diferenciadas:

- Se pretende reducir la imprecisión de los conceptos que se utilizan para fijar comportamientos que se van a considerar como

prohibidos, por considerarse que los mismos dan lugar a una conducta delictiva.

- Se pretende lograr la preponderancia de los conceptos descriptivos frente a los conceptos valorativos para la determinación de un delito concreto.

Si hacemos referencia ahora a la justificación del principio de Taxatividad hay que decir que esta justificación se busca desde el ideal ilustrado de certeza del Derecho, que considera que sólo las leyes precisas pueden ser conocidas correctamente por sus destinatarios, evitando de este modo las conductas consideradas prohibidas. Si las leyes no son precisas, se considera que las personas van a tener mayores problemas a la hora de trazar sus planes de vida, y saber qué comportamientos pueden realizar y cuáles no, incumpliendo muchas veces por desconocimiento dichas leyes.

La problemática de la presente tesis a tratar versa en la vulneración del principio de Taxatividad en el tipo penal del delito de feminicidio en nuestro ordenamiento jurídico contemporáneo, siendo que si bien el tipo penal del delito de **feminicidio** cita lo siguiente: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer por su **condición de tal**, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente. ...” (sombreado propio).

En el presente tipo penal, podemos observar que existe cierto considerando el cual es, “*el que mata a una mujer por su condición de tal*”, cabría la interrogante en la presente problemática ¿qué es la condición de tal?, siendo que se están suprimiendo la vida de una persona por el hecho de ser mujer, siendo que si fuese el caso nos encontraríamos ante el femicidio; y por otro lado el tipo penal antes mencionado establece ciertos considerandos tales como: 1. Violencia familiar, 2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual, 3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente. 4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente; siendo que en estos supuestos no nos encontraríamos en un supuesto de femicidio, sino ante un feminicidio en el cual versa en la supresión de la vida de una mujer no por el hecho de ser mujer sino porque esta se encontrase en estado de indefensión o vulnerabilidad, encontrándonos en la problemática, de la delimitación normativa conceptual del femicidio frente al feminicidio.

El concepto **femicidio** fue incorporado por la escritora y activista feminista **Diana Russell** a fines de la década de 1990 en el Tribunal Internacional de Crímenes contra mujeres (Russell, 1992).

Pero mientras se asocia únicamente al término con el asesinato en sí, para Diana es importante recalcar que es el resultado final de un proceso cargado de violencia previa: **como formas de terrorismo, la violación, tortura, esclavitud sexual, abuso sexual, violencia física y emocional -por nombrar algunas-, que devienen en muerte, se transforman en femicidio**, como actividad genocida.

El “femicidio”, en castellano un término homólogo a “homicidio”, sólo se referiría al asesinato de mujeres, mientras que “feminicidio”, definido por Lagarde (2008), incluiría la variable de impunidad que suele estar detrás de estos crímenes, es decir, la inacción o desprotección estatal frente a la violencia hecha contra la mujer.

Es decir, la primera acepción no reconoce el entorno, la lógica, la cultura de odio implícita en el asesinato de mujeres, en esa indiferencia, desprotección absoluta de los crímenes contra las mujeres que azota a nivel mundial.

Retomando lo regulado en nuestro ordenamiento jurídico, existiría una errónea tipificación en el tipo penal del delito de feminicidio al agregar al tipo penal la condicional de “el que mata a una mujer por su condición de tal”, atribuyéndole con esto una errónea calificación del delito de feminicidio vulnerando el principio de taxatividad, ya que al referirnos a la “condición de tal”, nos estamos refiriendo al femicidio y no al feminicidio.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cómo se vulnera el Principio de Taxatividad en el tipo penal del delito de feminicidio en el Perú?

1.3. HIPÓTESIS

El delito feminicidio regulado en el Perú, vulnera el principio de tividad, siendo que en su conducta típica como parte del tipo penal cita: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer **por su condición de tal...**” recayendo esta conducta no en la naturaleza del Feminicidio sino en la del Femicidio, siendo que sería necesario la supresión de parte del tipo penal, tales como: “por la condición de tal”, para que así no se viera vulnerado el principio de taxatividad el cual exige certeza o determinación de la ley.

1.4. OBJETIVOS

- **OBJETIVO GENERAL**

- Analizar vulneración el Principio de Taxatividad en el tipo penal del delito de feminicidio en el Perú.

- **OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Analizar el tipo penal del delito de feminicidio.
- Analizar la naturaleza del principio de taxatividad.
- Determinar la vulneración del Principio de Taxatividad en el tipo penal del delito de feminicidio en el Perú.
- Proponer la modificación del art.108 – B, del código penal vigente, en cuando al delito de feminicidio

2. MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

Sobre el tema de investigación, hemos tenido a la vista los siguientes temas y autores:

REATEGUI L. Rolando (2019). “FEMINICIDIO: Análisis crítico desde la doctrina y la jurisprudencia”. Lima: Perú. Editorial Iustitia.

En el presente libro el autor nos brinda grandes alcances históricos sobre del delito de feminicidio las diferente terias que giran en torno a este.

ROXIN, Claus (1970). “Teoría del tipo penal- tipos abiertos y elementos del deber jurídico”. Traducido por el prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Argentina. Edit. Depalma.

Roxin, en el presente aporte de “Teoría del tipo penal- tipos abiertos y elementos del deber jurídico”, encontramos los elementos del tipo penal y las vertientes que emanan de este.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A (2006). ”Derecho Penal Parte General”. Lima:Perú. Edt. Grijley.

Villavicencio, al igual que Roxin nos brinda un gran aporte en cuanto al derecho penal de una forma más didáctica y sobre todo los elementos

y análisis del tipo penal las cuales son aplicables a todas las especies jurídicas- normativas.

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. “FEMINICIDIO: Interpretación de un delito de violencia basada en género”. Lima: Perú. Edt. PUCP

Rodríguez en el presente aporte no relata desde una perspectiva normativa social las diferentes vertientes que giran en torno al delito de feminicidio y la diferencia que tiene este con el delito de femicidio el cual es homologado homicidio con la diferencia que esta afecta a un grupo específico de personas.

2.2. BASES TEÓRICAS:

CAPÍTULO I:

EL FEMINICIDIO

1.1. ANTECEDENTES INTERNACIONALES

El delito de feminicidio ha sido acogida por distintos tipos de legislaciones, tal es el caso colombiano, Según nos comenta PACHECO: “el sistema Penal Colombiano ha sufrido diferentes cambios en lo que va desde su puesta en vigencia, entre las que se incluye una específica sobre la protección a las mujeres debido a que son vulnerables, así se ha tenido el caso de no imputable a la violencia intrafamiliar, como es el caso de la Ley de Seguridad ciudadana, lo cual ha sido cambiado con la Ley 1542 del 2012 que establece que se puede tomar de oficio y tiene el carácter de no poder desistirse. Habiendo mejorado la anterior norma, incluyéndose como requisito importante la conciliación con el culpable de la agresión, que no se llega a producir si es que la persona agredida no acepta dicha conciliación, que ha significado un gran avance a pesar de la incomodidad causada a los mismos funcionarios judiciales. Ahora ya no es necesario que la víctima tenga que probar la agresión para tomarla por producidas, así como se ha establecido medidas de seguridad para dar

protección a la mujer e hijos, así como se ha mejorado la carga probatoria para la Fiscalía en los casos de haberse cometido delitos de violencia verbal y psicológica hacia su cónyuge”. (PACHECO, 2011).

Según AJSAC, concluye que “el feminicidio, viene a ser una forma por demás extrema de cómo se manifiesta la violencia hacia una mujer solamente por el hecho de su género y que es llevada a cabo por un hombre. La causa fundamental de esta violencia que viola los derechos humanos se basa en la relación de poder desigual que se da entre un hombre y una mujer. El feminicidio no es considerado como un crimen pasional, sino que la causa es la relación de poder, de dominio de quienes se sienten superiores sobre las mujeres. Una contradicción fundamental es que el feminicidio no ha sido considerado como un delito específico contra la vida de las mujeres, sino que se le considera como violación a los derechos humanos de las mujeres, ya que viene a ser la privación de la vida, que viene a ser un bien jurídico superior, es por ello que recién en los últimos años se ha dado inicio al registro policial o judicial del feminicidio, considerado como una figura particular. Lo cual nos lleva a la conclusión de que el feminicidio no considera una sanción específica en nuestra normatividad referente a este tipo de violencia con carácter de género, dirigida a las mujeres. A nivel internacional, es la Declaración Americana de los Derechos del Hombre ampara el derecho a la vida, en tanto Guatemala como firmante de esta Declaración se espera que debe incluir el respeto al derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la integridad personal, tanto del hombre como de la mujer, ya que a pesar de ello en nuestro país aún se dan tratos violentos e inhumanos a las mujeres que las denigran y no respetan su dignidad. (AJSAC, 2011).

1.2. ANTECEDENTES NACIONALES

Según CÉSPEDES, concluye que “existen casos procesales que tienen demasiado tiempo de duración especialmente en la primera instancia, con

lo que se deduce que es precisamente el Estado peruano que no cumple con sus funciones ya que tanto PNP, el Ministerio Público como el Poder Judicial no realizan las investigaciones en forma rápida y eficaz, que viene a ser un obstáculo para lograr acceso a la justicia por parte de las personas que son víctimas de violencia psicológica. Un segundo obstáculo lo encontramos en el tiempo en que se retrasan para acceder a las medidas de protección que se reclaman a nivel prejudicial, esto de manifiesta en el tiempo en que se demoran para poder emitir los resultados de las pericias psicológicas, otra de las deficiencias que se encuentra en los procesos es que no se da seguimiento a la ejecución de las sentencias no cumpliéndose por ello con la terapia psicológica para la persona agredida. Carecen de utilización de normas internacionales en las demandas del Ministerio Público. De otra parte, tenemos que los Magistrados tienen mucha reticencia para poder asignar la reparación civil en el caso de ser fundada una demanda. Otro aspecto que no contribuye a la obtención de justicia de parte de las víctimas es el concepto que sobre violencia familiar establece nuestra norma jurídica, puesto que para poder configurar un caso de violencia familiar no establece como requisito el daño producido, omitiendo contar con una valoración o escala del daño psicológico. Lo que se ve perjudicado aún más al no existir una guía de valoración del daño psicológico al momento de ejecutarse la presente tesis". (CÉSSPEDES, 2013).

Según SÁNCHEZ: "en el feminicidio se encuentra inmiscuidos los agentes, así como a las instituciones. Las propias personas serían los agentes, en tanto que los hombres son los victimarios y las mujeres las víctimas. En este caso es la familia como eje principal de la socialización primaria y responsable de la formación de la cultura, de normas, y formas de comportamiento, ya que es aquí donde se formará la aceptación de la cultura machista cuyas repercusiones lo tendremos cuando sean mayores y sufran el maltrato o se conviertan en maltratadores. Participan en este proceso instituciones como la Iglesia y la Escuela, así como también los grupos de pares, entre todos ellos van a lograr la socialización secundaria; también contribuyen instituciones como el Poder Judicial, la Policía, los

medios de comunicación, el propio Estado, el poder Legislativo, quienes deberían velar por la formación integral de las personas y la protección de sus derechos fundamentales. Ambos tipos de socialización (primaria y secundaria) aunados en la actualidad a los medios de comunicación como las redes sociales, la sociedad y el tipo de relaciones establecidas van determinan el tipo de masculinidades y femineidades en las personas” (SÁNCHEZ, 2012).

Siguiendo a SÁNCHEZ, refiere que “en esta parte del continente se ha encontrado que una de cada 3 mujeres sufre violencia física. Siendo la psicológica con el 50%, el tipo de violencia más común, luego tenemos a la física con 41% y la sexual con 9%. Encontramos que las que tienen mayores peligros de ser asesinadas son las mujeres entre los 15 y los 45 años. Son las parejas o ex parejas las que mayormente cometen estos asesinatos, cuyas causas son los celos y la pérdida del dominio que el hombre quiere mantener contra la mujer. Se tiene que señalar que las leyes no van a solucionar el problema del feminicidio, pero si es necesario mejorar el sistema de penas y emplear una política de prevención. Entre las escasas medidas que busca lograr cambios culturales en nuestra sociedad tenemos al Estratégico del Plan Nacional contra la Violencia hacia la mujer 2009-2015, que busca conseguir el cambio de los patrones socio-culturales. Con lo cual tenemos que se viene descuidando lo que es la política de prevención con participación de todos los sectores involucrados y solamente se está enfocando como una política asistencial que busca solucionar el problema del momento y no a largo plazo, siendo los perjudicados los sectores más débiles como las mujeres y los menores de edad” (SÁNCHEZ, 2012).

1.3. MARCO HISTÓRICO

TINGO, MARTILLO, APOLO y DUQUE, refieren que: “En el campo internacional se estima al feminicidio como manifestación extremada de violencia y crueldad en contra de las féminas, causadas por la relación asimétrica que se da por la diferencia de género que siempre ha existido en nuestras sociedades desde la aparición del hombre que durante

muchos siglos no han sido prestados atención y que recién en los últimos años se viene dándole el verdadero valor a la vida de la mujer. Por el mismo carácter de ser una sociedad machista es que se toma el maltrato y la violencia contra la mujer como algo cotidiano y natural, a tal punto que recién nos despertamos para incluirlo como delito en la normatividad. A tal punto se ha tenido en segundo plano lo que venía sucediendo con las mujeres, en su relación de subordinación y dependencia con el sexo opuesto, que no se encuentran en los tratados y publicaciones académicas un papel destacado de la mujer, recién en los últimos 20 años se les está dando el lugar que siempre han tenido” (TINGO, MARTILLO, APOLO y DUQUE, 2014).

En la década del 80 el surgimiento de diversas corrientes feministas en todo el mundo dio lugar a que se lleven coloquios, investigaciones, publicaciones e inclusive algunos pocos movimientos pacifistas con la finalidad de llamar la atención de los Estados para que puedan abrir los ojos a la realidad y aceptar la existencia de violencia sistemática contra la mujer por motivaciones discriminatorias y subordinación hacia el hombre. Los logros de estos movimientos se han reflejado en el cambio de políticas hacia la mujer y la revaloración de los derechos fundamentales del sector femenino.

Un hecho que llama la atención es que a lo largo de los años si bien las sociedades han logrado un gran desarrollo económico, en el aspecto social no ha sido de similar forma su crecimiento ya que ha persistido creciendo la impunidad de la violencia contra la mujer por su condición de tal. Al no tener la protección adecuada, no solamente de parte de su propia familia sino del mismo Estado ha creado un estado de abandono a su suerte de la mujer, se ha incrementado la violación a sus derechos humanos como son el derecho a la vida, el derecho a su integridad física y el derecho a tener seguridad tanto para ella como para sus hijos.

Por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), nos ha venido alertando acerca que en pleno siglo XXI aún persiste la impunidad sistemática, sobre todo en los casos que han sido denunciado

ante el poder judicial, no recibiendo el mismo trato que las denuncias que lo realizan los hombres, ya que desde el mismo momento de querer plantear la denuncia no son aceptados, en el caso de iniciar un proceso judicial no se realiza una investigación profunda, las sanciones hacia los hombres son benignas, tal vez será porque los juzgados son varones.

En el caso de nuestro continente la tasa de feminicidio se ha ido incrementando, los casos que se presentan son cada vez más desgarradores y las consecuencias de la pérdida de una vida lo sufren los hijos que se quedan en el abandono. En tal sentido es que desde el año 2007 se ha dado inicio a un cambio en el sistema jurídico, de igual forma como la que se dio para realizar cambios a nivel de América Latina sobre el proceso penal, así tenemos que se han ido modificando los códigos penales incluyendo sanciones para los casos de muerte violenta en las mujeres por razones de género. Felizmente ya desde el año 2012 vamos a encontrar penas por feminicidio que van desde 20 años hasta cadena perpetua, con lo cual se viene incluyendo un tipo de homicidio que es constante en nuestro continente y en el mundo entero.

1.4. TIPOLOGÍA DE FEMINICIDIOS

El feminicidio es una de las formas de la violencia feminicida, y que se caracteriza principalmente por violar uno de los derechos fundamentales como es el derecho a la vida, la integridad física y la salud, y lo más preocupante es que no son debidamente protegidas por el Estado al no atender con celeridad las denuncias no solo de las víctimas sino de la familia e inclusive de quienes viven cerca de ellas, esperando por el contrario que muestren pruebas para atenderlas, lo cual ocurre muchas veces demasiado tarde cuando ya ocurrió el crimen. Entre las formas de violencia feminicida encontramos a los asesinatos, así como también aquellas formas evitables de muerte de las mujeres que están relacionadas con la falta de accesos a sus derechos humanos; salud, el trabajo, educación justicia, igualdad, libertad, seguridad.

Incluso cuando se utiliza una noción de femicidio/ feminicidio “restringida” a los homicidios o muertes violentas de mujeres, existe, debate teórico sobre la convivencia de utilizar la misma expresión para abarcar una diversidad de crímenes por razones de género cuyas características pueden ser bastante diferentes. Por ello, se han planteado diversas clasificaciones o tipologías que permiten distinguir diversas especies de feminicidios en función de varios factores.

En las investigaciones sobre el feminicidio se suele hacer referencia a tres tipos: íntimo, no íntimo y por conexión, aunque no se trata de una única clasificación pues esta depende de las circunstancias que se presentan en cada país o lugar. Como no todo homicidio de mujeres es un feminicidio, es muy importante tener claridad sobre los mencionados distintos tipos.

Si bien no parece haber mayor problema con la noción de feminicidio íntimo y por conexión, no sucede lo mismo con el feminicidio no íntimo. Esta falta de precisión sobre el feminicidio no íntimo puede dificultar distinguir los homicidios de mujeres por razones de género de aquellos otros homicidios de mujeres que se producen en contextos en los que también mueren los hombres, muchas veces en mayor proporción que ellas.

Por lo tanto, principalmente a partir de los casos identificados en el Perú, en las definiciones, que se presentan a continuación se han puesto ejemplos de cada uno de los distintos tipos de feminicidio, con el objetivo de contribuir a que haya más claridad sobre estos homicidios de mujeres. Se distinguen tres tipos. Feminicidio íntimo, feminicidio no íntimo y feminicidio por conexión.

Sin embargo, estos conceptos aún resultan demasiado aún resultan demasiado generalizadores cuando se trata de identificar o visibilizar fenómenos con características particulares. El planteamiento que hace Segato – quien se refiere a los feminicidios idiosincrásicos de Ciudad de Juarez como los de otras autoras, muestran una voluntad de

diferenciación al interior del concepto de feminicidio, elaborando tipologías específicas que van allá de la tradicional clasificación ya mencionada.

Asimismo, la socióloga Julia Monárrez, introduce, basada en su investigación del asesinato de mujeres en Ciudad de Juárez durante el periodo 1993-2005, una tipología que distingue tres grandes categorías de feminicidios: íntimo, sexual sistémico y por ocupaciones estigmatizadas. El primer tipo se integra por dos subcategorías, el feminicidio infantil y el familiar. Esta tipología es la que recoge el reciente Informe del Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio en México.

De acuerdo con este informe, la tipología de los feminicidios y en concordancia con otros autores se describe esta tipología de la siguiente manera.

a) FEMINICIDIO SEXUAL SISTÉMICO

Es el asesinato codificado de niñas y mujeres por ser mujeres, cuyos cuerpos expropiados han sido torturados, secuestrados, violados, asesinados y arrojados en escenarios transgresivos, por hombres que hacen uso de la misoginia y el sexismo, para delinear cruelmente las fronteras de género por medio de un terrorismo de Estado, secundado por los grupos hegemónicos, que refuerza el dominio masculino y sujeta a familiares de víctimas y a todas las mujeres a. una inseguridad crónica y profunda., a través de un período continuo e ilimitado de impunidad y complicidades (REÁTEGUI, 2019)

b) FEMINICIDIO SEXUAL SISTÉMICO DESORGANIZADO

El asesinato de las mujeres está acompañado -aunque no siempre- por el secuestro, tortura, violación y disposición del cadáver. Los asesinos presumiblemente, matan por una sola vez, en un período determinado; y pueden ser hombres desconocidos, cercanos o parientes de las víctimas que las asesinan y las depositan en

parajes solitarios, en hoteles, o en el interior de sus domicilios (REÁTEGUI, 2019).

c) FEMINICIDIO SEXUAL SISTÉMICO ORGANIZADO

El asesinato de las mujeres está acompañado por el secuestro, tortura, violación y disposición del cadáver. Los asesinos pueden actuar como una red organizada de feminicidas sexuales con un método consciente y sistemático a través de un largo e indeterminado período, dirigido a la identidad de sexo y de género de las niñas/mujeres (REÁTEGUI, 2019).

d) FEMINICIDIO POR OCUPACIONES ESTIGMATIZADAS

Si bien las mujeres son asesinadas por ser mujeres, como nos (...) explica la Doctora Monirrez, hay otras que son asesinadas por la ocupación o el trabajo que desempeñan. Ellas son bailarinas, meseras o trabajadoras sexuales (prostitutas). Aunque son agredidas porque son mujeres, lo que las hace todavía más vulnerables es la ocupación desautorizada que desempeñan (...).

En otras palabras, es la muerte de una mujer que ejerce el trabajo sexual y/u otra ocupación (como strippers, camareras, masajistas o bailarinas en locales nocturnos) cometida por uno o varios hombres.

Incluye los casos en los que el victimario (o los victimarios) asesinan a la mujer motivados por el odio y la misoginia que despierta con estos la condición de trabajadora sexual de la víctima. Esta modalidad evidencia la carga de estigmatización social y justificación del accionar delictivo por parte de los sujetos: "se lo merecía"; "ella se lo buscó por lo que hacía"; "era una mala mujer"; "su vida no valía nada" (REÁTEGUI, 2019).

La incidencia de cada una de las tipologías indicadas varía en cada país. En Perú, todo indica que el feminicidio íntimo es el más

frecuente. Ya que, a diario, los diversos medios de comunicación informan sobre nuevos casos en que mujeres son cruelmente asesinadas por sus parejas, convivientes o esposos, o por hombres con quienes sostuvieron alguna relación. Estas noticias presentadas como “crímenes pasionales” son un reflejo de los estereotipos que colocan a las mujeres en una posición de subordinación y desvalorización con respecto a los varones (REÁTEGUI, 2019).

1.5. CLASES DE FEMINICIDIOS

La concepción amplia del feminicidio recogida en el apartado anterior- que abarca todas las muertes evitables de mujeres derivadas de la discriminación por razón de género- permite distinguir dos grandes grupos dentro de esta categoría: (a) las muertes violentas constitutivas de delito y (b) otras muertes evitables de mujeres no criminalizadas. Sin ánimo de exhaustividad en un terreno todavía necesitado de mayores precisiones y desarrollo teórico, se menciona a continuación algunos ejemplos de cada uno de estos subgrupos (REÁTEGUI, 2019).

a) MUERTES VIOLENTAS DE MUJERES POR CONDUCTAS DELICTIVAS

Los casos más visibles- y brutales- de muerte de mujeres por su condición de género forman parte del catálogo de delitos graves en la inmensa mayoría de los códigos penales del mundo, si bien ello no constituye ninguna garantía de tutela real y efectiva de las potenciales víctimas, como se verá más adelante. En todo caso, y dejando a un lado por el momento los prejuicios de género que influyen en la irregular persecución de estos crímenes, es conveniente recordar que los feminicidios violentos pueden darse tanto en el ámbito privado como en el público.

El ámbito privado-el entorno doméstico y las relaciones de pareja- constituye uno de los escenarios históricos en los que se

desarrollan con mayor intensidad los patrones de conducta machista que propician las agresiones a las mujeres (CARCEDO, 2006), por lo que no es de extrañar que el llamado femicidio íntimo sea una de las formas más extendidas de violencia de género. Si bien lo habitual es que el autor del hecho sea la pareja masculina de la víctima, también ha de incluirse aquí los homicidios de niñas o mujeres a manos de otros miembros del núcleo familiar, sin descartar la autoría o complicidad de otras mujeres del grupo. Tal puede ser el caso, por ejemplo, del femicidio por honor-cuando el padre, los hermanos o incluso alguna mujer del núcleo familiar dan muerte a una joven que ha deshonrado a la familia por algún tipo de conducta que se considera inmoral-o también el llamado femicidio de dote que denuncian algunas activistas indias, consistente en que el marido, no pocas veces auxiliado por su madre mata a su esposa (a veces quemándola viva) por no estar satisfecho con la dote que aportó al matrimonio (RUSSELL/HARMES, 2006).

Pertenecen igualmente al ámbito privado, al menos en la mayoría de las ocasiones, las muertes de niñas derivadas de complicaciones y mala práctica de la mutilación genital.

Los femicidios que se producen en el ámbito público son aquellos en los que el autor es un extraño o algún conocido que no forma parte del entorno domestico de la mujer asesinada. Entre las formas mis frecuentes se mencionan las muertes violentas vinculadas a agresiones sexuales y los asesinatos en serie por motivos misóginos o relacionados con la elaboración de material pornográfico con componentes sádicos.

También forman parte del contexto público los atentados a la vida de las mujeres que son utilizadas como instrumento de guerra o de venganza. Entre los primeros, son conocidas las agresiones sexuales seguidas de muerte que perpetraron los soldados serbios

contra mujeres bosnias en la contienda bélica de Bosnia-Herzegovina (RUSSEL/HARMES, 2006).

Lo mencionado no es más que un ejemplo de una práctica muy extendida en las guerras de todo el mundo; porque lejos de ser una causalidad o una consecuencia más o menos inevitable del desorden propio de cualquier conflicto armado, el ejercicio de violencia contra las mujeres constituye una estrategia de guerra ampliamente utilizada para sembrar terror entre la población civil y desmoralizar al enemigo (ZAPICO, 2010).

b) OTRAS MUERTES EVITABLES NO CRIMINALIZADAS

La mayoría de las investigaciones sobre femicidio que se vienen desarrollando en los últimos años, sobre todo en Latinoamérica, tienden a restringir esta categoría a las muertes violentas de mujeres por razón de género (asesinatos y homicidios). Sin embargo, existe una corriente más amplia que, al menos desde una perspectiva teórica, abre el concepto a todas las muertes evitables de mujeres que encuentran su causa última en la subordinación de los roles femeninos dentro de la sociedad patriarcal. Con esta ampliación se persigue poner al descubierto los múltiples mecanismos de discriminación que contribuyen a crear o incrementar ciertos riesgos para la vida de las mujeres que podrían evitarse en una sociedad sin desigualdades de género (REÁTEGUI, 2019).

Entre los ejemplos más habituales suelen citarse las muertes por partos inseguros atribuibles a condiciones higiénicas inaceptables o a la falta de asistencia médica; las muertes por abortos caseros en países donde está prohibida la interrupción del embarazo; la muerte de muchas mujeres por SIDA como consecuencia de no poder negociar con sus parejas – o sus clientes – el uso del preservativo o la muerte de muchas niñas por el principio de alimentación selectiva en países donde la falta de recursos básicos

para alimentar a la prole conduce a sacrificar en primer lugar a las crías femeninas a la hora de repartir los escasos alimentos disponibles (CARCEDO, 2006).

1.7. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL DELITO DE FEMINICIDIO

A. TIPO OBJETIVO

- Sujeto activo

el sujeto activo en los delitos comunes tiene una misma presentación en el Código Penal. En general, el sujeto es identificable, por el uso de la locución pronominal “El que” y designa a la persona que puede realizar el tipo penal. En los delitos de homicidio se sigue igualmente el estilo gramatical. Ahora bien, por la descripción general de las conductas homicidas, no existe duda alguna que con esta locución pronominal se alude, como sujeto activo, tanto al hombre como a la mujer. Cuando en el Código Penal se quiere circunscribir la condición de agente a sujetos calificados o específicos (delitos especiales), se les menciona expresamente, Es el caso del delito de auto aborto o de aborto con abuso profesional, en donde los sujetos activos son “la mujer” o “el médico” respectivamente.

Sin embargo, este convencionalismo lingüístico no es del todo claro para delimitar al sujeto activo en el delito de feminicidio. En el tipo penal vigente, el sujeto activo es también identificable con la locución pronominal “El que”. De manera de una interpretación literal y aislada este elemento del tipo objetivo, podría conducir a la conclusión errada que no interesaría si el agente que causa la muerte de la mujer sea hombre o mujer. Pero a la estructura misma del tipo, conduce a una lectura restringida. Solo puede ser sujeto activo de este delito un

hombre, en sentido biológico, pues la muerte causada a la mujer es por su condición de tal. Quien mata lo hace, en el contexto de lo que es la llamada violencia de género; esto es, mediante cualquier acción contra a mujer, basada en su género, que cause la muerte. Así las cosas, solo un hombre podría actuar contra la mujer, produciéndole la muerte, por su género o su condición de tal. Esta motivación excluye entonces que una mujer sea sujeto activo.

En este sentido, aun cuando el tipo penal no lo menciona expresamente, el delito de feminicidio es un delito especial.

Solo los hombres pueden cometer este delito, entendiendo por hombre o varón a la persona adulta de sexo masculino. Se trata de un elemento descriptivo que debe ser interpretado, por tanto, en su sentido natural. No es un elemento de carácter normativo que autorice a los jueces a. asimilar dicho término al de identidad sexual. Tal interpretación sería contraria al principio de legalidad.

- SUJETO PASIVO.

A diferencia del caso anterior, la identificación del sujeto pasivo del feminicidio es más clara. La conducta homicida del varón recae sobre una mujer. Ella es igualmente la titular del bien jurídico tutelado -vida humana- y objeto material del delito, pues sobre ella recae la conducta homicida. Tampoco es posible, por exigencia del principio de legalidad, que se la identifique con la identidad sexual,

En el caso del sujeto pasivo puede ser una mujer adulta, menor de edad o adulta mayor. En el primer caso, la muerte de la víctima configura un feminicidio simple. En los últimos casos, dichas circunstancias califican la conducta feminicida.

- BIEN JURÍDICO.

Para la determinación del bien jurídico, es un criterio referencial de entrada, tanto la ubicación sistemática de los tipos penales, como la denominación con que han sido rotulados el conglomerado de tipos penales. En este sentido, el feminicidio ha sido ubicado como un delito contra la vida, el cuerpo y la salud.

De esta omnicomprensiva denominación del Título Primero, de la Parte Especial del Código Penal, ha de delimitarse cuál es el objeto jurídico de protección. La doctrina es conteste en afirmar que el bien jurídico protegido en el homicidio, en cualquiera de sus formas es la vida humana. El feminicidio no puede ser la excepción. Es más, la propia Convención de Belem Do Para prevé implícitamente la norma penal que subyace al tipo penal de feminicidio, cuando se establece que toda mujer tiene derecho a que se respete su vida. En la medida que para la configuración del feminicidio se requiere también la supresión de la vida de la mujer, este es un delito de daño. La vida humana se protege por igual con el sistema penal. No existen razones esenciales o sustentadas con la naturaleza de las cosas para que se entienda que la vida del hombre o de la mujer deba tener mayor valor y, por ende, ser más protegidas. Como sostiene con razón BENAVIDES ORTIZ: “los bienes jurídicos se distinguen por el mayor o menor interés que revisten para el Estado y no por la frecuencia estadística con que ocurre su vulneración (BENAVIDES, 2017).

Por tanto, agregar otro interés jurídico de protección al que sustenta el feminicidio simple, como la dignidad de la mujer, o la estabilidad de la población femenina, no aporta mayores luces al esclarecimiento de lo que se quiere proteger. La dignidad es la condición implícita, incondicionada y permanente que tiene cada persona, por el hecho de serlo. El producirle la muerte, independientemente de que sea varón o

mujer, es su negación. La estabilidad de la población femenina se relaciona con otro delito de lesa humanidad como el genocidio, pero no puede confundirse con un delito de organización y común como el feminicidio.

Distinta es la configuración del bien jurídico en este delito, cuando se revisan las circunstancias agravantes que concurren en su comisión. En estos casos, se puede verificar que, por el modo de comisión, las conductas previas a la muerte o la condición misma de la víctima, concurren otros intereses jurídicos adicionales o independientes que deben considerarse. En el caso de que la víctima se haya encontrado gestando, se protege también la vida del feto que también es suprimida. En el caso que la víctima haya sido violada o mutilada previamente, se vulnera también la libertad (indemnidad) sexual y la integridad física, respectivamente. Si el sometimiento contextual a la conducta feminicida se realizó con fines de trata de seres humanos o cualquier forma de explotación, se protege también la libertad personal. Si la conducta feminicida se realiza a. sabiendas de la presencia de los hijos de la víctima o de niños que estén al cuidado del feminicida, se protege la integridad psicológica de dichas personas. En resumen, en estos casos si se puede sostener que el delito de feminicidio agravado es pluriofensivo.

- COMPORTAMIENTO TÍPICO.

La conducta típica del sujeto activo varón es la de matar a una mujer por tal condición. Al igual que en todos los tipos penales de homicidio, la conducta del sujeto activo es descrita con la locución “El que mata”. En el contexto de un derecho penal de acto, el feminicidio debe implicar una actividad homicida del agente que produzca la muerte del sujeto pasivo mujer. Desde esta perspectiva el feminicidio es también un delito de resultado.

La muerte puede producirse por acción o por comisión por omisión. Estas dos formas de comportamiento típico están sujetas a las mismas exigencias que rigen el comportamiento humano. Tratándose de un feminicidio por acción, debe existir un mínimo control de la voluntad, para que se entienda que la muerte se ha producido por un individuo que actuaba. Si se trata de un feminicidio por comisión por omisión, el sujeto activo o, mejor dicho, el omitente no impidió la producción de la muerte de la mujer, habiendo tenido el deber jurídico de impedirlo o si hubiera creado un peligro inminente que haya sido idóneo para producirlo (posición de garante). En este caso la omisión del hombre corresponde a la realización activa del feminicidio (juicio de equivalencia).

- MEDIOS.

Los medios que se pueden utilizar para matar `son diversos. En los tipos penales de homicidio no se hace mención expresa a los medios para la perpetración del homicidio, salvo en el asesinato donde el uso de determinados medios, califica la conducta (fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de otras personas). Lo mismo ocurre en el feminicidio; cualquier medio idóneo para matar es relevante típicamente. Pueden usarse medios directos o inmediatos (puño, pies, cuchillo, arma de fuego), o indirectos o mediatos (veneno, pastillas). Del mismo modo se acepta que se puede matar con medios materiales o físicos, o por medios psicológicos.

La muerte producida por medios psicológicos es de especial importancia en el delito de feminicidio. No es que este medio sea utilizado o invocado con frecuencia en el ámbito judicial, sino porque en el contexto en el que se producen las conductas feminicidas, pueden hacer pensar que la muerte de la víctima sea un proceso acumulativo de tensiones,

degradación psicológica, o estrés, o la conducta de hostigamiento, acoso, o coacción pueda desembocar en un ataque cardíaco o un derrame cerebral. Será ciertamente una ardua cuestión probatoria el determinar que la presión psicológica produjo la muerte de la mujer, Dependerá de criterios objetivos como la idoneidad del medio psicológico empleado (coacción, acoso, hostigamiento), la vulnerabilidad general de la mujer (menor de edad o adulta mayor), la vulnerabilidad especial de esta (depresiva, hipertensa), la intensidad y frecuencia de la violencia psicológica. Los medios probatorios relevantes serán las pericias médicas, psicológicas y psiquiátricas, pero también los testimonios que den cuenta de la sistematicidad y características de la agresión. La evaluación que haga el juez debe realizarla en el contexto de los criterios de imputación objetiva.

- CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA.

El nexo causal es un elemento indispensable en los delitos de resultado, como el feminicidio. La imputación objetiva se construye además sobre la base de la causalidad. En este sentido, en el feminicidio, como en cualquier otra conducta homicida debe establecerse que hay una vinculación entre la conducta del sujeto activo-hombre- y la muerte de la mujer. Los jueces deberán establecer conforme a las máximas de la experiencia y los conocimientos que aporta la ciencia, en el estado en el que se encuentre, los que determinarán si la muerte de la mujer es una consecuencia de la conducta del sujeto activo. No se trata de atribuir calidad de causa a cualquier condición presente en el resultado. Solo de considerar la que sea especialmente relevante para tener la condición de causa.

Luego de establecida la base causal, ello no genera automáticamente una imputación objetiva del resultado, pues

la causa, en sentido natural, no coincide con la imputación, en sentido atribución del resultado muerte de la mujer, como obra del hombre. Al respecto se dice que “un hecho solo puede ser imputado a una persona si la conducta ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por el riesgo permitido, y dicho peligro se ha realizado en el resultado dentro del alcance del tipo” (CASTILLO, 2008).

Por tanto, si la conducta del hombre no genera peligro alguno a la vida de la mujer, o el peligro no produce la muerte de esta o el resultado es distinto a la muerte, prohibición por la norma penal subyacente al tipo penal de feminicidio, no podrá colegirse la imputación objetiva, en el caso concreto.

B. TIPO SUBJETIVO

El feminicidio es un delito doloso. En el contexto presente, el dolo consiste en el conocimiento actual que la conducta desplegada por el sujeto activo era idónea para producir la muerte de la mujer, produciendo un riesgo relevante en la vida de esta y se concretó su muerte. No se trata de un conocimiento certero de que se producirá el resultado muerte. Es suficiente que el agente se haya representado, como probable, el resultado. Por ende, el feminicidio puede ser cometido por dolo directo o dolo eventual.

Puede existir, además del dolo, otros “especiales” elementos subjetivos del tipo o “del injusto” que se trata de tener en cuenta motivos especiales referidos al autor y que son elementos subjetivos distintos del dolo; entendidos estos como ánimos, actitudes, o fines específicos, distintos del simple dolo, y requeridos expresamente por la descripción legal.

- a) Conocimiento: el sujeto activo conoce que quitarle la vida a una persona es prohibido por la normatividad, y tiene la capacidad de saber que una mujer es una persona. Por ejemplo, un feminicida que quita la vida a una mujer con un arma de fuego

de su propiedad y la cual tiene debidamente registrada, es imposible que no conozca que las armas de fuego tienen la capacidad de quitar la vida a una persona. O cometiera el delito con un arma blanca que tiene la capacidad de cortar, tiene también la capacidad de lesionar y causar un daño grave en el cuerpo.

- b) Voluntad: el sujeto activo desea y tiene la voluntad de quitar la vida a una mujer, aunque sabe que eso está prohibido.

C. ELEMENTOS ESPECIALES DEL TIPO SUBJETIVO

Elementos subjetivos especiales de la autoría determina un especial desvalor ético de la acción; la misoginia, motivos de odio o menosprecio hacia la mujer por considerarla un ser inferior. Este elemento subjetivo es precisamente lo que diferencia un homicidio de un feminicidio.

D. TIPICIDAD

La tipicidad es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito. Vale decir, la conducta prohibida del tipo penal es la acción que tiene como resultado dar muerte a una mujer; por su condición de mujer, como resultado de la voluntad del hombre dentro del marco de las relaciones desiguales por poder entre el hombre y la mujer. En otras palabras, el feminicidio se establece en forma objetiva en el caso de que el sujeto activo causa la muerte a su conviviente o aquella persona con quien mantiene una relación de poder o cargo (hay subordinación de por medio).

E. ELEMENTOS COMUNES DEL DELITO

- La acción: dar muerte misógina a una mujer. Es un delito de resultado doloso. Puede cometerse por acción o por omisión. El resultado: una mujer sin vida por motivos misóginos.
- Bien jurídico protegido: en el feminicidio es el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. Es un bien jurídico pluriofensivo, pues no solo se atenta contra el bien jurídica vida, sino también contra otros bienes lesionados como la integridad física, la libertad ambulatoria, el derecho a la igualdad y no discriminación, a la dignidad humana, etc. En todo caso del feminicidio, la ley penal ha debido proteger especialmente el colectivo de mujeres que han vivido en situación de violencia en todos los tipos y modalidades, dado la histórica relación desigual de poder entre los hombres y las mujeres.
- El componente afectivo: serían los sentimientos o emociones que provoca el objeto de actitud y que pueden ser positivos o negativos, de agrado o desagrado. El prejuicio, e tato que afecto o evaluación negativa hacia los miembros de grupos socialmente definidos, formaría parte de este componente afectivo.
- El componente cognitivo: el modo como se percibe al objeto de actitud y los pensamientos, ideas y creencias sobre él, que pueden ser favorables o desfavorables. El estereotipo, como conjunto de creencias sobre los atributos o características asignados al grupo, formaría parte de este componente cognitivo.
- El componente conductual: sería la tendencia o predisposición de actuar de determinada manera en relación con el objeto de actitud. La discriminación, en tanto conducta de falta de igualdad, sea de apoyo u hostil, en el trato o categoría en cuestión, conformaría el componente conductual de la acción.

F. SUJETOS

- Sujeto activo: se refiere a quien realiza la conducta típica, de acuerdo a la doctrina feminista solo los hombres pueden ser directos del feminicidio, pues en el marco de la violencia contra las mujeres solo en los hombres puede presentar ese culmen de la distorsión de la identidad de género masculina denominada misoginia, por ellos los que históricamente se han encontrado en posición de ventaja y superioridad con relación a la mujer, y en situación de subordinación de ellos.
- Sujeto pasivo: se refiere a quienes se les vulnera del bien jurídico protegido, es un crimen contra la comunidad, la familia, las mujeres y niñas, se da por la violencia extrema, ejercida contra estos sujetos, situación que muchas veces culmina con muertes violentas e incluso en la mayoría de los casos.

G. OBJETO DE LA ACCIÓN

En quien recae el resultado de muerte misógina; las víctimas presentan signos de tortura, mutilaciones, quemaduras, ensañamiento, producto de las vejaciones y violencia sexual de las cuales son objeto, inclusive en muchos casos estas se producen después de la muerte, hechos que se dan por razones asociadas al género. Y como víctima directa las mujeres y niñas sin distinción de edad y de manera indirecta una mujer o un hombre de cualquier edad que interviene en defensa de la mujer.

H. MEDIOS DETERMINANTES PARA LA COMISIÓN DEL DELITO

Determinantes para la agravación del hecho o la acción: aprovecharse de la superioridad que generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género, de confianza, laborales,

etc., que la víctima sufre discapacidad física o mental, mutilar a la víctima.

Momento de la acción: si se cometiere cuando la mujer se encontraba frente a cualquiera de sus familiares, si la edad de la víctima es menos de 18 años o mayor de 60 años, estamos frente al feminicidio agravado.

I. ESPECIES DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS

Verbo rector o núcleo del tipo: causar una muerte misógina, vale decir, que se causare por motivos de odio, rechazo, aversión y desprecio de los hombres hacia las mujeres y, en general, hacia todo lo relacionado con lo femenino considerándolo como inferior.

Elementos descriptivos: quien realizó el hecho delictivo muerte, mujer, mutilación, etc.

Elementos normativos: odio o menosprecio a la condición de mujer, estos son motivos misóginos que conllevan al incidente de violencia, condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica, en cuanto a las relaciones desiguales de poder basadas en el género se presumen legalmente delito contra la libertad sexual, condición de riesgo o vulnerabilidad física o psíquica, superioridad que le generaban las relaciones desiguales de poder basadas en el género, y delito contra la libertad sexual.

J. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

No hay conducta sin resultado; vale decir, que debe haberse realizado el hecho delictivo; causar la muerte. Debe existir una relación causal entre el resultado de muerte misógina y la acción del autor: imputado-causa-daño material del objeto de la acción.

K. ANTIJURICIDAD

Es el acto voluntario típico que contraviene el presupuesto de la norma penal, lesionando o poniendo en peligro bienes e interés tutelados por el Derecho. La antijuricidad es de un juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico. El cometimiento del delito de feminicidio es un hecho antijurídico porque no existe en las leyes ninguna causa que justifique quitarle la vida a las mujeres, generalmente por motivos de adulterio, considerando un atentado al “honor” del esposo, o los casos de permisión en el maltrato físico al cónyuge, por motivos de pereza doméstica o falta de esmero en la crianza de los hijos e hijas.

Culpabilidad: el sujeto activo tiene la capacidad de motivarse de manera diferente frente al feminicidio y no elegir cometerlo. Acá debe determinarse que en el autor no confluye ninguna causa de inimputabilidad como discapacidad o enfermedad mental. La misoginia no es una enfermedad o trastorno mental. Si él es autor imputable, puede ser declarado culpable.

CAPITULO II:

EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

La exigencia de taxatividad es una de las dimensiones centrales del principio de legalidad. De acuerdo a ella, la imputación de responsabilidad penal no sólo debe justificarse en leyes expresamente formuladas, sino que estas normas tienen que indicar con precisión qué conductas están prohibidas y cuál es la pena correspondiente.

Las dificultades para implementar esta dimensión del principio de legalidad comienzan con la limitada precisión del lenguaje. A causa de los márgenes de indeterminación de los conceptos del lenguaje ordinario, el legislador no puede lograr una absoluta precisión en la formulación de las leyes penales.

En ocasiones, los análisis de esta indeterminación del lenguaje conducen a conclusiones escépticas acerca de las reglas y de la relevancia práctica de su formulación precisa. Sin embargo, en general la doctrina y la jurisprudencia señalan que la taxatividad es central para una adecuada reconstrucción del ideal de Estado de Derecho ya que se conecta de manera directa con las expectativas sustantivas de certeza jurídica e imparcialidad en la aplicación de la ley penal.

En la literatura especializada contemporánea se pueden encontrar numerosas interpretaciones de la exigencia de taxatividad, pero es difícil trazar un mapa de ellas ya que los criterios que guían a las diferentes propuestas no son siempre explícitamente articulados. A los efectos de simplificar esta geografía conceptual clasificaremos a las diferentes propuestas únicamente a la luz del papel que se asigna al significado de las palabras empleadas por el legislador.

En este capítulo distinguiremos entre estrategias internas y externas para la interpretación de la taxatividad. Para las estrategias internas, la verdad de un juicio de taxatividad se basa exclusivamente en un *hecho semántico*, es decir, depende de rasgos específicos del significado de una

expresión. Por ejemplo, sostener que la exigencia de taxatividad requiere que el legislador redacte sus normas de la manera más precisa posible es una estrategia interna ya que el hecho de que la formulación del legislador sea la “más precisa posible” depende únicamente del significado de la expresión. Por el contrario, para las estrategias externas, el criterio para determinar si una formulación supera la exigencia de taxatividad es un *hecho externo* a la relación semántica entre una formulación y su significado. Por ejemplo, algunas veces se señala que al momento de evaluarse si una ley se adecua a las exigencias de taxatividad hay que analizar la gravedad de la sanción impuesta; es decir: a mayor pena, mayor exigencia de precisión.

Este criterio es una estrategia externa ya que la mayor o menor gravedad de una pena es un hecho externo a la relación semántica entre la formulación de una norma y la precisión del significado (PABLO E. NAVARRO, 2005).

Ya que según la determinación judicial de la pena (que involucra la identificación de la pena y la decisión acerca de si corresponde suspenderla o sustituirla) deben analizarse, en función de los fines de la pena, las circunstancias fácticas del ilícito y las condiciones personales de su autor.

Para orientar al juez penal en su actividad se han elaborado diferentes teorías que pretenden crear criterios racionales para la imposición de medidas de carácter punitivo.

A. La idea de esta teoría es que la pena:

Aplicable a cada injusto se halla en el "triángulo mágico" de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial. Efectivamente, la teoría de la combinación sostiene que la pena debe retribuir el ilícito según la culpabilidad del infractor, debe servir para reeducarlo y para proteger a la sociedad de su eventual

recidiva en el delito. Finalmente, como si ello fuera poco, la imposición de una sanción punitiva debe servir de ejemplo para el resto de la sociedad.

B. Teoría de la combinación

Esta elaboración sostiene que la pena adecuada a la culpabilidad no es una magnitud exacta y que, por tanto, no puede ser establecida en un punto preciso.

La teoría del ámbito del juego postula que existe un espacio cuyos límites están fijados, hacia abajo, por la pena adecuada "ya" a la culpabilidad, y hacia arriba, por un máximo "todavía" adecuado a la misma.

Esta formulación es desaprobada por quienes niegan la existencia de un "marco de culpabilidad". Tal es el caso de Jescheck, quien asegura que si bien para un hecho determinado no existe una pena que sea objetivamente justa considera que, al individualizarla, el juez debe partir de la sanción que se adapte a la culpabilidad del autor.

C. Teoría de la pena puntual

Para los partidarios de esta teoría la culpabilidad debe establecerse en forma precisa: sólo existe una pena que se acomode a la culpabilidad del infractor.

Efectivamente, la teoría de la pena puntual niega la existencia de un "marco de culpabilidad" y, por el contrario, afirma que la pena adecuada a la culpabilidad es una sola y que el juez, al momento de decidir qué pena aplicar no puede guiarse por los fines

preventivos. En este sentido, es correcto afirmar que esta teoría se fundamenta, principalmente, en la idea retribucionista de la pena.

Las críticas que se levantan contra la teoría de la pena puntual se vinculan con la imposibilidad que existe -desde el punto de vista del conocimiento- de determinar una medida exacta de la culpabilidad del autor del ilícito y, asimismo, porque el concepto de culpabilidad puede ser definido en base a criterios muy disímiles.

Para ejemplificar lo expuesto basta con recordar que a lo largo de la historia la culpabilidad fue definida, entre otros, sobre la base de criterios morales, jurídicos, psicológicos y normativos.

Esta teoría propone, como primer paso, que el juez gradúe la culpabilidad teniendo como parámetro la gravedad del hecho. Luego, cuando la magnitud de la pena ya fue fijada en un punto exacto, el juzgador deberá seguir los criterios sentados por la prevención especial y decidir qué clase de pena aplicar y de qué modo deberá cumplirse.

Así las cosas, resulta evidente que esta teoría le asigna a la culpabilidad la función de coadyuvar en la determinación de la pena en sentido estricto y a la prevención el rol de orientar en la decisión sobre de si hay que suspender o sustituir la pena por otra medida.

D. La Teoría del valor relativo

La teoría del valor relativo divide el proceso de individualización de la pena en dos etapas bien diferenciadas que se guían por criterios de culpabilidad y de prevención.

Ahora bien, no debe dejar de remarcarse que los expositores de esta teoría no demuestran cuáles son las razones o fundamentos que los guían para valerse de pautas preventivas y no de la culpabilidad al momento de elegir qué pena aplicar.

Sin perjuicio de lo anterior, ello no significa que la gravedad del delito sea un criterio del que se prescinda, lo que sí ocurre es que éste se integra de un modo diverso en el ejercicio de la ponderación de intereses. Si se parte de la base de que la finalidad en juego es la prevención de delitos, la ponderación que se haga al efecto debe conducir, por una parte, a la maximización de esa finalidad, y, por la otra, a una maximización en las esferas de derechos fundamentales que se puedan ver comprometidos. Ello conlleva que debe entrar en juego la gravedad del hecho, pero para efecto de establecer una medida en la que la intervención penal no sea más gravosa que la lesión al bien jurídico que se pretende evitar. (DE LA MANTA BARRANCO,2007). En tal sentido el profesor Mir Puig en DURAN considera que la gravedad del hecho debe ser considerada desde una perspectiva ex ante, en el momento que el legislador procede a establecer la pena para un delito, ya que es en ese momento donde tal pena debe ser proporcionada al delito que se pretende evitar; de forma que "dicha gravedad es la gravedad de todos los delitos que se busca evitar" (DURAN, 2011).

2.1. PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

Principio Jurídico que exige al legislador que las leyes penales describan de modo preciso y estricto las conductas delictivas. Es un lugar común que las leyes penales deben ser precisas. Esta exigencia, que se conoce como «principio de taxatividad», está vinculada a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley.

El subprincipio de tipicidad o taxatividad Constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas

penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal (EXP. N° 00535-2009-PA/TC; Caso: RODOLFO LUIS OROYA GALLO)

El principio de taxatividad está dirigido al legislador (al que le exige que cree normas claras y precisas), a la policía (para que lo tenga en cuenta cuando realice un arresto) y a los órganos de aplicación de las normas penales (para que juzguen de acuerdo a lo recogido expresamente en la ley, intentando evitar con esto que utilicen la analogía a la hora de realizar un enjuiciamiento).

El principio de taxatividad pretende, que en la ley penal se describan con la mayor exactitud posible las conductas que están prohibidas, por constituir delito, y las sanciones aplicables a dichas conductas en caso de que un sujeto realice la misma aunque hay que tener en cuenta que en la práctica, en nuestro Código Penal, existen delitos que están más correctamente descritos que otros y esto depende de la precisión de la descripción, siendo en muchas ocasiones un ejemplo de ausencia de taxatividad. Un claro ejemplo en el que se produce el incumplimiento del principio de taxatividad es el que viene dado por los denominados tipos penales abiertos.

Podrían definirse los tipos penales abiertos, como aquellos tipos minoritarios, que realmente no describen de forma precisa la acción considerada como prohibida, ya que los mismos a pesar de contener elementos del deber jurídico no recogen claramente cual consideran que es la materia prohibida. Por tanto, lo que hacen los tipos penales abiertos, es dejar libertad al juez, ya que este tendrá que interpretar la ley, y completar la descripción típica.

De este modo, el juez va a tener que remitirse a reglas generales, estén recogidas estas en una ley o no, debido justamente a que la ley no individualiza de forma completa la conducta prohibida, sino que la

deja abierta para que el juez acuda a esas reglas generales extrapenales que pueden ubicarse:

- En el mismo ordenamiento.
- En ordenamientos distintos que tengan igual o inferior jerarquía que el ordenamiento penal.
- En reglas éticas, sociales o bien de costumbre.

Hay que tener en cuenta que los tipos penales abiertos nada tienen que ver con las leyes penales en blanco, porque en estas últimas la función del juez es la de buscar una parte del tipo, que sería el supuesto de hecho, que se recoge normalmente en otra norma, es decir, esa otra norma complementa a la primera que remite a ella, cosa que no sucede en los tipos penales abiertos, en los que no existe norma complementaria.

Realmente la mayoría de la doctrina considera que la existencia de tipos penales abiertos se debe a una imposibilidad técnica de no poder recoger dentro de un precepto determinado de la ley todos los casos de antijuridicidad que podrían producirse, o simplemente, existen los mismos debido a un defecto en lo que a la labor legislativa se refiere.

Y en este punto, hay que decir por tanto, que los tipos penales abiertos van en contra del principio de taxatividad y como consecuencia de ello, en contra del principio de legalidad penal y de la seguridad jurídica. Si hacemos referencia ahora a la justificación del principio de taxatividad hay que decir que esta justificación se busca desde el ideal ilustrado de certeza del Derecho, que considera que sólo las leyes precisas pueden ser conocidas correctamente por sus destinatarios, evitando de este modo las conductas consideradas prohibidas. Si las leyes no son precisas, se considera que las personas van a tener mayores problemas a la hora de trazar sus planes de vida, y saber qué comportamientos pueden realizar y cuáles no, incumpliendo muchas veces por desconocimiento dichas leyes. Sólo una vez que

se distingue entre las diferentes nociones de precisión es posible avanzar sobre el contenido de la exigencia de taxatividad. Es necesario recordar que, al igual que el resto del material de un ordenamiento jurídico, la exigencia de taxatividad es una pauta normativa que puede ser interpretada de diferentes maneras. Las interpretaciones de la taxatividad resultan en la formulación de un criterio para determinar si una ley supera la exigencia de precisión. Cuando la exigencia de taxatividad tiene rango constitucional, ella define «mundos constitucionalmente posibles» para el legislador (MORESO, 1997).

Este principio junto con el principio de retroactividad y el de reserva de ley, forman lo que se conoce como el principio de legalidad penal, por lo que resulta primordial el desarrollo de las mismas en la presente investigación.

2.1.1. EL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD COMO SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Como es de mención por el TC, en la primera de las garantías del debido proceso es el principio-derecho a la legalidad y a las exigencias que se derivan de éste, en particular el relativo al subprincipio de la taxatividad. Conforme el artículo 9° de la Convención Americana dispone:

“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

Este principio constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales y un criterio rector en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado democrático: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*. De forma similar, en la sentencia del Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, de fecha 25 de noviembre de 2005, la Corte Interamericana subrayó que “en un Estado de Derecho, el principio de legalidad preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”.

Tal principio-derecho a la legalidad sancionatoria está reconocido en la Constitución del Estado en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor:

“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (subrayado propio).

En mérito de ello, en la STC 00010-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional estableció que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.

Del mismo modo, la Corte Interamericana ha señalado que “la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta

sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales” (Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*)¹.

En virtud de ello, es que en la STC 02050-2002-AA/TC este Tribunal Constitucional precisó que “los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador”.

El principio de legalidad impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Para la Corte Interamericana este principio exige que en la elaboración de los tipos penales exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales (Cfr. Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005 y Caso *García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2005).

En la sentencia del Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, la Corte Interamericana destacó que “en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes

¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005). CASO GARCÍA ASTO Y RAMÍREZ ROJAS VS. PERÚ, recuperado en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf], visto el [28.X.19].

de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar”².

El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo.

Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta incriminada termina vulnerando este principio, Igualmente en sede corporativa, la conducta considerada como falta debe encontrarse claramente prevista y tipificada en el estatuto de las personas jurídicas.

El principio de taxatividad exige la formulación en términos precisos de los supuestos de hecho de las normas penales. Esta exigencia suele ser entendida en, al menos, dos sentidos: a) una reducción de la vaguedad de los conceptos usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos y b) una preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos.

De este modo, el principio de taxatividad no se va a entender solamente como un reflejo del principio de legalidad, sino que también se entenderá como una de las **garantías del Estado**

² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2005). Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala recuperado en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf], visto el [28.X.19].

de Derecho, que entiende el derecho penal como aquel que marca los límites y las reglas a los comportamientos de las personas, consiguiendo la mejor convivencia entre las mismas.

Aunque podamos dudar de la efectiva utilidad que en la práctica posee el principio de legalidad para que los ciudadanos puedan conocer por si mismos los límites de su libertad, para lo que sin duda sirve este principio es para fijar los límites del uso del instrumento penal por el Estado. (NAVARRO FRIAS, 2010)

Por todo ello, se requiere que las habilitaciones al ius puniendi estatal sean claras, tanto en lo que se refiere a la predeterminación de las infracciones, como de las penas.

Este principio se recoge en los artículos 9 y 25 de la Constitución Española y en los artículos 1 y 2 del Código Penal.

Significa que no hay delito ni pena sin ley previa. Esto es, no puede castigarse una acción u omisión que no esté prevista como delito (art. 1 CP). Pero tampoco puede castigarse un delito que no tenga señalada una pena por la ley (art. 2 CP).

Por tanto, la ley penal debe establecer tanto la conducta que constituye delito como la pena que corresponde como consecuencia de la realización de dicho delito. En caso contrario, es decir, si una persona realiza una acción que no constituye delito, según la ley, o no tiene prevista una sanción penal, no podrá ser castigado penalmente por muy reprochable que sea esa acción.

Este principio se manifiesta en cuatro vertientes:

- Garantía criminal: no hay delito sin ley (art. 1 CP).
- Garantía penal: no hay pena sin ley (art. 2 CP).

- Garantía judicial: no hay pena sin sentencia firme dictada por Juez o Tribunal competente (art. 3.1 CP).
- Garantía de ejecución: solo puede ejecutarse una pena en virtud de resolución judicial firme dictada por Juez o Tribunal competente y en la forma que establezca la ley.

Además, en razón de las características de la norma que se presenta en consulta, resulta necesario vincular el principio de lesividad con el de legalidad. Dispone el artículo 39 constitucional que *“A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior”*, de suerte que es presupuesto inexcusable para la puesta en marcha del aparato represivo la previsión anterior, en norma de rango legal, de la conducta que se pretende sancionar. La exigencia de ley previa no es simplemente formal, sino también sustantiva, pues no es cualquier disposición legal la que se ajusta al mandato del 39 constitucional.

En este último aspecto es que importa destacar el principio de tipicidad como derivado del principio de legalidad. En pronunciamientos anteriores de la Sala se ha insistido en el rango constitucional de ese postulado: “Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica, contraria a derecho, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que deben abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, “será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las

buenas costumbres", ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido (...) La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. Ya en voto 1876-90 de las dieciséis horas de hoy, de esta Sala, se indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal" .(SENTENCIA N°1877, 1990).

Asimismo, "...la tipicidad exige que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos que tienen una estructura básica conformada con sujeto activo y verbo activo. Se ha indicado también, que la norma puede hacer alusión a conceptos muy amplios o con una gran capacidad de absorción lo que puede presentar problemas de comprensión de la norma, pero no roces con las exigencias de la tipicidad como garantía. Debe tenerse en cuenta que este Tribunal se pronunció, además, sobre la constitucionalidad de las normas que requieren de otra

norma para su complemento y que la doctrina denomina "norma penal en blanco" (SENTENCIA 1876-1990).

También se ha establecido que: "(...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...)" (Exp. N.O 2050- 2002-ANTC- Fundamento Jurídico N.O 9).

Resulta importante desarrollar este principio ya que los elementos que integran el principio de legalidad son en su tenor literal de la legalidad desde el punto de vista formal y en su significado material:

1. *La legalidad en sentido formal*: implica, en primer término, **la reserva absoluta y sustancial de ley**, es decir, en materia penal solo se puede regular delitos y penas mediante una ley , no se pueden dejar a otras disposiciones normativas esta regulación, ni por la costumbre, ni por el poder ejecutivo ni por el poder judicial pueden crearse normas penales tan solo por el poder legislativo y por medio de leyes que han de ser orgánicas (según doctrina interpretativa del art. 81 CE) en los casos en que se desarrollen derechos fundamentales y libertades públicas.
2. *La legalidad en sentido material*: implica una serie de exigencias, que son:
 - Taxatividad de la ley: las leyes han de ser precisas, ésta exigencia comporta cuatro consecuencias: (i) La prohibición de la retroactividad de las leyes penales. Como regla general las normas penales son irretroactivas, excepto cuando sean más favorables

para el reo; (ii) La prohibición de que el poder ejecutivo o la administración dicte normas penales; (iii) La prohibición de la analogía en materia penal, es decir, generar razonamientos y conductas basándose en la existencia de semejanza con otra situación parecida); y, (iv) Reserva legal. Los delitos y sus penas deben ser creados por ley y solo puedan ser creados por esta, descartándose otros medios de formación de legislación penal, como podrían ser la costumbre o las resoluciones judiciales.

2.1.2. ORIGEN NORMATIVO DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD DESDE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En el principio de taxatividad encuentran los poderes públicos al mismo tiempo un principio de legitimidad, en cuanto su actuación queda apoyada en un Derecho democráticamente consentido, y un principio de limitación formal o jurídica, en cuanto que su actividad tiene en tal Derecho la frontera de su obrar legítimo. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/1986, de 29 de julio, el principio de legalidad es un dogma básico del sistema liberal democrático.

Nuestra Constitución de 1978 en su artículo primero configura al Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho, acuñando en esta fórmula, que debe interpretarse de forma integrada y no según cada elemento que la conforma por separado, la cristalización del Estado liberal de Derecho en Estado democrático y sumado, tras el periodo de entreguerras, el Welfare State o Estado del Bienestar, en el que el Estado deja de ser un espectador pasivo de las acciones de los particulares, bajo las reglas del Derecho, para convertirse en un jugador más que interviene en las facetas que son precisas en la sociedad.

El principio de legalidad informa por tanto todo el texto constitucional y por ende todo nuestro ordenamiento jurídico. Desde su Preámbulo, que proclama la voluntad de la Nación Española “*de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular*”, a sus distintos artículos. En concreto, el art. 9 dispone en su apartado primero que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. En su apartado tercero dispone que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El art. 97 recuerda al Gobierno que debe ejercer sus funciones de acuerdo con la Constitución y las leyes. Pero el principio de legalidad, pese a desplegarse en todas las ramas y recovecos del ordenamiento jurídico, cobra una gran importancia en el ámbito penal y en el ámbito de actuación de la Administración, así como en el tributario.

En el ámbito penal se manifiesta en el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, que se traduce en la imposibilidad de que los poderes públicos puedan aplicar sanciones cuando no están reconocidas en una ley. La garantía de los ciudadanos se basa en conocer qué actuaciones están prohibidas para saber a qué atenerse, aunque el desconocimiento de la ley no exima de su cumplimiento. Este principio básico del derecho penal se recoge por la Constitución en su art. 25.

En el ámbito administrativo, es necesario que nos refiramos al art. 103.1 CE. La sumisión a la ley de la actividad administrativa supone, en palabras de Garrido Falla, de un lado, la sumisión de los actos administrativos concretos a las disposiciones vigentes de carácter general, y de otro, la

sumisión de los órganos que dictan disposiciones generales al ordenamiento jerárquico de las fuentes del Derecho.

En el ámbito tributario el art. 133 CE dispone que la potestad originaria para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante Ley.

El Tribunal Constitucional se ha apoyado en la cláusula del Estado de Derecho y en el principio de legalidad para rechazar las vías de hecho de los poderes públicos (Auto del Tribunal Constitucional 525/1987), para exigir la motivación de las sentencias judiciales (Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1987) o para imponer el carácter obligatorio de su cumplimiento (Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984).

El principio de legalidad se ve garantizado además por el papel de los Tribunales, de un poder judicial independiente que controla el acatamiento a la ley de los poderes públicos. Concretamente, es necesario referirnos al art. 106.1 CE. La fundamental tutela judicial efectiva a que todas las personas tienen derecho se consagra en el art. 24.1. Además, se prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos y se establece la responsabilidad de la Administración Pública cuando en su actuación no se someta a la ley, respondiendo de los daños y perjuicios que cause con su actuación. Así lo refleja el art. 106.2.

El principio de legalidad, hoy, significa, además:

- a) Que no sólo la Administración Pública sino todos los poderes públicos, en su más amplio sentido, están sujetos a la Ley. No hay espacios exentos a la acción del Derecho.

b) Que por Ley no debe entenderse sólo, como en los orígenes del Estado liberal, la emanada del Parlamento, sino también y por supuesto la Constitución, norma suprema del ordenamiento jurídico, las normas del Gobierno con rango de Ley (Decretos Leyes y Decretos legislativos), los Tratados y Convenios Internacionales, la costumbre y los principios generales del Derecho, e igualmente los Reglamentos o normas dictadas por la propia Administración, y todo ello en el marco del Estado autonómico y en el ámbito de las respectivas competencias.

Finalmente, no podemos dejar de hacer una breve referencia a la controvertida “*positive und negative Bindung*”. La vinculación positiva implica que lo que no está permitido está prohibido (*quae non sunt permissae, prohibita intelliguntur*) y la vinculación negativa implica que lo que no está prohibido está permitido (*permissum videtur in omne quod non prohibitum; quae non sunt prohibita permissae intelliguntur*).

La primera era la fórmula entendida por los textos franceses de la primera época revolucionaria: siendo la ley la única fuente de la voluntad estatal, el monarca y la Administración se convierten en un mero “*poder ejecutivo*”, todas las acciones de la Administración deben apoyarse y justificarse en una ley previa que le habilite para realizarlas. La segunda concepción es la que acogen los principados alemanes a comienzos del siglo XIX, según la cual es necesaria la ley únicamente cuando resulten afectadas la libertad o la propiedad de los ciudadanos, pero no en el resto de los casos. Sobre este pilar se construye el concepto de reserva de ley. Esta cuestión fue sumamente polémica en Alemania durante la vigencia de la Constitución de Weimar en lo referente al reparto de competencias entre el estado Federal y los distintos Länder integrantes de la federación. Extrapolado a

nuestros días la vinculación positiva implica que debe regularse por ley, a la que se atenderán todos los poderes públicos, todo lo que a esta reserve la Constitución, y la vinculación negativa implica que las materias no reservadas a la ley pueden ser reguladas por el Reglamento emanado del poder ejecutivo.

En realidad, el principio de legalidad opera fundamentalmente a través del principio de reserva de ley, que nuestra Constitución acoge con carácter disperso y fragmentado. La Constitución remite en numerosas ocasiones determinadas materias como los derechos y libertades o las instituciones fundamentales del Estado a su regulación por ley, orgánica u ordinaria, estatal o autonómica, pero norma con rango de ley. Ahora bien, el Parlamento tiene una vis atractiva para regular todas las materias que considere oportuno (véase “Reserva de ley”), incluso si no las ha reservado directamente la Constitución (reserva formal), y ello implica una presunción de legalidad muy amplia en todo lo relacionado, especialmente, con los derechos y libertades de la persona. También es cierto no obstante que el art. 97 reconoce al poder ejecutivo un poder reglamentario desvinculado de la potestad ejecutiva, que va más allá de la mera ejecución de la ley y que da carta de naturaleza al reglamento independiente. Sin embargo, como señala García de Enterría, en la Constitución existe una presunción de necesidad del principio de legalidad en todo aquello que afecte a la esfera de los ciudadanos.

2.2.3. PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

Según se dispone en el artículo 9.3 de la Constitución, se garantiza, entre otros principios, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de

derechos individuales. Ello es así, por cuanto se ha dicho repetidas veces que las Leyes miran siempre al futuro y nunca al pasado. Se legisla para situaciones venideras, pero no para las que ya se han consolidado y han producido sus efectos jurídicos.

Como principio básico, el límite de la retroactividad in peius de las leyes no es general, sino que está referido únicamente a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales.

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 21-1981 nada impide, constitucionalmente, que el legislador dote a la ley del ámbito de retroactividad que considere oportuno (SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 21/1981).

Afirmar la admisibilidad de la retroactividad de las normas fiscales no supone mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución. (SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 126-1987)

Se ha repetido también que reconocer efectos retroactivos a una norma jurídica puede suponer una vulneración del principio de seguridad jurídica, que propugna la estabilidad en las relaciones jurídicas y que también está reconocido este principio en el mismo artículo 9.3 de la Constitución.

CAPITULO III

LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN EL TIPO PENAL DEL DELITO DE FEMINICIDIO EN EL PERÚ

3.1. DIFERENCIA ENTRE FEMICIDIO Y FEMINICIDIO

En primer lugar, hay que señalar que el término feminicidio, palabra castellanizada, proviene del neologismo femicide, el cual nació en el ámbito académico anglosajón.

Como bien lo señala RUSELL: "El término femicide apareció por primera vez en la literatura en *A Satirical View of London* (Inglaterra, 1801) para denominar el asesinato de una mujer" (RUSSELL, 2005).

El término *femicide* (femicidio) ha sido desarrollado, principalmente, desde aproximaciones sociológicas y antropológicas. La primera persona que utilizó la categoría femicide directamente relacionada a la violencia de género fue RUSSELL, expuesta ante el Tribunal Internacional de Crímenes contra mujeres. A partir de ello su contenido y alcance ha variado (PÉREZ, 2014).

La controversia gira también sobre su acepción gramatical al momento de castellanizar la palabra femicide, de un lado femicidio y del otro feminicidio.

Evidentemente ambos términos no son iguales, ya que el primero se centra sobre el homicidio de mujeres por razones de género, mientras que el segundo es mucho más complejo. Se teoriza sobre, según LAGARDE "al conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones forzadas de mujeres y que estos fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad (...); para que se dé el feminicidio concurren, de manera criminal, el silencio, la

omisión, la negligencia y la colusión parcial o total de las autoridades encargadas de prevenir y erradicar estos crímenes” (LAGARDE, 2008).

A pesar del contenido ambivalente que involucra cada uno de ellos, en Latinoamérica, se ha esparcido de manera muy diversa, o algunos, ajustándolo a su realidad. Salvo raras excepciones, las regulaciones legales no se refieren a la responsabilidad del Estado en caso de investigaciones defectuosas, ni contemplan la responsabilidad de los funcionarios que favorecen la desidia o negligencia de las administraciones públicas en la persecución de estos crímenes (TOLEDO, 2014).

3.2. ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DEL DELITO DE FEMINICIDIO

Después de la última modificación de la ley 29819, se promulgó la ley 30068 con fecha 18 de julio de 2013 en la que se prescribe lo siguiente:

Artículo 108°-B.- Femicidio

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mata a una mujer por su condición de tal, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar;
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual;
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente;
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad;
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación;
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente;
4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación;
5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima padeciera cualquier tipo de discapacidad;
6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas;
7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias.

Comenta PÉREZ respecto al artículo mencionado: “como se aprecia en la citada norma, la mayoría de sus incisos hace alusión a un feminicidio de tipo íntimo, no se habla por ejemplo de la responsabilidad del estado, por la falta de diligencia en la investigación o por la omisión, la negligencia y la colusión parcial o total de autoridades encargadas de prevenir y erradicar estos hechos de violencia contra la mujer. La crítica que se puede hacer a la citada norma es que al señalar “el que mata a una mujer por su condición de tal”, surge la interrogante ¿qué quiere decir el legislador con ello? ¿se refiere al aspecto biológico o al aspecto de género? Por ello cuando se está ante el delito el operador jurídico no puede determinar con exactitud si es feminicidio, homicidio, homicidio calificado o parricidio, la línea es muy delgada” (PÉREZ, 2014).

3.3. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD EN EL TIPO PENAL DEL DELITO DE FEMINICIDIO

Si bien nuestro ordenamiento jurídico a implementado una serie de mecanismos normativos para erradicar cualquier tipo de violencia, y especial en cuanto al delito de feminicidio la misma que ha sido acogida favorablemente por nuestra sociedad debido a problemática social latente, la misma no se ha analizado a detalle antes de ser regulada ya que ya que regula dos supuestos delictivos en un solo tipo penal tal y como es el femicidio y el delito de femicidio, vulnerando con esto el Principio de Taxatividad o también llamado Principio de Tipicidad el cual se encuentra inmerso en el Principio de Legalidad regulado en el art.II del código Penal vigente, siendo el principio de taxatividad, aquel que hace referencia a la exigencia de certeza o determinación de la ley y por tanto, también se le conoce con la expresión “nullum crimen sine lege stricta” (no hay delito sin ley estricta).

3. METODOLOGÍA

3.1. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La investigación que realizaremos será de naturaleza descriptiva - explicativa puesto que además de describir de modo sistemático, la vulneración del principio de taxatividad en el tipo penal del delito de feminicidio, en miras a su necesaria modificación necesaria regulación, precisaremos sus antecedentes dentro de ellos sus diversos componentes temáticos; doctrinas y elaboraciones teóricas nacionales y extranjeras; y a su vez su regulación primigenia ubicada en nuestra normativa, en suma no solo abordaré el desarrollo del marco teórico normativo; sino que realizaré un análisis y discusión de la doctrina en el Perú, deduciendo con esto la contrastación de las hipótesis posteriormente formuladas con los resultados de la investigación teórica - empírica es la evidencia y prueba de que esta investigación transvasa los parámetros de una investigación descriptiva para ubicarse dentro de las investigaciones causales-explicativas.

3.2. POBLACIÓN, MUESTRA Y MUESTREO

Se ha omitido la población y muestra de la presente tesis ya que estamos ante un trabajo de investigación meramente dogmático-jurídico de corte descriptivo-explicativo, enfocado desde un análisis cualitativo de la del tipo penal en el delito de feminicidio en el Perú.

3.3. VARIABLES DE ESTUDIO Y SU OPERACIONALIZACIÓN

- **VARIABLE INDEPENDIENTE**

- El delito de feminicidio en el Perú art. 108-B del Código Penal.

- **VARIABLE DEPENDIENTE**

- La vulneración el Principio de Taxatividad en el tipo penal del delito de feminicidio en el Perú.

- **OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES**

VARIABLES	DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	INDICADORES	ESCALA
VARIABLE INDEPENDIENTE: - El delito de feminicidio en el Perú art. 108-B del Código Penal.	El delito de feminicidio es el homicidio a una mujer en un estado de indefensión y/o subordinación siendo que la misma se encuentra inmersa en la poblaciones vulnerables.	El “feminicidio”, incluiría la variable de impunidad que suele estar detrás de estos crímenes, es decir, la inacción o desprotección estatal frente a la violencia hecha contra la mujer, por otra parte el “femicidio”, en castellano un término homólogo a “homicidio”, sólo se referiría al asesinato de mujeres solo por s condición de tal.	- Autos -Doctrina	Ordinaria.

VARIABLE DEPENDIENTE - La vulneración el Principio de Taxatividad en el tipo penal del delito de feminicidio en el Perú.	El principio de taxatividad, es aquel que hace referencia a la exigencia de certeza o determinación de la ley y por tanto, también se le va a conocer con la expresión nullum crimen sine lege stricta.	El principio de taxatividad como fuente del derecho penal se avisto vulnerado en la indebida regulación del delito de feminicidio, ya que no se precisa si nos encontramos ante el delito de feminicidio o femicidio.	Autos - Doctrina	Ordinaria.
---	--	--	-----------------------------	-------------------

3.4. MATERIALES, TÉCNICAS Y PROCEDIMIENTOS

La técnica de recolección de información predominante estará basada principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de doctrina y casuística nacional como comparada.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables con sus correspondientes indicadores; ello nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

Fichas de resoluciones, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.

3.5. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Los procedimientos de recolección de información predominante estarán basados principalmente en el enfoque cualitativo de análisis de contenido de la doctrina contemporánea latente nacional como también extrajera en cuanto al delito de feminicidio, la diferencia que tiene esta con el femicidio y la vulneración del tipo penal en el delito de feminicidio en el Perú.

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas en las que constará de manera sistemática las variables; ello nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

Fichas de Jurisprudencia, Fichas Textuales, Fichas de Resumen, Fichas Bibliográficas, Artículos y contribuciones en publicaciones selladas.

4. DISCUSIONES Y LIMITACIONES

4.1. DISCUSIÓN

Si bien nuestro ordenamiento jurídico ha implementado una serie de mecanismos normativos para erradicar cualquier tipo de violencia, y especial en cuanto al delito de feminicidio la misma que ha sido acogida favorablemente por nuestra sociedad debido a problemática social latente, la misma no se ha analizado a detalle antes de ser regulada ya que ya que regula dos supuestos delictivos en un solo tipo penal tal y como es el femicidio y el delito de feminicidio, vulnerando con esto el Principio de Taxatividad o también llamado Principio de Tipicidad el cual se encuentra inmerso en el Principio de Legalidad regulado en el art. II del código Penal vigente, siendo el principio de taxatividad, aquel que hace referencia a la exigencia de certeza o determinación de la ley y por tanto, también se le conoce con la expresión "*nullum crimen sine lege stricta*" (no hay delito sin ley estricta).

4.2. LIMITACIONES

Si, bien en el desarrollo de la presente tesis se ha podido recopilar gran información sobre a autores naciones como también extranjeros sobre el tratamiento de en cuanto a doctrina entorno al principio de legalidad y el feminicidio, muy pocos autores han delimitado con claridad los términos naturaleza de la presente tesis tales como el feminicidio y el femicidio.

5. CONCLUSIONES

Una vez estudiado el delito de feminicidio en la realidad nacional e internacional y teniendo en cuenta de la diferencia que existe entre éste y el delito de femicidio y en aplicación del principio de legalidad, hemos concluido en lo siguiente:

Primero, el delito de feminicidio es una de las formas de violencia feminicida, que se caracteriza principalmente por violar uno de los derechos fundamentales de las mujeres, como es, el derecho a la vida, la integridad física y la salud, y lo más resaltate que este sanciona paralelamente no solo la muerte de la mujer sino el menoscabo y masillamiento de su dignidad, por otro lado, el femicidio, el cual es homologo al homicidio, solo se da cuando matan a determinada población.

Si bien nuestro ordenamiento jurídico ha implementado una serie de mecanismos normativos para erradicar cualquier tipo de violencia, y en especial en el delito de feminicidio, que ha tenido acogida favorable por nuestra sociedad debido a problemática social latente, la misma no se ha analizado a detalle antes de ser regulada, ya que, debido a que regula dos supuestos delictivos en un solo tipo penal, esto es, el femicidio y el feminicidio, vulnerando con esto el Principio de Taxatividad.

Segundo, que el Principio de Taxatividad o también llamado Principio de Tipicidad, se encuentra inmerso en el Principio de Legalidad regulado en el art. II del Código Penal vigente, siendo aquel que hace referencia a la exigencia de certeza o determinación de la ley, de ahí su redacción en latín

“nullum crimen sine lege stricta” (no hay delito sin ley estricta). por lo que, únicamente es delito aquel que se encuentra típicamente redactado en el código penal.

Tercero, pretender sancionar el delito de femicidio por el de feminicidio es ir contra el principio de taxatividad, porque, tal como hemos demostrado sus ámbitos de aplicación de estos tipos penales son distintos, mientras el primero es matar a una mujer por su condición de tal, el segundo es matar a una mujer por una razón irracionalmente objetiva, esto es, porque al autor le cae mal, le miro feo, no comparten las mismas ideas u opiniones, entre otras.

Por último, la finalidad del presente trabajo de investigación es la modificación del art.108 – B del código penal vigente, en cuando al delito de feminicidio, quedando redactado de la siguiente manera:

“Artículo 108-B.- Feminicidio Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.

4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.

5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.

6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.

7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.

9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes. En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.”

6. RECOMENDACION Y PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN

Se recomienda al Poder legislativo tener en consideración las siguientes propuestas de modificación a efectos de no verse vulnerado el principio de taxatividad en el tipo penal del delito de feminicidio la misma que se encuentra regulada 108- B de nuestro Código Penal.

PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN:

PROYECTO DE LEY

FORMULA LEGAL:

LEY QUE MODIFICA ARTÍCULO 108-B DEL CÓDIGO PENAL EN CUANTO AL DELITO DE FEMINICIDIO

Artículo 1. Objeto de la ley

La presente ley tiene objeto modificar el artículo 108-B quedando de la siguiente manera:

“Artículo 108-B.- Femicidio Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años el que mata a una mujer, en cualquiera de los siguientes contextos:

1. Violencia familiar.
2. Coacción, hostigamiento o acoso sexual.
3. Abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente.
4. Cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.

La pena privativa de libertad será no menor de treinta años cuando concurra cualquiera de las siguientes circunstancias agravantes:

1. Si la víctima era menor de edad o adulta mayor.
2. Si la víctima se encontraba en estado de gestación.
3. Si la víctima se encontraba bajo cuidado o responsabilidad del agente.

4. Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación.

5. Si al momento de cometerse el delito, la víctima tiene cualquier tipo de discapacidad.

6. Si la víctima fue sometida para fines de trata de personas o cualquier tipo de explotación humana.

7. Cuando hubiera concurrido cualquiera de las circunstancias agravantes establecidas en el artículo 108.

8. Si, en el momento de cometerse el delito, estuviera presente cualquier niña, niño o adolescente.

9. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.25 gramos-litro, o bajo efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

La pena será de cadena perpetua cuando concurren dos o más circunstancias agravantes. En todas las circunstancias previstas en el presente artículo, se impondrá la pena de inhabilitación conforme a los numerales 5 y 11 del artículo 36 del presente Código y los artículos 75 y 77 del Código de los Niños y Adolescentes, según corresponda.”

Chiclayo, 19 de noviembre del 2019

CINTHIA MARILYN ROJAS CHAVARRY

FUNDAMENTOS EN LOS QUE VERSA LA PRESENTE LEY

1. Sobre el feminicidio

El feminicidio, viene a ser una forma por demás extrema de cómo se manifiesta la violencia hacia una mujer solamente por el hecho de su género y que es llevada a cabo por un hombre. La causa fundamental de esta violencia que viola los derechos humanos se basa en la relación de poder desigual que se da entre un hombre y una mujer. El feminicidio no es considerado como un crimen pasional, sino que la causa es la relación de poder, de dominio de quienes se sienten superiores sobre las mujeres.

Una contradicción fundamental es que el feminicidio no ha sido considerado como un delito específico contra la vida de las mujeres, sino que se le considera como violación a los derechos humanos de las mujeres, ya que viene a ser la privación de la vida, que viene a ser un bien jurídico superior, es por ello que recién en los últimos años se ha dado inicio al registro policial o judicial del feminicidio, considerado como una figura particular. Lo cual nos lleva a la conclusión de que el feminicidio no considera una sanción específica en nuestra normatividad referente a este tipo de violencia con carácter de género, dirigida a las mujeres. A nivel internacional, es la Declaración Americana de los Derechos del Hombre ampara el derecho a la vida, en tanto Guatemala como firmante de esta Declaración se espera que debe incluir el respeto al derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la integridad personal, tanto del hombre como de la mujer, ya que a pesar de ello en nuestro país aún se dan tratos violentos e inhumanos a las mujeres que las denigran y no respetan su dignidad.

El feminicidio es una de las formas de la violencia feminicida, y que se caracteriza principalmente por violar uno de los derechos fundamentales como es el derecho a la vida, la integridad física y la salud, y lo más preocupante es que no son debidamente protegidas por el Estado al no atender con celeridad las denuncias no solo de las víctimas sino de la

familia e inclusive de quienes viven cerca de ellas, esperando por el contrario que muestren pruebas para atenderlas, lo cual ocurre muchas veces demasiado tarde cuando ya ocurrió el crimen.

2. Sobre el principio de taxatividad

Principio Jurídico que exige al legislador que las leyes penales describan de modo preciso y estricto las conductas delictivas. Es un lugar común que las leyes penales deben ser precisas. Esta exigencia, que se conoce como «principio de taxatividad», está vinculada a la seguridad jurídica y a la igualdad en la aplicación de la ley.

El subprincipio de tipicidad o taxatividad Constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

El principio de taxatividad está **dirigido** al legislador (al que le exige que cree normas claras y precisas), a la policía (para que lo tenga en cuenta cuando realice un arresto) y a los órganos de aplicación de las normas penales (para que juzguen de acuerdo a lo recogido expresamente en la ley, intentando evitar con esto que utilicen la analogía a la hora de realizar un enjuiciamiento).

El principio de taxatividad pretende, que en la ley penal se describan con la mayor exactitud posible las conductas que están prohibidas, por constituir delito, y las sanciones aplicables a dichas conductas en caso de que un sujeto realice la misma aunque hay que tener en cuenta que en la práctica, en nuestro Código Penal, existen delitos que están más correctamente descritos que otros y esto depende de la precisión de la

descripción, siendo en muchas ocasiones un ejemplo de ausencia de taxatividad. Un claro ejemplo en el que se produce el incumplimiento del principio de taxatividad es el que viene dado por los denominados **tipos penales abiertos**.

3. Sobre el principio de legalidad

La ley penal debe establecer tanto la conducta que constituye delito como la pena que corresponde como consecuencia de la realización de dicho delito. En caso contrario, es decir, si una persona realiza una acción que no constituye delito, según la ley, o no tiene prevista una sanción penal, no podrá ser castigado penalmente por muy reprochable que sea esa acción. La legalidad en sentido formal: implica, en primer término, la reserva absoluta y sustancial de ley, es decir, en materia penal solo se puede regular delitos y penas mediante una ley, no se pueden dejar a otras disposiciones normativas esta regulación, ni por la costumbre, ni por el poder ejecutivo ni por el poder judicial pueden crearse normas penales tan solo por el poder legislativo y por medio de leyes que han de ser orgánicas en los casos en que se desarrollen derechos fundamentales y libertades públicas. La legalidad en sentido material: implica una serie de exigencias, que son: *Taxatividad de la ley*: las leyes han de ser precisas, ésta exigencia comporta cuatro consecuencias: (i) La prohibición de la retroactividad de las leyes penales. Como regla general las normas penales son irretroactivas, excepto cuando sean más favorables para el reo; (ii) La prohibición de que el poder ejecutivo o la administración dicte normas penales; (iii) La prohibición de la analogía en materia penal, es decir, generar razonamientos y conductas basándose en la existencia de semejanza con otra situación parecida); y, (iv) Reserva legal. Los delitos y sus penas deben ser creados por ley y solo puedan ser creados por esta, descartándose otros medios de formación de legislación penal, como podrían ser la costumbre o las resoluciones judiciales.

4. Sobre la diferencia entre femicidio y feminicidio

Evidentemente ambos términos no son iguales, ya que el primero se centra sobre el homicidio de mujeres por razones de género, mientras que el segundo es mucho más complejo. Se teoriza sobre, al conjunto de violaciones a los derechos humanos de las mujeres que contienen los crímenes y las desapariciones forzadas de mujeres y que estos fuesen identificados como crímenes de lesa humanidad (...); para que se dé el feminicidio concurren, de manera criminal, el silencio, la omisión, la negligencia y la colusión parcial o total de las autoridades encargadas de prevenir y erradicar estos crímenes.

5. Sobre la vulneración del principio de taxatividad en el tipo penal del delito de feminicidio

Si bien nuestro ordenamiento jurídico ha implementado una serie de mecanismos normativos para erradicar cualquier tipo de violencia, y especial en cuanto al delito de feminicidio la misma que ha sido acogida favorablemente por nuestra sociedad debido a problemática social latente, la misma no se ha analizado a detalle antes de ser regulada ya que ya que regula dos supuestos delictivos en un solo tipo penal tal y como es el femicidio y el delito de femicidio, vulnerando con esto el Principio de Taxatividad o también llamado Principio de Tipicidad el cual se encuentra inmerso en el Principio de Legalidad regulado en el art.II del código Penal vigente, siendo el principio de taxatividad, aquel que hace referencia a la exigencia de certeza o determinación de la ley y por tanto, también se le conoce con la expresión “nullum crimen sine lege stricta” (no hay delito sin ley estricta).

7. BIBLIOGRAFÍA

ARRIOLA, Céspedes (2013) “Obstáculos en el acceso a la justicia de víctimas de violencia psicológica en el procedimiento de violencia familiar nacional. ¿Decisiones justas con enfoque de derechos humanos y de género? Análisis de casos con resolución de la Segunda Sala de Familia de Lima entre setiembre – diciembre 2011”. Lima: Perú. Tesis Pregrado. La Pontificia Universidad Católica del Perú.

AJSAC, Chicol (2011). “Estudio jurídico sobre el delito de feminicidio y otros tipos de violencia contra la mujer concluye que el feminicidio”. Guatemala: Guatemala. Tesis Pregrado. Universidad San Carlos de Guatemala.

BENAVIDES ORTIZ, Daniel (2017). “Apuntes sobre la criminalización del feminicidio en Colombia a partir de la Ley Rosa Elvira Cely”. Lima: Perú. Instituto Pacífico.

BERNAL TORRES, Cesar Augusto (2010). “Metodología de la investigación” Colombia. Edit. Pearson Educación.

CARCEDO, Ana (2006). “No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica 2000-2006”. San José: Costa Rica. CEFEMINA.

CASTILLO ALVA, José Luis (2008). “Derecho Penal. Parte Especial I”. Lima: Perú. Edir. Grijley.

CARCEDO, Ana (2006). “No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica 2000-2006”. San José: Costa Rica. CEFEMINA.

CARCEDO, Ana y SAGOT, Montserrat (2002). “Feminicidio en Costa Rica”. Organización Panamericana de la Salud-Programa Mujer, Salud y Desarrollo.

CASTILLO ALVA, José Luis (2008). "Derecho Penal. Parte Especial I". Lima: Perú. Edir. Grijley.

DE LA MANTA BARRANCO, Norberto Javier (2007). "Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal. Madrid: España. Editorial: Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales.

DURAN, Mario (2011). "Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos", Revista de Filosofía, Volumen 67. Recuperado en : [\[https://scielo.conicyt.cl/pdf/rfilosof/v67/art09.pdf\]](https://scielo.conicyt.cl/pdf/rfilosof/v67/art09.pdf). Ubicado el: [13.XI.19]

LAGARDE Y De Los Ríos, Marcela (2008). "Antropología, feminismo y política: Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres". En "Retos teóricos y nuevas prácticas".

NAVARRO Frías, I. (2010). "Mandato de determinación y tipicidad penal". Granada: España. Editorial Comares.

NAVARRO, Pablo E. (2005). "El desafío de la taxatividad" Argentina. Recuperado en : [\[https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2281530.pdf\]](https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2281530.pdf). Ubicado el [13.XI.19].

MESTRE, Ruth. "La caja de Pandora, introducción a la teoría feminista". Valencia: España. Edit. Fondo editorial de la Universidad de Valencia.

MORESO, José Juan (1997). "La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución". Madrid: España. Editorial Centro de Estudios Constitucionales.

MONÁRREZ, J. (2000). "La cultura del feminicidio en Ciudad Juárez". México. México. Frontera Norte.

REATEGUI LOZANO, Rolando (2019). "Feminicidio: análisis crítico desde la doctrina y jurisprudencia". Lima: Perú. Editorial Iustitia S.A.C.

RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Julio. "FEMINICIDIO: Interpretación de un delito de violencia basada en género". Lima: Perú. Edt. PUCP

RUSSELL/HARMES (2006). "Feminicidio: una perspectiva global". México: México. Universidad Autónoma de México.

RUSSELL, Diana E.H y Radford, Jill (1992). "Femicide: The Politics of woman killing". Twayne Publishers, New York.

ROXIN, Claus (1970). "Teoría del tipo penal- tipos abiertos y elementos del deber jurídico". Traducido por el prof. Dr. Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Argentina. Edit. Depalma.

SANCHEZ, Barrenechea (2012): "Si me dejas, te mato. El feminicidio uxoricida en Lima". Lima: Perú. Tesis Pregrado. La Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANCHEZ, Cubas (2012): "El feminicidio y la violencia contra la mujer en Trujillo". Trujillo: Perú. Tesis Pregrado. Universidad Nacional de Trujillo.

TINGO, Herrera; MARTILLO, Pazmiño; APOLO, Loaysa; DUQUE, Yépez (2014) "Feminicidio: violencia y maltrato contra las mujeres". Guayaquil: Ecuador. Recuperado en [http://www.eumed.net/rev/cccss/30/feminicidio.html].

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe A (2006). "Derecho Penal Parte General". Lima:Perú. Edt. Grijley.

VILLANUEVA FLORES, Rocío (2009). "Homicidio y feminicidio en el Perú". Lima: Perú. Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público.

WOOLLSTONECRAFT, Mary (1996). "Reivindicación de los derechos de la mujer". Madrid: España. Edt. Cátedra.

WOOLF, Virginia (1977). "Tres Guineas". Barcelona: España. Edit. Lumen.

ZAPICO BARBEITO, Mónica (2010). "Género y conflicto armado. Causas y consecuencias de la victimización de la mujer en guerra". Granada: España. Edit. Comares.

Sentencias:

EXP. N° 00535-2009-PA/TC; Caso: RODOLFO LUIS OROYA GALLO. Recuperado en [<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00535-2009-AA.pdf>]. Ubicado el: [13.XI.19].

Expediente N° 2050- 2002-ANTC-Fundamento Jurídico N.O 9. Recuperado en: [<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>]. Ubicado el [13.XI.19].

Sentencias del Tribunal Constitucional 126-1987. Recuperado en : [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/858>]. Ubicado el: [13.XI.19].

Sentencias del Tribunal Constitución 21-1981. Recuperado en: [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/21>]. Ubicado el: [13.XI.19].

8. ANEXOS

- EXP. N° 00535-2009-PA/TC; Caso: RODOLFO LUIS OROYA GALLO. Recuperado en [<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00535-2009-AA.pdf>]. Ubicado el: [13.XI.19].
- Expediente N° 2050- 2002-ANTC-Fundamento Jurídico N.O 9. Recuperado en: [<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>]. Ubicado el [13.XI.19].
- Sentencias del Tribunal Constitucional 126-1987. Recuperado en : [<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/858>]. Ubicado el: [13.XI.19].
- Sentencias del Tribunal Constitución 21-1981. Recuperado en:[<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/21>]. Ubicado el: [13.XI.19].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	17

EXP. N° 00535-2009-PA/TC
LIMA
RODOLFO LUIS OROYA GALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de febrero de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rodolfo Luis Oroya Gallo contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 143, su fecha 8 de agosto de 2008, que confirmando la apelada, rechaza de forma liminar y declara improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 17 de septiembre de 2007, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Universidad San Ignacio de Loyola, solicitando que se inapliquen las Resoluciones N° 001-018/07-CD, del 10 de julio de 2007 (fojas 13), N° 002-018/07-CD, del 6 de agosto de 2007 (fojas 15), y N° 005-18/2007-TH, del 23 de agosto de 2007 (fojas 17), a través de las cuales se determina y se confirma su separación de dicha casa de estudios.

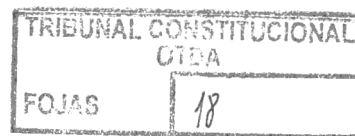
El demandante sostiene que ha sido separado de la Universidad por haber sido encontrado en el campus universitario con un cigarrillo de marihuana. Cabe destacar que en el proceso disciplinario seguido contra él, acepta la posesión del mismo. En este sentido, sustenta su pretensión en que el Reglamento General de Estudios (fojas 19 a 30) no ha señalado qué infracción debe considerarse como leve o grave, que no se ha considerado su rendimiento académico, el difícil momento personal que atravesaba en aquél entonces y que no se ha tomando en cuenta que se encontraba en el último ciclo de estudios (fojas 37 a 39). Por ende, solicita que se lo reincorpore en su calidad de estudiante a la carrera de Administración (fojas 34 a 44).

El Segundo Juzgado Mixto de La Molina y Cieneguilla, con fecha 18 de septiembre de 2007, declaró improcedente la demanda de manera liminar en virtud de lo establecido en el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, por no haberse transgredido norma constitucional alguna (fojas 45).

La Universidad San Ignacio de Loyola se apersona al proceso manifestando que no se ha violado derecho alguno, pues la decisión adoptada no es arbitraria, sino que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



está suficientemente motivada, y porque además el actor tiene expedito su derecho de seguir estudiando en cualquier otra universidad del país. Asimismo, sostiene que el demandante ha ejercido sus derechos de defensa de pluralidad de instancia al haber presentado ante los distintos estamentos de la universidad los recursos de reconsideración y apelación (fojas 130 a 131).

La Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la apelada (fojas 143) sobre la base de lo dispuesto en el inciso 2) artículo 5º del Código Procesal Constitucional, sosteniendo que para dilucidar la presente controversia resulta necesaria una etapa probatoria de la que carece el proceso de amparo.

FUNDAMENTOS

1. La presente demanda de amparo ha sido rechazada de manera liminar en la etapa judicial. Sin embargo, en la medida que la Universidad San Ignacio de Loyola se ha apersonado al proceso presentando un escrito de contestación de la demanda y que en autos existen suficientes elementos de juicio para dilucidar la cuestión controvertida, el Tribunal Constitucional estima que, en aplicación del principio *pro actione* previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, procede emitir pronunciamiento respecto del fondo de la controversia.

§1. Petitorio

2. Teniendo en cuenta el objeto de la presente demanda, este Colegiado considera necesario analizar si el proceso administrativo que culminó con la separación del demandante de la Universidad San Ignacio de Loyola fue realizado de acuerdo con los principios reconocidos por la Constitución Política, especialmente en lo relativo a los principios de razonabilidad, interdicción de la arbitrariedad, proporcionalidad y legalidad que deben existir en la aplicación de sanciones, tanto en instituciones públicas como privadas.
3. Para llegar a una decisión sobre la materia, resultará pertinente estudiar la proporcionalidad¹ y razonabilidad de la sanción adoptada por la Comisión Disciplinaria. Estos principios se encuentran reconocidos en los artículos 3º, 43º y 200º de la Constitución² y servirá para determinar si la decisión adoptada se encuentra ajustada a Derecho.
4. En este sentido, este Colegiado deberá establecer si la separación del demandante era la única medida que, según el Reglamento General de Estudios de la Universidad San Ignacio de Loyola, respondía a la gravedad del hecho

¹ Entre otros, ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 00034-2004-AI/TC. Sentencia del 15 de febrero de 2005.

² Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de octubre de 2004.



investigado en el proceso disciplinario, tomando como base no sólo lo establecido en las normas internas de la Universidad, sino las circunstancias bajo las cuales se cometió la falta, su desempeño académico y antecedentes personales.

§2. Autonomía universitaria, Reglamento General de Estudios y facultad sancionatoria

5. De acuerdo con lo establecido en el artículo 18° de la Constitución Política, el Estado peruano reconoce que “cada universidad es autónoma en su régimen normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico. Las universidades se rigen por sus propios estatutos en el marco de la Constitución y de las leyes”.
6. Para el Tribunal Constitucional la autonomía institucional de las universidades “(...) es el grado de autogobierno necesario para que sean eficaces las decisiones adoptadas por las instituciones de enseñanza superior con respecto a su labor académica, normas, gestión y actividades conexas. (...) El marco de autonomía universitaria, consagrado constitucionalmente y desarrollado por el legislador, es la consecuencia de la toma de las disposiciones institucionales de manera razonable, justa y equitativa, a través de procedimientos transparentes y participativos”³.
7. La presente demanda nos lleva a analizar la facultad de la Universidad para establecer un régimen disciplinario en su Reglamento General de Estudios y los parámetros que se deben tener en cuenta al momento de aplicar estas disposiciones. Sobre esta base, el Tribunal Constitucional sostiene que la autonomía universitaria y las medidas administrativas que se desprendan de su ejercicio serán protegidas siempre que éstas no desnaturalicen ni desconozcan la Constitución Política o los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú⁴.
8. La decisión de separar al alumno Rodolfo Luis Oroya Gallo por parte de la Comisión Disciplinaria y confirmada por el Tribunal de Honor tiene como sustento lo establecido en los artículos 60°, 62°, 65° y 66° del Reglamento General de Estudios de la Universidad San Ignacio de Loyola (fojas 28 a 30), aprobado en sesión del 25 de febrero de 2003 y modificado en enero de 2005. Las normas aplicables en materia de disciplina se encuentran en el Título III del Reglamento y determinan lo siguiente (se resaltan las partes relevantes):

Art. 60°.- Se consideran faltas:

³ Tribunal Constitucional. Expediente N° 00091-2005-AA/TC. Sentencia del 18 de febrero de 2005. Fundamento 8.

⁴ Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 0012-1996-I/TC. Sentencia del 24 de abril de 1997.



a. Promover desorden, participar en manifestaciones grupales no autorizadas o realizar actividades político partidarias en la institución.

b. *Introducir, portar o ingerir en la institución bebidas alcohólicas, drogas y/o sustancias tóxicas.*

c. Introducir armas de cualquier tipo.

d. Ingresar a las instalaciones luego de haber ingerido drogas, alcohol u otra sustancia tóxica.

(...)

La presente enumeración no es limitativa respecto de las conductas que pueden calificarse como faltas.

Art. 62°.- *El alumno que incurra en falta recibe una sanción de acuerdo a su gravedad.* Las sanciones son las siguientes:

a. Amonestación.

b. Suspensión.

c. *Separación.*

Art. 63°.- La amonestación puede ser privada o pública. La amonestación privada es una amonestación escrita al alumno, que le impone el Director de Carrera en todos los casos contemplados en el artículo 60°. La amonestación pública es una advertencia al alumno, que le impone la Comisión Disciplinaria, en los casos contemplados en el artículo 60° del presente reglamento y se exhibe en un lugar visible de la institución.

Art. 64°.- La suspensión es la separación temporal del alumno impuesta por la Comisión Disciplinaria, de acuerdo a la gravedad de la falta. La resolución se exhibe en un lugar visible de la institución.

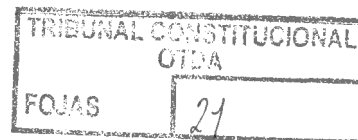
Art. 65°.- *La separación es el retiro definitivo del alumno de la universidad, impuesta por la Comisión Disciplinaria. La resolución se exhibe en lugar visible de la institución.*

Art. 66°.- *Conforme a la gravedad de la falta, si el alumno hubiese sido anteriormente amonestado en público, podrá ser suspendido, y si hubiese sido suspendido, podrá ser separado de la institución.*

No obstante y dependiendo de la gravedad de la falta, podrá sancionarse directamente con suspensión o separación, aún cuando se trate de la primera infracción cometida por el alumno.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



9. Como se puede observar, el Reglamento General de Estudios desarrolla las reglas de conducta que deben seguir los alumnos. Con relación a las situaciones contempladas en el artículo 60°, se describen 17 faltas, listadas entre las letras a) y la q), las cuales conforman un catálogo enunciativo y no taxativo y que, además, carece de una estructura progresiva en torno a la gravedad de las faltas.
10. En el caso objeto de análisis, cabe destacar que el alumno ha podido presentar sus descargos (fojas 9) y el recurso de reconsideración (fojas 4) previsto en el Reglamento General de Estudios (fojas 30), por lo que no se podría sostener que se ha dado una afectación a su derecho de defensa⁵.

Además, dado que el demandante ingresó a la Universidad en el primer semestre de 2003 y ha estudiado de forma ininterrumpida hasta el primer semestre de 2007 (fojas 1), se puede asumir que ha tenido acceso al Reglamento General de Estudios, y que era plenamente conciente del hecho que fumar un cigarrillo de marihuana constituye una falta administrativa objeto de una sanción.

§3. La razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad en la sanción administrativa

11. Mediante las Resoluciones N° 001-018/07-CD, N° 002-018/07-CD y N° 005-18/2007-TH, la Universidad San Ignacio de Loyola aplicó al alumno Rodolfo Luis Oroya Gallo la máxima sanción posible prevista en el Reglamento General de Estudios, consistente en separarlo de forma definitiva, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 60°, inciso a) y 66° del referido Reglamento.

El objetivo de la medida adoptada por la Universidad fue sancionar el consumo de drogas u otras sustancias tóxicas dentro del campus académico, estableciendo que esta medida no será tolerada bajo ninguna circunstancia. Si bien el demandante reconoció haber fumado el cigarrillo de marihuana, la Comisión Disciplinaria optó por aplicar rigurosamente el Reglamento para de esta forma evitar que otros alumnos incurran en la misma infracción.

Cabe destacar que al momento de los hechos, el demandante se encontraba cursando el último ciclo de estudios y le faltaba 11 semanas para terminar la carrera de Administración. Además, se acredita que entró a la Universidad bajo la modalidad de tercio superior, que había participado en actividades extracurriculares, su rendimiento académico era de media superior y no presentaba antecedentes de faltas administrativas.

12. En este sentido, el demandante sostiene que si bien el Reglamento de la Universidad San Ignacio de Loyola establece las conductas que se consideran

⁵ Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de octubre de 2004.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	22

como faltas, no hay una precisión con respecto a cuáles deben ser graves o leves, por lo que la valoración de la Comisión Disciplinaria y del Tribunal de Honor es arbitraria al carecer de un parámetro objetivo de evaluación y aplicación (fojas 35).

13. Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional.
14. En este sentido, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: (i) el de idoneidad o de adecuación; (ii) el de necesidad; y (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto⁶. Esto supone que el Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adopta⁷.
15. A su vez, el principio de razonabilidad conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad.
16. La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto "implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos"⁸.
17. Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3° y 43° de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria

⁶ Entre otros, ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 00034-2004-AI/TC. Sentencia del 15 de febrero de 2005.

⁷ Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 3567-2005-AA/TC. Sentencia del 16 de noviembre de 2005.

⁸ Tribunal Constitucional. Expediente N° 0006-2003-AI/TC. Sentencia del 1 de diciembre de 2003. Fundamento 9.



e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo⁹.

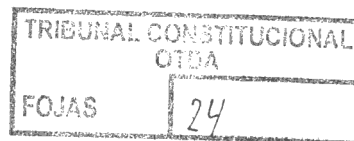
18. En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha hecho¹⁰:
 - a. La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.
 - b. La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en “abstracto” de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un “hecho” resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los “antecedentes del servidor”, como ordena la ley en este caso.
 - c. Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la mas idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.
19. En el caso concreto, la Comisión Disciplinaria tenía la posibilidad de aplicar la sanción de amonestación, de suspensión o de separación de acuerdo con el artículo 66° del Reglamento. Sin embargo, al considerar que el consumo de drogas es una falta grave, la suspensión o amonestación no sería la medida adecuada puesto que mandaría un mensaje de flexibilidad o tolerancia frente a un problema social que es el consumo de drogas. De ahí que disponiendo de una serie de sanciones, se dispuso la separación definitiva del alumno.
20. Cabe destacar que el examen toxicológico tomado por el demandante el 18 de julio de 2007 y presentado ante la Comisión Disciplinaria tuvo resultado negativo (fojas 10), por lo que al momento de los hechos se puede concluir que el consumo de dicha droga fue circunstancial y que este no presentaba síntomas de adicción o uso continuo de la misma.

⁹ Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 0090-2004-AA/TC. Sentencia del 5 de julio de 2004. Fundamento 12.

¹⁰ Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de octubre de 2004. Fundamento 20.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



21. Si bien el consumo de drogas es una situación que no es promovida por el Estado, cabe destacar que la Comisión Disciplinaria decidió no considerar la situación particular del demandante y tampoco tomó en cuenta el examen toxicológico. Por otro lado, no consideró que el alumno se encontraba en el último semestre de la carrera y que una de las funciones de la universidad, sino la más decisiva, es la de formar a las personas.

22. Para tomar esta decisión, la Comisión Disciplinaria y el Tribunal de Honor sostuvieron que es deber de la Universidad hacer prevalecer el principio de respeto y de disciplina en general (fojas 3), de ejercer la disciplina con rigurosidad (fojas 4) y de propiciar y garantizar el bienestar y el ambiente saludable de toda la comunidad universitaria (fojas 7).

23. Al analizar todos los elementos de juicio del caso, resulta cuestionable para este Tribunal que en el proceso disciplinario que culminó con la separación definitiva del demandante, la Comisión Disciplinaria y el Tribunal de Honor hayan omitido la valoración de toda prueba o elemento contextual que atenúe la responsabilidad asumida por él, cuando ésta representa la única garantía de justicia y proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción a imponerse.

24. Por este motivo, este Tribunal Constitucional considera que la relación entre los hechos y la sanción impuesta por la Universidad San Ignacio de Loyola, en el presente caso, resulta desproporcionada y sin una base objetiva que la sustente, violando el principio de razonabilidad con el que se debe actuar en uso de sus facultades discrecionales.

En consecuencia, la decisión de la Comisión Disciplinaria y del Tribunal de Honor es violatoria al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, y causan, en el presente caso, la violación de otro derecho constitucionalmente reconocido, como es el de educación, reconocido en el artículo 13° de la Constitución.

25. Esta violación se constituye puesto que la separación definitiva del alumno por el consumo de un cigarrillo de marihuana cometido en un contexto particular y único de su vida, faltando apenas once semanas para terminar la carrera, lo coloca en una situación de indefensión y desigualdad frente a sus pares.

26. Por más que él pueda intentar seguir la carrera en otra universidad, la decisión no solo el acceso a la educación sino también su libre desarrollo de la personalidad, en el sentido que la Resolución de la Universidad genera un antecedente que lo acompañará durante su vida universitaria y desarrollo profesional. Además, en el texto de la resolución expresamente se señala la separación por el consumo de droga, siendo indiferente si se está frente a una persona con una adicción o si se trata de un caso aislado.



27. Por esta razón es que el Tribunal Constitucional considera que la demanda de autos es fundada en la medida que la decisión de la Universidad es desproporcionada, no porque el consumo de marihuana en el campus universitario no amerite una sanción grave, sino porque la estructura del régimen disciplinario es ambigua e indeterminada, afectando los principios de proporcionalidad y razonabilidad reconocidos en los artículos 3°, 43° y 200° de la Constitución.
28. La presente decisión no puede ser asumida como que el Tribunal es permisivo o tolerante ante el consumo de drogas, sea dentro o fuera del campus universitario. El Tribunal Constitucional ha incidido enfáticamente en el problema social que causa el consumo y el tráfico ilícito de drogas¹¹. En esta línea, la adopción y ejecución de la Estrategia Nacional de Lucha contra las Drogas 2007-2011, la cual contiene un Programa de Prevención al Consumo de Drogas y Rehabilitación del Drogodependiente, debe ser una responsabilidad de toda la sociedad.
- §4. La legalidad y taxatividad de las normas sancionatorias en el Reglamento General de Estudios**
29. Este Tribunal Constitucional sostiene que la adecuada administración de justicia reside en el juicio y criterio de las personas encargadas de impartir esta función. Esto no podría ser de otra manera puesto que es en el análisis de la norma, junto con la valoración de los hechos y las circunstancias que condujeron a la comisión de la falta o delito, lo que determina la aplicación de una decisión justa, proporcional y equitativa.
30. Como este Tribunal ya ha establecido, el principio de legalidad está reconocido en el inciso d), numeral 24, del artículo 2° de la Constitución Política, y exige que una sanción, sea esta de índole penal o administrativa, cumpla con tres requisitos: (i) la existencia de una ley; (ii) que la ley sea anterior al hecho sancionado; y (iii) que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado¹².
31. Como lo ha establecido el Tribunal Constitucional español, el principio de legalidad contiene una garantía material, la cual “aparece derivada del mandato de taxatividad o de *lex certa* y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de

¹¹ Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 04750-2007-HC/TC. Sentencia del 9 de enero de 2008.

¹² Tribunal Constitucional. Expediente N° 2050-2002-AA/TC. Sentencia del 16 de abril de 2002. Fundamento 8.



antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones”¹³.

32. Del principio de legalidad se desprende el principio de taxatividad o de tipicidad. Sin embargo, no se puede equiparar ambos principios como sinónimos pues el principio de legalidad “se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta”¹⁴.
33. En este sentido, el principio de taxatividad o de tipicidad representa “una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”¹⁵.
34. En el caso concreto, el Reglamento General de Estudios de la Universidad San Ignacio de Loyola cumple con los tres elementos que integran el principio de legalidad. Sin embargo, la relación entre las faltas tipificadas y las sanciones previstas en los artículos 60°, 62°, 63°, 64°, 65° y 66° tienen un grado de ambigüedad e indeterminación que podría condicionar un juicio de valor que no sería discrecional, sino arbitrario; ello lo hace contrario al principio de tipicidad o taxatividad de las normas sancionatorias.
35. La estructura del Reglamento de la Universidad se despliega de la siguiente manera: en un artículo se encuentran las faltas (60°) y en los demás artículos (62° a 66°) se encuentran las sanciones. Con respecto al criterio para imponer las sanciones, el artículo 66° establece que éstas deben ser progresivas (amonestación, suspensión y separación), pero dependiendo de la gravedad de la falta, la Comisión Disciplinaria podrá aplicar directamente imponer la suspensión o la separación del alumno (fojas 30).
36. El actual sistema que prevé el Reglamento General de Estudios le concede a las Comisiones Disciplinarias una discrecionalidad que podría hacerles incurrir en valoraciones arbitrarias. Si bien este Tribunal Constitucional está de acuerdo con lo grave que es el consumo de drogas, el criterio empleado por la Universidad para este tipo de situaciones genera una inseguridad jurídica debido a que la persona que comete una falta no tiene la certeza de la sanción que podrá recibir.

¹³ Tribunal Constitucional de España. STC 097/2009 del 27 de abril de 2009. Fundamento jurídico 3.

¹⁴ Tribunal Constitucional. Expediente N° 2050-2002-AA/TC. Sentencia del 16 de abril de 2002. Fundamento 5.

¹⁵ Ver: Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Sentencia del 11 de octubre de 2004. Fundamento 5.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

27

37. Independientemente de lo reprochable que pueda ser la realización de este tipo de conductas dentro de un establecimiento universitario, los principios de legalidad y de tipicidad exigen que las sanciones sean proporcionales al hecho punible y que estén claramente identificadas y singularizadas en el Reglamento General de Estudios.

El consumo de drogas u otras sustancias tóxicas dentro de las universidades deben ser sancionadas con la gravedad que cada institución considere apropiada en la medida que ésta no desconozca los principios de legalidad y taxatividad inherente a toda sanción, sea ésta de índole administrativa o penal.

38. Para este Tribunal Constitucional, en un estado de derecho, la taxatividad de la norma es un principio aplicable a todas las instituciones, sean estas públicas o privadas. Siendo así, al no existir una definición clara y precisa sobre lo que la Universidad San Ignacio de Loyola considera como falta grave y advirtiéndose que la sanción no está claramente establecida para cada conducta, se concluye que el régimen disciplinario contemplado en el Reglamento no guarda relación con el principio de taxatividad.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda interpuesta contra la Universidad San Ignacio de Loyola por haberse vulnerado los principios de razonabilidad y proporcionalidad reconocidos en el artículo 200° de la Constitución, el derecho a la educación consagrado en el artículo 13° de la Constitución y el principio de taxatividad, establecido en el literal d), inciso 24, del artículo 2° de la Constitución.
2. Declarar **NULAS** las Resoluciones N° 001-018/07-CD, del 10 de julio de 2007, N° 002-018/07-CD, del 6 de agosto de 2007, y N° 005-18/2007-TH, del 23 de agosto de 2007, emitidas por la Comisión Disciplinaria y el Tribunal de Honor de la Universidad San Ignacio de Loyola.
3. Ordenar, dentro del plazo de tres días hábiles contados a partir de la notificación de la presente sentencia, la reincorporación del alumno Rodolfo Luis Oroya Gallo a la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad San Ignacio de Loyola, a fin de que culmine con el último ciclo de estudios de la carrera de Administración.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



4. Ordenar a la Universidad San Ignacio de Loyola que adecúe su Reglamento General de Estudios a fin de que pueda identificarse de una manera clara, cierta y taxativa, las faltas que ameritan una amonestación, las faltas que ameritan la sanción de suspensión y las faltas que ameritan la sanción de separación.
5. Ordenar a la Universidad San Ignacio de Loyola que publique la presente sentencia en un lugar visible de la institución.
6. Ordenar a la Universidad San Ignacio de Loyola que incluya lo actuado en el legajo personal del alumno Rodolfo Luis Oroya Gallo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ**

Lo que certifico:

**Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR**

EXP. N.º 2050-2002-AA/TC

LIMA

CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de abril de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento singular, adjunto, del señor Aguirre Roca.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Flor de Milagros Ramos Colque a favor de Carlos Israel Ramos Colque, contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de mayo de 2002, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La recurrente, con fecha 29 de diciembre de 2000, en representación de su hermano don Carlos Israel Ramos Colque, interpone acción de amparo contra la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000 y la resolución suprema ficta derivada como consecuencia de la reconsideración formulada, con el objeto de que se declare su inaplicabilidad y se disponga la reincorporación del afectado en el servicio activo de la Policía Nacional del Perú, con todos sus derechos, beneficios, goces y preeminencias inherentes a su grado, así como el abono por el tiempo de su permanencia en situación de retiro hasta la efectivización de su reposición. Refiere que actúa en representación de su hermano por carecer éste de documento de identidad. Manifiesta que a consecuencia de hechos suscitados en la ciudad de Puno con fecha 25 de noviembre de 1998, su hermano, quien se venía desempeñando como Alférez de la Policía Nacional del Perú, fue comprendido en una arbitraria investigación, en la que no se tuvo en cuenta que su condición era la de víctima y no la de agresor. Producto de ella fue sancionado disciplinariamente hasta en tres oportunidades por los mismos hechos: el 3 de enero de 1999 con 6 días de arresto simple; el 12 de enero de 1999 con 15 días de la misma medida y el 4 de octubre de 2000 con el pase a la situación de retiro por medida disciplinaria. En dicho contexto, tampoco se ha tomado en cuenta que el Consejo Superior de Justicia de la IV Zona Judicial de la PNP, con sede en Cusco, no sólo lo absolvió de las supuestas infracciones funcionales, sino que incluso mandó abrir instrucción contra otro efectivo policial, por haber cometido, en su agravio, delito de insulto al superior, conforme lo acredita mediante instrumentales que adjunta.

El Procurador Público del Ministerio del Interior a cargo de los asuntos judiciales de la Policía Nacional contesta la demanda negándola y contradiciéndola, por considerar que el demandante fue pasado a la situación de retiro por medida disciplinaria, a causa de haber incurrido en graves faltas contra el servicio, el honor, el decoro y los deberes policiales. Por otra parte señala que lo resuelto en la vía judicial es independiente y no afecta lo resuelto en la vía administrativa.

El Primer Juzgado Especializado en Derecho Público, a fojas 85, con fecha 30 de noviembre de 2001, declaró fundada la demanda, por considerar que, si bien mediante la cuestionada resolución suprema se anularon las sanciones impuestas, ello no implica que no se este frente a la vulneración del principio *ne bis in idem*, agregando que existe relación de causalidad y dependencia recíproca entre el procedimiento administrativo disciplinario seguido contra el actor y el proceso que se le siguió ante la IV Zona Judicial de la Policía del Cusco.

La recurrida revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, por estimar que en el proceso de amparo no existe etapa probatoria y por ello la posibilidad de tutela de derechos queda condicionada a que el acto lesivo sea manifiestamente arbitrario.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se declare inaplicable la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP, de fecha 4 de octubre de 2000, mediante la cual se resolvió pasar al beneficiario de la situación de

actividad a la de retiro por medida disciplinaria, lo que se considera que viola su derecho constitucional al debido proceso.

2. Al desestimar la pretensión, la recurrida ha sostenido que la alegada violación del principio del *ne bis in idem* no es tal, pues las fuerzas armadas y policiales, por su estructura jerarquizada, especialidad y disciplina, se rigen por sus propias leyes, conforme lo establece el artículo 168° de la Constitución y, por lo tanto, el artículo 101° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP puede disponer que las sanciones impuestas sean elevadas por el Jefe Superior, cuando se considere que la sanción aplicada es insuficiente.
3. Diversos son los temas que detrás del recurso extraordinario se plantean. A saber, a) los alcances del artículo 168° de la Constitución y, en particular, la situación en la que se encuentran las leyes y reglamentos que regulan el status jurídico de los miembros de la Policía Nacional del Perú; b) el régimen jurídico de las medidas disciplinarias aplicables en dicho órgano policial; c) los alcances y el ámbito protegido del principio *ne bis in idem* y, d) el derecho de defensa y el procedimiento administrativo disciplinario.

§1. Constitución, Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú y Reglamento Disciplinario

Alcances del artículo 168° de la Constitución Política del Estado

4. El artículo 168° de la Constitución preceptúa que "Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú". Mediante dicha disposición, la Constitución ha establecido una reserva de ley para la regulación de todo lo que concierne a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Lo que quiere decir que la Constitución ha encomendado al legislador ordinario para que por medio de una ley ordinaria o una norma con rango de ley, que cuente necesariamente con alguna forma de intervención parlamentaria en su gestión (v.gr. a través del decreto legislativo) regule las materias a las que se ha hecho referencia.

El artículo 168° de la Constitución, por cierto, no sólo alude a que mediante una ley se regulen las materias que ella señala. También menciona a los reglamentos respectivos. Sin embargo, tal alusión a los reglamentos no puede entenderse en el sentido de que éstos tengan el mismo rango que las leyes para diseñar el ordenamiento jurídico de las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú. A juicio del Tribunal, tal capacidad para regular, mediante reglamento, lo concerniente a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de tales institutos armados, ha de ser *secum legem*; esto es, completando lo que en las leyes correspondientes se establezca.

En segundo lugar, cuando el artículo 168° de la Constitución refiere que la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, habrán de ser determinadas por "las leyes y los reglamentos respectivos"; con ello se enfatiza que el ámbito de los institutos armados y el *status* jurídico de los profesionales de las armas debe ser objeto de una regulación particular, no en el sentido de conferir privilegios y otorgar inmunidades, sino para legislar asuntos propios de los institutos armados y policiales.

Como tantas veces se ha afirmado, no hay norma jurídica alguna que pueda encontrarse desligada de la Norma Suprema, que es la que preside, informa y fundamenta la validez de todo el ordenamiento jurídico. Y de esa situación no se escapan, ni podrían hacerlo, las leyes y reglamentos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. De ahí que el Tribunal Constitucional no comparta el criterio sostenido por la recurrida, según el cual si las leyes y reglamentos que regulan el régimen disciplinario de la PNP establecen que se pueden elevar e imponer sanciones violatorias del principio del *ne bis in idem*, ellas están justificadas en el artículo 168° de la Constitución.

§2. Derechos constitucionales de los miembros de la Policía Nacional del Perú y potestad disciplinaria

5. Sin embargo, tal necesidad de que las leyes y reglamentos de la Policía Nacional del Perú y, en general, de las Fuerzas Armadas, no sean bloques o compartimientos aislados de la Constitución Política del Estado, tampoco quiere decir que el régimen disciplinario militar, en lo que aquí interesa poner de relieve, esté exento de un tratamiento singular, derivado no sólo de la referencia explícita a que las leyes y reglamentos respectivos normen "la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional" (artículo 168° de la Constitución), sino, fundamentalmente, de los principios especiales a los que están sujetos tanto las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional del Perú. Y es que el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un órgano como la Policía Nacional, que se encuentra estructurado jerárquicamente, impone que los derechos de sus miembros deban sujetarse a determinadas singularidades.

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España, en doctrina aplicable *mutatis mutandis*, en el ámbito policial y "militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales [comunes] , pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar" (STC 21/1981).

6. Las medidas disciplinarias que puede imponerse a los miembros de la PNP, según el artículo 90° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, son: amonestación verbal, amonestación escrita, apercibimiento, arresto simple, arresto de rigor, pase a la situación de disponibilidad y pase a la situación de retiro.

El arresto de rigor como sanción administrativa privativa de la libertad dictada por un funcionario carente de facultades jurisdiccionales

7. Aunque al actor se le haya aplicado inicialmente arresto simple, uno de los temas recurrentes en el ámbito del ejercicio de las potestades disciplinarias en sede policial tiene que ver con el denominado por el Reglamento del Régimen Disciplinario "arresto de rigor". Se trata de una sanción disciplinaria que se aplica al personal de la Policía Nacional del Perú por haber "cometido grave falta que afecte la moral, la disciplina o el servicio policial" y, según expresa el artículo 109° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-97-IN, "impone al infractor la obligación de su cumplimiento sin interrupción en un ambiente especial de la instalación policial indicada por la Superioridad cumpliendo tareas señalada específicamente...".

Está fuera de cualquier duda que el arresto de rigor constituye una sanción administrativo-disciplinaria. Así se la ha contemplado, en efecto, en el Título VI del referido Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, cuyo artículo 90° empieza afirmando que las sanciones mencionadas son, precisamente, "sanciones disciplinarias". Pero no se trata de una simple sanción administrativa, sino de una que, al imponer la obligación de sufrirla en un ambiente especial de la instalación policial indicada por la superioridad, se traduce en una restricción del ejercicio de la libertad personal de los miembros de la PNP. Y lo es, pues, sucede que durante el lapso que dure, deberá cumplirse en un "ambiente especial de la instalación policial".

El problema es, por tanto, analizar si tal sanción constituye una violación del derecho reconocido en el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, que prescribe que "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito". Con dicho precepto constitucional, entre otras cosas, se garantiza que la detención de una persona, con excepción del supuesto de comisión de flagrante delito, se imponga con respeto del principio de jurisdiccionalidad, esto es, que sea dispuesto necesariamente por un juez competente.

Cabe, no obstante, advertir que tal garantía de la libertad personal no se extiende a cualquier supuesto de restricción, sino que está directamente relacionada con la "detención" de una persona, es decir, con medidas que supongan una *privación* de la libertad. Evidentemente, ese no es el caso ni del denominado arresto simple ni del denominado arresto de rigor, que más bien constituyen o implican una *restricción* de la libertad. Y para ambos, no es de aplicación el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, sino su ordinal "b", a tenor del cual "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley".

Ello significa que, en la medida que el arresto simple o de rigor de los miembros de la Policía Nacional del Perú constituyan sanciones disciplinarias y se encuentren previstas en la ley, su imposición por un superior jerárquico no es, *per se*, inconstitucional. Y es que el mantenimiento de la disciplina en las relaciones internas de subordinación y supraordenación de un órgano como la Policía Nacional, que se encuentra estructurado jerárquicamente, exige que medidas de esta naturaleza, en cuanto no impliquen privación de la libertad personal, deban ser entendidas como consustanciales con la naturaleza de la institución a la que pertenecen sus miembros.

El mismo criterio ha tenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien en la sentencia del 8 de junio de 1976, ha establecido limitaciones a esa "acción disciplinaria por lo que se refiere a las garantías procesales, al distinguir entre arrestos que implican una restricción de libertad (los llamados simples y gravados) y aquellos que implican una privación de libertad (arrestos estrictos) y establecer que en estos últimos casos han de aplicarse las garantías procesales contenidas en el artículo 6° del Convenio Europeo, extendiendo así al ámbito disciplinario castrense los derechos propios del orden penal contenidos en dichos artículos" (citado por la STC 21/1981).

De manera que, en principio, no es inconstitucional que el legislador establezca la posibilidad de que funcionarios que carecen de facultades jurisdiccionales puedan imponer las sanciones disciplinarias de arresto simple y arresto de rigor, con el objeto de salvaguardar el principio de disciplina y jerarquía castrense.

Arresto de rigor y violación del principio de legalidad

8. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional considera que el arresto de rigor, regulado por el artículo 95° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 009-97-IN, viola el principio de legalidad consagrado por el ordinal "d" del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la *ley*.

El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N.° 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Como se ha señalado, "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como..." ley o norma con rango de ley. (STC de España 61/1990).

9. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como

antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168° de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (*Derecho administrativo sancionador*, Editorial Tecnos, Madrid 1994, Pág. 260), "provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella".

10. No es ese el caso de lo que sucede con las "faltas" que ameritarían la imposición de la sanción denominada arresto rigor. En primer lugar, el Decreto Legislativo N.º 745, Ley de Situación Policial del Personal de la Policía Nacional del Perú, simplemente no contemplan los supuestos de hecho considerados como antijurídicos, esto es, las faltas que habilitarían la aplicación de la sanción en referencia. Éstas sólo están previstas en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-97-IN, cuyo artículo 95° remite, a su vez, a diversos apartados del artículo 83° de la norma en mención.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional, por afectar el principio de legalidad, que el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional haya previsto una falta pese a no haber sido prevista por la ley de manera expresa e inequívoca.

11. En igual condición se encuentra la sanción denominada "arresto rigor". Si, como antes se ha dicho, el principio de legalidad exige la predeterminación legal no sólo de las faltas sino también de las sanciones correspondientes, es obvio que al no encontrarse prevista en la ley, la sanción "arresto rigor, impuesta al actor y desprovista de cobertura legal, al ser sólo enunciada en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, también es inconstitucional, por afectar al principio de legalidad, previsto en el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución.

Derecho al debido proceso y sanciones a los miembros de la Policía Nacional del Perú

12. Desde luego, no sólo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquél se deben de respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino que se extiende también a sede "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a

"cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana." (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

Y es que, sostiene la Corte Interamericana, en doctrina que hace suya este Tribunal Constitucional,

"si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos." (párrafo 69). "(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas." (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)].

Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia tienen los derechos de defensa y de prohibición de ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

Arresto de rigor y arresto simple y derecho de defensa

13. Con excepción de los pases a la situación de disponibilidad y a la de retiro por medida disciplinaria, para cuyos casos los artículos 40° y 57° del Decreto Legislativo N.º 745 establecen que "el personal policial deberá previamente ser citado, oído y examinadas las pruebas de descargo...", respecto a la sanción de "arresto de rigor" la norma no precisa nada.

A su vez, si bien el artículo 99° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú establece que "Las sanciones, se aplicarán dentro de las formas, límites y procedimientos señalados en este Reglamento...", tampoco el Reglamento garantiza que las sanciones a que haya lugar, sean la consecuencia de un previo procedimiento administrativo disciplinario, en el cual se respeten las garantías mínimas que integran el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a ser informado de los cargos que se imputan y de ejercer la defensa.

Como este Tribunal lo ha señalado en el Exp. N.º. 1003-1998-AA/TC, "La aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales". Por ello, la Administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman.

No obstante, la necesidad de que en la aplicación de una sanción administrativa se respeten las garantías mínimas del derecho al debido proceso, tampoco es garantizada por las reglas establecidas en los artículos 131° y siguientes del mismo Reglamento, toda vez que allí simplemente se precisa que los Consejos de Investigación "son organismos permanentes encargados de estudiar y determinar la responsabilidad administrativa-disciplinaria del personal de la Policía Nacional...".

Más aún, si hemos de atenernos a una interpretación literal del artículo 88° del referido Reglamento [según el cual "(...) Las faltas que revistan gravedad serán sancionadas previa investigación"], es posible advertir incluso que las sanciones sobre faltas consideradas por el superior como no graves, como por ejemplo el arresto simple, no detalla la necesidad de que se realice una previa investigación.

Tal situación, vulnera el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución, por cuanto permite que los miembros de la Policía Nacional sean objeto de sanciones administrativas, sin que previamente ejerzan sus derechos constitucionales procesales básicos y, particularmente, el derecho de defensa.

14. No obstante lo anterior, el Tribunal Constitucional no considera que el derecho de defensa en tales casos deba ser ejercido en idénticas condiciones a las del proceso penal ordinario. Ello porque, como antes se ha indicado, "en el ámbito militar, (...) el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la no reacción frente a las infracciones de la disciplina militar". Pero tal singularidad justifica el extremo opuesto, es decir, que no sea de recibo el reconocimiento y respeto del derecho a no quedar en un estado de indefensión total.

Por tanto, el Tribunal considera que es lícito que el legislador realice un tratamiento diferenciado en función del tipo de falta que se cometa. Y así, por ejemplo, si se trata de una falta leve, disponga que la autoridad o superior que tenga competencia para sancionar una falta leve deba seguir un procedimiento preferentemente oral, en el que se verifique la exactitud de los hechos, se garantice el derecho de defensa y, de ser el caso, la resolución de sanción adoptada le sea notificada por escrito al procesado. Y, en caso se trate de una falta grave, que el procedimiento sea escrito y que se garantice el derecho de defensa, además de otras garantías absolutamente imprescindibles con el tipo e intensidad de la sanción que pudiera imponerse.

15. Las mismas consideraciones, *mutatis mutandis*, se aplican al caso del denominado arresto simple. Según el artículo 95° del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, tal sanción disciplinaria "es aplicado[a] por faltas que no revisten gravedad o por incurrir en alguna de las señaladas en el presente reglamento y que afecten a la moral, la disciplina o el servicio policial", en tanto su artículo 108° establece que "El arresto simple impone al infractor la obligación de su

cumplimiento sin interrupción, en la Unidad donde presta servicios o donde lo señale la superioridad, sin menoscabo del servicio que debe cumplir...".

Que su imposición actual se realiza con desconocimiento del derecho de defensa, se comprueba con el sentido interpretativo del artículo 88° del referido Reglamento, según el cual "(...) Las faltas que revistan gravedad serán sancionadas previa investigación"; es decir, las faltas consideradas por el superior como no graves, como por ejemplo sucede con el arresto simple, serán sancionadas sin necesidad de una previa investigación.

A juicio del este Colegiado, ni siquiera la necesidad de preservar los principios de disciplina y jerarquía de la Policía Nacional del Perú justifica que las sanciones disciplinarias respectivas que puedan dictarse a sus integrantes se impongan sin respetar el derecho de defensa. Autoridad, disciplina y respeto del principio de jerarquía no puede entenderse como franquicia para sancionar en condiciones de indefensión.

Por lo tanto, el Tribunal Constitucional que, en la medida en que el recurrente fue sancionado con arresto simple, y entre tanto no se dicte una ley compatible con la Constitución, las faltas que se encuentren legalmente previstas deberán sancionarse con la realización de un previo procedimiento administrativo disciplinario que, de no contar con reglas específicas de tramitación, habrá de sujetarse a lo que dispone el artículo 239° de la Ley N.° 27444, esto es, aplicándose las garantías del debido proceso administrativo, regulado por la Ley del Procedimiento Administrativo General antes citado.

§3. *Ne bis in idem* y sanciones a los miembros de la Policía Nacional del Perú. El pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria

16. Por otro lado, se ha cuestionado la infracción del principio del *ne bis in idem*. A juicio del recurrente, tal violación se habría producido como consecuencia que, pese a haber sido sancionado originalmente con 6 días de arresto simple [la que después se amplió a 15 días], con posterioridad, mediante la Resolución Suprema N.° 0544-2000-IN/PNP, se dispuso su pase de la situación de actividad a la de retiro por medida disciplinaria.

Por tanto, a juicio del Tribunal, dos son, *prima facie*, las cuestiones que deben analizarse. Por un lado, los alcances que en el Decreto Legislativo N.° 745 se ha dado al pase a la situación de retiro y, de otro, si con su aplicación al recurrente, se afectó o no el derecho a no ser sancionado dos veces por un mismo hecho.

Antes, sin embargo, el Tribunal Constitucional considera necesario evaluar la sanción disciplinaria del pase a la situación de disponibilidad, toda vez que, por un lado, ésta precede a la del pase a la situación de retiro; y, de otro, para determinar si, en el caso, la administración policial violó el principio de proporcionalidad al sancionar con el pase a la situación de retiro, no obstante existir una sanción como el pase a la situación de disponibilidad.

El pase a la situación de disponibilidad de los miembros de la Policía Nacional del Perú

17. El recurrente alega que se le ha pasado a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria. Dicha sanción disciplinaria está delimitada por el artículo 40° del Decreto Legislativo N.° 745, a tenor del cual se aplicará "por faltas graves contra el servicio, cuando la conducta del personal policial afecte el honor, decoro, deberes policiales y por actos de hostigamiento sexual, independientemente de la sanción penal que pudiera corresponderle, si el hecho o hechos que se le imputan legalmente están previstos como delito, previa recomendación del Consejo de Investigación...".

Sin embargo, el pase a la situación de disponibilidad no sólo tiene la naturaleza de medida disciplinaria. El artículo 41° del mismo decreto legislativo prevé la posibilidad de que se pueda pasar a dicha situación a un miembro de la PNP, cuando así lo disponga una resolución judicial que haya quedado consentida y ejecutoriada, y sancione con separación temporal del servicio como pena principal o accesoria, o con pena privativa de la libertad...". Es decir, también constituye una sanción judicial y, además, se puede aplicar incluso cuando, pese a no haberse señalado en la sentencia que el pase a la situación de disponibilidad constituye parte de la pena (principal o accesoria), el miembro de la Policía Nacional haya sido condenado con pena privativa de la libertad.

Este Tribunal no considera que sea inconstitucional el pase a la situación de disponibilidad de un efectivo policial, luego que éste fue condenado mediante resolución judicial firme a pena privativa de la libertad pues, como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España, si "la tarea propia de la policía... es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial", entonces, "la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir...pues no cabe disociar totalmente la ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento (...). La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía ... es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe el principio *ne bis in idem*." (STC 234/1991).

Menos aún puede cuestionarse la legitimidad constitucional del pase a la situación de disponibilidad porque, además de ser una sanción disciplinaria, también puede constituir una pena principal o accesoria, impuesta a través de una resolución judicial que haya quedado consentida y ejecutoriada.

Sí, en cambio, el Tribunal considera que es inconstitucional el artículo 40° del Decreto Legislativo N.º 745, en la parte que estatuye que el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria puede aplicarse "si el hecho o hechos que se (...) imputan legalmente están previstos como delito". En tal supuesto, a diferencia de lo preceptuado por el artículo 41° del mismo decreto legislativo, el pase a la situación de disponibilidad como sanción disciplinaria no es consecuencia de que al sancionado se le haya impuesto una condena a través de una resolución judicial que haya quedado firme; sino del hecho que simplemente se le haya imputado (y no declarado judicialmente) la comisión de un delito. Este Colegiado considera que así entendida la posibilidad de aplicar tal sanción disciplinaria, es violatoria del principio de presunción de inocencia, pues resulta claro que, con la sola imputación de un delito, tal presunción no pierde sus efectos, sino hasta que exista una declaración judicial de responsabilidad penal.

Ello no quiere decir que se permita que el efectivo policial sujeto a un proceso penal continúe en situación de actividad, pues es perfectamente lícito, si es que se compromete a las tareas constitucionalmente reservadas a la Policía Nacional del Perú, que éste sea pasado a la situación de disponibilidad, durante todo el lapso que dure la realización de dicho proceso judicial. Pero en este último caso, el pase a la situación de disponibilidad no puede entenderse como una medida disciplinaria —pues no hay falta administrativa declarada—, ni tampoco puede considerarse como aplicable el plazo previsto en el artículo 47° del Decreto Legislativo N.º 745, según el cual "No podrá volver a la situación de actividad y pasará a la situación de retiro, el personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, 2 años consecutivos en la situación de disponibilidad". Lo que significa, consecuentemente, que si no existe una resolución judicial que declare la responsabilidad penal del procesado, cualesquiera sean las razones para su dictado, el pase a la situación de disponibilidad deberá revocarse inmediatamente.

Y no puede ser aplicable el artículo 47° del Decreto Legislativo N.º 745, pues una interpretación constitucionalmente conforme de dicho dispositivo debe entenderse como aplicable sólo a los casos de sancionados administrativa o penalmente, pero no para aquellos donde el pase a la situación de disponibilidad debería ser, por decirlo así, una medida cautelar, que tiene por objeto evitar que la actividad del efectivo policial sujeto a un proceso judicial pueda comprometer de una u otra forma la efectividad y eficacia de los servicios y tareas constitucionalmente asignadas a la Policía Nacional del Perú. Y, de otro lado, porque cuando en el artículo 47° del Decreto Legislativo N.º 745 se alude a que no podrá volver a la situación de actividad, "el personal que haya permanecido, por cualquier causa o motivo, 2 años consecutivos...", tal referencia a "cualquier causa o motivo" ciertamente no comprende la hipótesis de medida cautelar con que debe entenderse, para este caso, el pase a la situación de disponibilidad, sino, esencialmente, a faltas o delitos declarados mediante resolución judicial firme.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional considera, que es inconstitucional el artículo 40° del Decreto Legislativo N.º 745, en la parte que establece "si el hecho o hechos que se le imputan legalmente están previstos como delito". Asimismo, es inconstitucional que no se haya previsto la posibilidad de aplicar el pase a la situación de disponibilidad como medida cautelar, en los casos a los que antes ha hecho referencia este Tribunal.

No es el mismo caso, desde luego, si la sanción disciplinaria de pase a la situación de disponibilidad se deriva del hecho de que, con independencia de la imputación de haber cometido un delito —que por sí solo no basta para sancionar disciplinariamente—, se adopta como consecuencia de haberse infringido además intereses legítimos de la institución policial, que se encuentren previstas en la ley como faltas administrativas. Es decir, que esos mismos hechos constituyan la infracción de otros tantos intereses y bienes jurídicos propios de la institución a la que pertenecen. Sin embargo, en tal caso, no es la imputación de un delito la que amerita la imposición de la sanción del pase a la situación de disponibilidad, sino, concretamente, la infracción de reglas disciplinarias.

No obstante, en una hipótesis semejante, el Tribunal Constitucional considera que cualquier sanción administrativa que pudiera imponerse, sólo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), sin embargo, la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial.

Si, por el contrario, se produjese un supuesto de concurso aparente entre la infracción disciplinaria y la infracción penal, esto es, que con los mismos *fundamentos* se pretendiera sancionar penal y administrativamente a un miembro de la PNP, en ese caso, el procedimiento administrativo disciplinario deberá suspenderse y el órgano administrativo se sujetará a lo que se resuelva en sede judicial. Ello ocurre, especialmente en el ámbito de la jurisdicción militar, pues no sólo tiene competencia para juzgar los denominados delitos de función, sino también para sancionar por faltas disciplinarias previstas en el Código de Justicia Militar y en las leyes de la materia.

El principio del *ne bis in idem* como contenido del derecho al debido proceso

18. El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del *ne bis in idem* "procesal", está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual:

"(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:

(...)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

19. El principio *ne bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

- a. En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

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

doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

- b. En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), "(...) El principio *nom bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, *pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos*, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado" (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.

20. En el caso de autos, el recurrente alega haber sido objeto de una doble sanción disciplinaria. A su juicio, el hecho de que se le haya impuesto la sanción de 6 días de arresto simple [posteriormente elevada a 15 días] y después que se le pasara a la situación de retiro, afecta el principio del *ne bis in idem* material, toda vez que la segunda sanción se sustentó en los mismos fundamentos que sirvieron a la primera.

21. Por su parte, la demandada sostiene que tal acto administrativo se expidió al amparo de la ley y, especialmente, de conformidad con el Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP. El reglamento, en efecto, establece en su artículo 100° que "Cuando [el Superior] estime que la naturaleza de la falta requiere de una sanción mayor a lo que está facultado, elevará al Escalón Superior un Parte fundamentando, remitiendo la Orden de Sanción impuesta y solicitando la aplicación de una sanción más severa". A su vez, el artículo 101° del mismo Reglamento declara que "Las sanciones impuestas pueden ser elevadas por el Jefe de Escalón Superior, cuando considere que la sanción aplicada es insuficiente"; mientras que su artículo 103°, dispone que "Una sanción puede ser anulada o variada en su naturaleza por el Superior que la impuso o por los Escalones Superiores a éste, previa reclamación fundada y por escrito del subordinado sancionado...".

22. El Tribunal Constitucional considera que, en efecto, la demandada sancionó al recurrente conforme a las normas del Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Como se ha visto en el fundamento anterior, efectivamente autorizan al superior jerárquico no sólo a imponer el arresto simple, sino que, una vez impuesta y aplicada tal sanción, ésta pueda elevarse, anularse o variarse.

Pero lo que se cuestiona no es que el acto administrativo reclamado se haya expedido por un órgano incompetente o, acaso, que haya sido dictado con violación de la ley o del reglamento. Lo que se cuestiona es si éste es o no compatible con los derechos constitucionales, que es otra cosa sustancialmente distinta. Y es que, como en reiteradas oportunidades se ha enfatizado, en el amparo no se juzga si un acto se expidió o no de acuerdo a la ley o, acaso, con el reglamento que la desarrolla, sino, esencialmente, si aquél afecta o no el contenido constitucionalmente protegido de un derecho reconocido por la Norma Suprema. Y es que en muchas ocasiones la legalidad de un acto administrativo no es sinónimo de constitucionalidad del mismo, ya sea porque el acto administrativo es expedido al amparo de una norma legal manifiestamente incompatible con la Constitución, o bien porque tratándose de una ley o norma con rango de ley compatible con ella sin embargo, su aplicación riñe con la *Lex Legum*.

23. Tal es el caso de lo que ha sucedido con el recurrente. Tratándose de un acto administrativo compatible con el Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, ello no significa que el Reglamento –y, por tanto, los actos expedidos a su amparo– se encuentren conformes con la Ley Suprema. De una interpretación sistemática de los artículos 99° y 101° del dicho Reglamento, en efecto, es posible deducir que, a su amparo, basándose en los mismos hechos y por los mismos fundamentos, un miembro de la Policía Nacional del Perú puede ser sancionado cuando menos dos veces. Así se desprende, por ejemplo, cuando en el artículo 101 del Reglamento se indica que la sanción impuesta puede ser elevada por el Jefe de Escalón Superior, si éste considera que la sanción aplicada, esto es, la que ya se terminó de ejecutar, resulte insuficiente.

Como en diversas ocasiones se ha tenido oportunidad de advertir, cuando la administración policial, al amparo de dicho precepto reglamentario, anula la sanción anterior e impone una nueva sanción, viola el principio del *ne bis in idem* pues se trata de una anulación que tiene carácter meramente declarativo, ya "que por mucho que se declare que las anteriores sanciones que se impusieron quedaron sin efecto, la naturaleza de ellas (sanciones administrativas privativas de la libertad) no son sanciones disciplinarias que puedan quedar sin efecto como consecuencia de la declaración de un acto administrativo, dado que éstas se ejecutaron irremediabilmente el día (o los días) que se impusieron".

En definitiva, este Colegiado considera que es inconstitucional la disposición del Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP que autoriza que, por un mismo hecho, y siempre que se haya afectado un mismo bien jurídico, se pueda sancionar doblemente; como es inconstitucional que, como sucede en el presente caso, a su amparo se haya pasado al recurrente a la situación de retiro, pese a que sobre los mismos hechos y sobre el mismo fundamento, fue objeto de una sanción disciplinaria previa.

Sobre el particular, se debe dejar claramente establecido que el Tribunal Constitucional no considera que sea inconstitucional el que, con sujeción al principio de legalidad, se habilite la posibilidad de complementar una sanción que, a juicio de las autoridades competentes, resulte manifiestamente insuficiente respecto a los bienes jurídicos que hayan podido quedar afectados como consecuencia de la comisión de una falta. Más aún cuando se trata de una institución que, como la Policía Nacional del Perú, se encuentra informada por principios muy singulares, como los de disciplina y jerarquía, a la que constitucionalmente se encomienda tareas tan delicadas como las de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, y prevenir, investigar y combatir la delincuencia, conforme lo preceptúa el artículo 166° de la Constitución.

Pero una cosa es aplicar una doble sanción por la lesión de un mismo bien jurídico, y otra muy distinta es que, impuesta una sanción que aún no se ha ejecutado, por la gravedad que la falta pueda revestir, ella pueda ser revisada y complementada. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que ni siquiera la especial situación en la que se encuentran dependientes o funcionarios policiales, autoriza a que el uso del poder disciplinario que la Administración tiene sobre ellos se realice vulnerando los derechos constitucionales básicos de la persona.

Principio de publicidad, publicación de las normas y Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú

24. Finalmente, un tema que este Tribunal Constitucional no puede eludir es el vinculado con la publicación del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Éste, como se ha anotado antes, fue aprobado mediante Decreto Supremo N°. 009-97-IN, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de febrero de 1998. Su artículo 1° aprueba dicho Reglamento, que, según se desprende de éste, consta de 8 títulos, 9 capítulos, 139 artículos y 8 anexos. Su artículo 2° dispone que dicho Reglamento entrará en vigencia a partir de su publicación. En tanto que su artículo 3° deroga todas las disposiciones que se opongan a dicho decreto supremo. No obstante, y pese a haberse aprobado el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, éste no fue publicado con el decreto supremo N.° 009-97-IN.

A juicio del Tribunal, la omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, constituye una violación del artículo 109° de la Constitución Política del Estado, que establece que "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte".

Si bien dicho precepto constitucional establece que es la "ley" la que tiene que ser publicada, el Tribunal Constitucional considera que en dicha frase debe entenderse, *prima facie*, a cualquier fuente formal del derecho y, en especial, aquellas que tienen una vocación de impersonalidad y abstracción. A juicio de este Colegiado, la publicación de las normas en el diario oficial *El Peruano* es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que, una norma no publicada, no puede considerarse obligatoria.

Detrás de la exigencia constitucional de la publicación de las normas se encuentra el principio constitucional de la publicidad, que es un principio nuclear de la configuración de nuestro Estado como uno "Democrático de Derecho", como se afirma en el artículo 3° de la Norma Fundamental. Y es que lo que verdaderamente caracteriza a un sistema democrático constitucional es su naturaleza de "gobierno del público en público" (N. Bobbio), en el cual, por tanto, en materia de derecho público, la regla es la transparencia, y no el secreto.

Además, la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial *El Peruano*, está directamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de éstos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas.

La Constitución no deja al ámbito de la discrecionalidad del legislador reglamentario la regulación de esa efectiva oportunidad de conocer las normas jurídicas. Exige, por el contrario, y mínimamente, que éstas tengan que ser publicadas en el diario oficial. Por ello, estima el Tribunal que no se cumple tal exigencia, y no se satisfacen los principios de publicidad y seguridad jurídica, si la publicación sólo se realiza respecto a las normas que aprueban un reglamento, mientras el mismo permanece oculto.

En consecuencia, en la medida que la disciplina de la Policía Nacional del Perú interesa a toda la comunidad, y que un requisito de la validez del Reglamento de su Régimen Disciplinario es que éste sea publicado, el Tribunal Constitucional considera que es inconstitucional que contra el recurrente se haya aplicado un reglamento no publicado en el diario oficial *El Peruano*.

Ley de Situación de la Policía Nacional del Perú y necesidad de expedirse una sentencia exhortativa

25. Hasta antes de esta sentencia, en un amparo o, en general, en un proceso constitucional de la libertad, jamás el Tribunal Constitucional ha puesto el pronunciamiento expedido en conocimiento directo de sujetos distintos de los que participan en la controversia constitucional, toda vez que éstas tienen, *prima facie*, efectos *inter partes*, aunque sus criterios jurisprudenciales vinculen a los jueces y tribunales, tal como lo dispone la Primera Disposición General de la Ley N.° 26435, Orgánica del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la naturaleza de esta resolución y, sobre todo, de los problemas constitucionales advertidos en torno al Decreto Legislativo N.° 745 y al Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, que, dicho sea de paso, no son los únicos, recomiendan, además de notificar la presente sentencia a las partes, a ponerla en conocimiento de los órganos constitucionales respectivos a fin de que se contemple la conveniencia de introducir las modificaciones correspondientes en el Decreto Legislativo N.° 745 y en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, que permitan su adecuación a los derechos y principios constitucionales.

Después de todo, un pronunciamiento de esta naturaleza obedece a la concepción, sustentada por este Tribunal en el Exp. N.° 0976-2001-AA/TC, de que la Constitución no es un ordenamiento neutral o desprovisto de valores fundamentales, desde el mismo momento que ha introducido un conjunto de

derechos fundamentales. Por ello, este sistema de valores, que encuentra su punto central en el libre desarrollo de la personalidad y en la dignidad del ser humano, vale como una decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del derecho: legislación, administración y jurisdicción reciben de ella su orientación y su impulso.

Esto significa que los derechos fundamentales no sólo tienen una vertiente subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional y, en esa condición, informan a la legislación, administración y jurisdicción. En esa medida, el Tribunal considera que el amparo no sólo puede entenderse como un proceso en cuyo seno se diluciden problemas que atañen únicamente a las partes que en él participan, sino como una acción de garantía en la cual subyace un orden público, representado por los derechos constitucionales cuya defensa, en el ámbito de su competencia, la Norma Suprema ha encomendado al Tribunal Constitucional.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

REVOCANDO la recurrida que, revocando la apelada, declaró improcedente la acción de amparo; y, reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, inaplicable al demandante la Resolución Suprema N.º 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000, y ordena que se reincorpore al demandante a la situación de actividad, con el reconocimiento de sus derechos y prerrogativas inherentes a su grado. Exhorta, de conformidad con el Fundamento jurídico N.º 21 de esta sentencia, a los poderes Legislativo y Ejecutivo para que, en un plazo razonable, adecuen las normas del Decreto Legislativo N.º 745 y el Reglamento del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú a los principios y derechos constitucionales. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

REY TERRY

AGUIRRE ROCA

GONZALES OJEDA

GARCÍA TOMA

EXP. N.º 2050-02-AA/TC

LIMA

CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE

FUNDAMENTO SINGULAR DE VOTO DEL MAGISTRADO AGUIRRE ROCA

Emito este *fundamento singular*, porque, si bien concuerdo con el FALLO o parte dispositiva de la correspondiente SENTENCIA, considero necesario dejar constancia de que, de un lado, discrepo, con el debido respeto, del último párrafo del FUNDAMENTO 18, pues opino que la imposición, adelantada, de sanciones administrativas, sin perjuicio del deber de revisarlas, en todo o en parte, a la luz del eventual fallo final del respectivo proceso jurisdiccional, no es, *per se*, inconstitucional; y, b) porque no encontrando suficientemente clara la tesis que sobre el principio del *non bis in idem* se expone, del párrafo segundo al último — incluyendo ambos extremos— del FUNDAMENTO 23, creo necesario precisar que no considero inconstitucional la facultad que permite imponer, a lo largo de un proceso administrativo inacabado, diversas sanciones sucesivas y de naturaleza complementaria, a condición de ir subsumiendo las más antiguas en las menos antiguas, de suerte que aquéllas puedan considerarse "a cuenta" de éstas. Por lo demás, dada la importancia especialísima que reviste el factor "disciplina" en los institutos armados y policiales, la facultad glosada líneas arriba, no sólo no parece inconstitucional, sino que se antoja que, en ciertos casos, puede resultar indispensable.

Las discrepancias restantes se relacionan con otros FUNDAMENTOS, pero como se refieren más a aspectos formales, que a criterios constitucionales, pienso que no es necesario consignarlas.

SR.
AGUIRRE ROCA

STC 126/1987, de 16 de julio de 1987

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, y doña Gloria Begué Cantón, don Angel Latorre Segura, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En las siguientes cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la Disposición adicional sexta, tres, de la Ley 5/1983, de 29 de junio, sobre Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria: núms. 377, 378, 379, 380, 381, 389, 390, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 430, 431, 444, 445, 446, 447, 578, 579, 580, 581, 642, 643, 644, 645, 646, 685, 704, 956, 1019, 1033, 1061, 1139, 1159, 1203, 1204 y 1205 de 1985; 93, 94, 95, 146, 311, 459, 460, 475, 550, 664, 698, 753, 754, 864, 865, 929, 1082, 1094, 1115, 1116, 1117, 1118, 1119, 1190 y 1249 de 1986; 188 y 465 de 1987, todas ellas planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona; núms. 1088 de 1985; 145, 424, 455 y 644 de 1986, planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia; núms. 1177, 1178 y 1182 de 1985; 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 246, 248, 432, 433 y 434 de 1986, planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres; núms. 568, 572, 718 y 1303 de 1986, planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Santa Cruz de Tenerife; núm. 993 de 1986, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla; núms. 1110 y 1236 de 1986; 116 de 1987, planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos; núm. 310 de 1987, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid. Han comparecido el Letrado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, y el Fiscal General del Estado, y ha sido Ponente la Magistrada doña Gloria Begué Cantón, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Con fecha 3 de mayo de 1985 tiene entrada en el Registro General de este Tribunal un oficio del Presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona por el que, a los efectos del art. 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), remite adjunto testimonio de la totalidad de las actuaciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicha Audiencia Territorial en el recurso núm. 240/84, interpuesto por doña Melania Carrasco Rodríguez contra Resolución de 8 de marzo de 1984 de la Hacienda Foral de Guipúzcoa que había desestimado la reclamación núm. 43/84 formulada contra liquidación girada por el concepto de Tasa de Juego, año 1983, gravamen complementario. En dicho proceso contencioso-administrativo está personada como Administración demandada la Diputación Foral de Guipúzcoa.

2. Del examen de las actuaciones se desprende: que la parte recurrente formuló en la demanda diversas alegaciones acerca de la pretendida inconstitucionalidad de la Ley 5/1983, de 29 de junio, sobre Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, y del Real Decreto 2570/1983, de 21 de septiembre, así como acerca de la procedencia del planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad; que la Sala de lo Contencioso-Administrativo acordó por providencia de 16 de marzo de 1985, con suspensión del plazo para dictar Sentencia, dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, trámite que fue evacuado mediante los correspondientes escritos, en los que la parte recurrente y el Ministerio Fiscal mostraron su conformidad a dicho planteamiento, oponiéndose a él la parte demandada; y que, finalmente, la Sala dictó Auto el 26 de marzo de 1985, acordando plantear cuestión de inconstitucionalidad de la Ley 5/1983, de 29 de junio, en su Disposición adicional sexta, núm. 3, en cuanto crea para 1983 un gravamen complementario a la Tasa de Juego sobre Máquinas de Azar, por entender que dicha Disposición pudiera infringir los arts. 134.7, 9.3 y 14, en relación con el 33.3 de la Constitución.

3. La mencionada Sala de lo Contencioso-Administrativo estima que debe accederse al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por los siguientes motivos:

a) La Ley 5/1983 constituye el único sustento jurídico del fallo a dictar en el presente proceso, de tal modo que, si se acomoda al Texto Constitucional, el gravamen en cuestión debe ser abonado y, en caso contrario, no procederá su imposición.

b) Dicha Ley no tiene carácter orgánico, ni es una ley especial en materia de establecimiento de tributos, ni existe a favor suyo una delegación para establecerlos procedente de otra ley que posea esas características.

c) Se trata de una Ley presupuestaria, de acuerdo con su título, que, como ocurre con la mayoría de ellas, sin perder su carácter principal contiene normas sobre financiación de Entes públicos y acomodación de cuotas tributarias, entre ellas la de Tasa de Juego que se creó en otra Ley anterior; pero su finalidad fundamental es la de prorrogar los Presupuestos de 1982 por no haberse aprobado los de 1983 (art. 134.4 C.E.).

d) Una vez aprobado el Presupuesto o, en su caso, prorrogado, cabe aprobar en la misma anualidad una ley que implique alteración, en más o en menos, de gastos e ingresos del mismo ejercicio (art. 134.5 y 6 C.E.), pero lo que no cabe, a través de una Ley de Presupuestos, es crear el tributo de que aquí se trata (art. 134.7 C.E.).

e) Además de la posible infracción de este último precepto constitucional, «se han podido infringir en ella los arts. 9.3, sobre el principio de legalidad e irretroactividad de la norma y de la seguridad jurídica, y el 14, que consagra el principio de igualdad ante la Ley, éste en relación con el 33.3 de la propia Constitución, en cuanto tal principio haga referencia a la excesividad tributaria, que suponga privación de bienes o derechos sin indemnización, y fuera de lo previsto en las leyes».

4. Por providencia de 8 de mayo de 1985, la Sección Primera del Pleno de este Tribunal acuerda admitir a trámite la cuestión planteada, a la que ha correspondido el núm. 377/85, dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, y publicar la incoación de la cuestión en el «Boletín Oficial del Estado».

5. El Presidente del Congreso de los Diputados comunica, mediante escrito de 21. de mayo de 1985, que dicha Cámara no hará uso de sus facultades de personación y de formulación de alegaciones, y, con la misma fecha, el Senado, por conducto de su Presidente, se persona en el procedimiento y ofrece su colaboración a los efectos del art. 88.1 de la LOTC.

6. Por su parte, el Ministerio Fiscal presenta el 31 de mayo de 1985 su escrito de alegaciones. En él examina, en primer lugar, si la cuestión suscitada respeta los requisitos establecidos en la LOTC ya que, a su juicio, si bien es cierto que el Auto en que se plantea dicha cuestión fundamenta, aunque muy sucintamente, la alegada vulneración del art. 134.7 de la Constitución, no ocurre lo mismo con la presunta infracción del art. 9.3 de la misma, pues, por lo que a este último precepto concierne, se limita a una escueta alusión a los principios de legalidad, irretroactividad y seguridad jurídica, sin ofrecer argumentación alguna que permita conocer en qué funda la Sala sus dudas sobre la posible inconstitucionalidad de la Ley en cuestión. Y lo mismo sucede -señala- con la invocación del art. 14 en relación con el 33.1, que se apoya exclusivamente en la «excesividad tributaria». Evidentemente -añade- si el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo previsto en el art. 35.2 de su Ley Orgánica, ha de pronunciarse sobre la cuestión planteada por el órgano judicial, éste ha de razonar en qué advierte las posibles contradicciones de la Ley con la Constitución, del mismo modo que tal fundamentación es indispensable para que, en su caso, el Ministerio Fiscal pueda pronunciarse sobre la admisibilidad de la cuestión.

Por otra parte, y a ello atribuye una mayor trascendencia, el pronunciamiento que se interesa de este Tribunal es, en su opinión, innecesario e indiferente para la resolución de la litis entablada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto -arguye-, la demanda ante la Audiencia Territorial de Pamplona solicitaba que se declarasen no conformes a Derecho y, en consecuencia, nulos, el acuerdo de la Inspección de la Hacienda Foral de Guipúzcoa sobre la liquidación de gravamen complementario de la tasa fiscal de juego y la posterior resolución del Tribunal Económico-Administrativo confirmando dicha liquidación, y para ello se basaba en una doble fundamentación: de una parte, la inconstitucionalidad de la Ley 5/1983 y del Real Decreto 2570/1983, que trae causa de la misma, y, de otra, la infracción del art. 26.1 a) de la Ley General Tributaria por el mencionado Real Decreto y el carácter retroactivo de éste. A juicio del Ministerio Fiscal, no cabe duda de que si la citada Ley 5/1983 es contraria a la Constitución, la liquidación practicada sería nula y nada habría que resolver sobre su posible ilegalidad, pero el hecho es que es ésta la cuestión sometida a la consideración de la Sala, aunque presentada con carácter subsidiario, y para su solución no es presupuesto la constitucionalidad de la Ley ya que de lo que se trata es de la disconformidad del acto impugnado con ella. La Sala, pues, tenía que haber limitado su pronunciamiento a este punto y no haber suscitado una cuestión de inconstitucionalidad que no era imprescindible para resolver lo que, dentro de su ámbito jurisdiccional, le había sido sometido.

En definitiva -concluye-, el Auto que suscita la presente cuestión debe ser rechazado por carecer de la obligada motivación y, sobre todo, por no depender la decisión del proceso de la constitucionalidad de la Ley 5/1983.

7. No obstante las consideraciones anteriores y para el caso de que este Tribunal estimare que debe entrar en el fondo de la cuestión planteada, el Ministerio Fiscal analiza las infracciones constitucionales aducidas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

a) El primer artículo invocado en el Auto de dicha Sala es el 134.7 de la Constitución, según el cual la Ley de Presupuestos no puede crear tributos; sólo puede modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.

Para el Ministerio Fiscal, la Ley 5/1983 es una «ley puente» hasta la aprobación de los presupuestos de 1983, lo que permite atribuirle sin mayores reparos la naturaleza de Ley presupuestaria. Pero, aun partiendo de tal naturaleza -señala-, la Disposición impugnada no vulnera el mencionado precepto constitucional por cuanto, como en el mismo Auto se reconoce expresamente, el gravamen complementario no supone más que «una acomodación» de la cuota correspondiente a la Tasa de Juego, tributo que fue creado en otra ley anterior.

La parte actora, a la que considera necesario recurrir para completar la escasez argumental del Auto en cuestión, sostiene que el gravamen complementario es una nueva tasa, como expresamente se afirma en el apartado 3 de la Disposición adicional sexta, pero, en opinión del Ministerio Fiscal, si se analiza detenidamente tal gravamen ha de concluirse que no se trata de un impuesto creado ex novo, sino, más bien, de un expediente técnico encaminado a cubrir la diferencia existente entre la cuota devengada en 1983, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley impugnada, y las nuevas tarifas que habrían de aplicarse a partir de esa fecha. Y, como ha declarado el Tribunal Constitucional (STC 27/1981, fundamento jurídico 2.º) -añade-, el precepto constitucional aducido permite las modificaciones tributarias siempre que exista una norma adecuada que así lo prevea y, en todo caso, no es óbice para que la ley presupuestaria adapte el tributo a la realidad, que es lo que, en definitiva, hace el gravamen complementario.

b) Por lo que se refiere a la presunta vulneración del art. 9. 3 de la Norma fundamental, el Ministerio Fiscal pone de relieve que el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se limita a citar el mencionado precepto, sin que tal invocación vaya acompañada de motivación alguna, por lo que también aquí es preciso acudir a las alegaciones de la parte actora.

De acuerdo con ellas, la vulneración del principio de legalidad se habría producido al no respetarse la reserva de Ley que en materia impositiva prescriben los arts. 31.3 y 133.1 de la Constitución. Pero a ello -señala- hay que objetar, por una parte, que la Tasa de Juego es un tributo creado por el Real Decreto-ley de 1977, verdadera disposición tributaria sustantiva, que al ser preconstitucional no está sujeta a las prescripciones formales establecidas en la Constitución para la producción de normas, y, por otra, debe recordarse, como argumento subsidiario, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el alcance, extensión y límites de la reserva de Ley y del instituto del Decreto-ley (STC 6/1983). Por lo que a la retroactividad respecta, el Ministerio Fiscal se remite a la doctrina contenida en las Sentencias de este Tribunal 27/1981, 8/1982 y 6/1983, que se refieren a disposiciones tributarias y que por consiguiente son de aplicación, a su juicio, a la norma aquí cuestionada. Y, en cuanto a la seguridad jurídica, manifiesta que no acierta a percibir qué inseguridad puede producir la Disposición impugnada, dado que la tasa es por años naturales y el Real Decreto-ley 9/1980, de 26 de septiembre, que por vez primera modificó las cuotas, dispuso que «en la Ley de Presupuestos se podrán modificar los tipos tributarios».

c) Finalmente, el Auto examinado sostiene que ha podido infringirse el art. 14 en relación con el 33.3, ambos de la Constitución, por cuanto la «excesividad tributaria» puede suponer privación de bienes o derechos sin indemnización y fuera de lo previsto en las leyes. Sin embargo, el Auto no ofrece la más mínima explicación de cómo esa «excesividad tributaria» supone una confiscación o privación de bienes, y tampoco se advierte cómo puede producirse.

A juicio del Ministerio Fiscal, la invocación del art. 14 de la Constitución en relación con el 33.1 de la misma pudiera tener alguna consistencia lógica, pero recuerda que no es ésta la primera vez que tal cuestión se plantea ante el Tribunal Constitucional y que, en todos los casos, éste inadmitió el recurso de amparo, declarando que el hecho de que un impuesto se reputa excesivo no afecta a la igualdad.

Por todo lo anterior, interesa de este Tribunal que rechace la cuestión de inconstitucionalidad planteada por ser notoriamente infundada en su planteamiento o, en su defecto, que la desestime por no ser la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983 contraria a los preceptos constitucionales invocados

8. Tras los correspondientes trámites y por Auto de 16 de julio de 1985, el Pleno del Tribunal acuerda, para su tramitación en un solo proceso y su resolución por una única Sentencia, acumular a la presente las siguientes cuestiones de inconstitucionalidad planteadas

por la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona en relación con la misma Disposición adicional de la Ley 5/1983: 378/85 (en recurso contencioso-administrativo 244/84), 379/85 (en recurso contencioso-administrativo 268/84), 380/85 (en recurso contencioso-administrativo 238/84), 381/85 (en recurso contencioso-administrativo 232/84), 389/85 (en recurso contencioso-administrativo 226/84), 390/85 (en recurso contencioso-administrativo 256/84), 395/85 (en recurso contencioso-administrativo 224/84), 396/85 (en recurso contencioso-administrativo 228/84), 397/85 (en recurso contencioso-administrativo 230/84), 398/85 (en recurso contencioso-administrativo 234/84), 399/85 (en recurso contencioso-administrativo 270/84), 400/85 (en recurso contencioso-administrativo 312/84), 430/85 (en recurso contencioso-administrativo 288/84), 431/85 (en recurso contencioso-administrativo 342/84), 444/85 (en recurso contencioso-administrativo 229/84), 445/85 (en recurso contencioso-administrativo 235/84), 446/85 (en recurso contencioso-administrativo 274/84) y 447/85 (en recurso contencioso-administrativo 231/84). En dicho Auto se tienen asimismo por formuladas las alegaciones del Ministerio Fiscal en la cuestión 377/85 y se concede a éste, así como al Letrado del Estado, nuevo plazo para alegaciones. El Ministerio Fiscal, que había estimado procedente se tuviera por reproducido en las cuestiones acumuladas su dictamen relativo a la 377/85, se abstiene de formular nuevas alegaciones.

9. Por escrito que tiene entrada en este Tribunal el 29 de Octubre de 1985, el Letrado del Estado, tras exponer la situación procesal en que se hallan los distintos procedimientos sobre la misma cuestión, se opone a su planteamiento basándose en las alegaciones siguientes:

En primer lugar, pone de manifiesto que, por lo que se refiere a la supuesta vulneración de los arts. 9.3, 14 y 33.3 de la Constitución, la falta de motivación del Auto de la Audiencia Territorial de Pamplona debe conducir a una resolución denegatoria de cualquier pronunciamiento sobre los mismos. No obstante, para el caso de que no se estimare así, señala que no se advierte la relación que pueda existir entre el principio de igualdad y la norma cuestionada, la cual se aplica a todas «las máquinas o aparatos automáticos aptos para la realización de juegos de azar», distinguiendo en ellas diferentes categorías y gravándolas de acuerdo con su capacidad económica, según lo previsto en el art. 31.1 C.E. Tampoco puede apreciarse, a su juicio, vulneración del art. 33.3 C.E., dado que el tributo y la expropiación son categorías diferentes. Y asimismo, considera imposible saber cómo puede resultar afectado el principio de seguridad jurídica por la Disposición impugnada, ya que se trata de una norma con rango de Ley, que no vulnera el principio de capacidad contributiva y que regula con

claridad, precisión y atendiendo a módulos objetivos, los diferentes elementos de la relación jurídico-tributaria que crea; y mucho menos el principio de irretroactividad de las normas, ya que nada tiene que ver con él la circunstancia de que la Disposición en cuestión afecte a quienes antes de su vigencia eran titulares de máquinas de juego. Por todo lo cual solicita que, llegado el caso, este Tribunal haga uso de la facultad que le confiere el art. 84 de su Ley Orgánica.

Entrando luego en lo que califica de «cuestión sustantiva», la presunta infracción del art. 134.7 de la Constitución, estima el Letrado del Estado que el razonamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo al respecto carece del necesario rigor, por cuanto, al margen de la referencia a la falta de carácter orgánico de la Ley 5/1983, que en el Auto se hace y que nada tiene que ver con el asunto planteado, se identifica «Ley presupuestaria» -sin especificarse qué se entiende por ello- con «Ley de Presupuestos». Por lo que, no pudiendo ser calificada la Ley 5/1983 de Ley de Presupuestos, al no encajar en la definición del art. 48 de la Ley General Presupuestaria ni haber prorrogado, frente a lo que afirma la Sala, los Presupuestos Generales del Estado de 1982 durante 1983 (la prórroga la establece directamente el art. 134.4 C.E.), las previsiones del art. 134.7 de la Constitución no son aplicables a ella y, en consecuencia, no pueden haber sido vulneradas por ella. Pero, aun admitiendo a efectos dialécticos que las limitaciones del art. 134.7 C.E. fueran aplicables a las «Leyes presupuestarias», sería necesario precisar qué se entiende por tales y justificar que entre ellas se encuentra la Ley 5/1983, una Ley de contenido complejo, referida fundamentalmente a tres aspectos básicos (financiero, tributario y de contratación), que no es sino lo que ella misma dice, una Ley de medidas urgentes, salvo que al término presupuestario se le dé un contenido tan amplio que incluya todo tipo de normas que afecten a los ingresos o gastos del Estado. Ley a la que -concluye el Letrado del Estado- nada impide modificar normas tributarias preexistentes o crear nuevos tributos, lo que puede realizar cualquier norma con rango de ley que no siendo la de presupuestos regule elementos concretos de la relación jurídico-tributaria, según resulta de los arts. 133 y 134 de la Constitución e implícitamente, de la STC 38/1981, de 20 de julio (fundamento jurídico 3.º) por lo que tampoco se entiende la referencia, hecha en el Auto de la Sala, a que la Ley 5/1983 no es «especial en materia de establecimiento de tributos».

Las anteriores consideraciones llevan al Letrado del Estado a solicitar de este Tribunal la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad 377/85, así como de las cuestiones a ella acumuladas.

10. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Pamplona plantea asimismo, mediante Autos con idéntica fundamentación jurídica a la anteriormente expuesta, sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la Disposición adicional sexta, 3 de la Ley 5/1983, de 29 de junio. Admitida a trámite cada una de ellas, el Presidente del Congreso comunica que dicha Cámara no hará uso de sus facultades de personación y alegaciones; el Senado, por su parte, se persona y ofrece su colaboración por conducto de su Presidente. El Letrado del Estado solicita en sus respectivos escritos la acumulación de estas cuestiones a las anteriores, interesando en unos casos la suspensión del plazo para alegaciones y reproduciendo en otros lo alegado con respecto a la 377/85 y acumuladas. El Ministerio Fiscal solicita la suspensión de su tramitación hasta tanto sea dictada Sentencia en relación con la 377/85 y acumuladas, remitiéndose en muchos casos a su anterior informe relativo a las mencionadas cuestiones. Y el Pleno de este Tribunal, por sucesivos Autos, acuerda denegar la acumulación a las anteriores de cada una de las nuevas cuestiones y suspender la tramitación de estas últimas hasta que recaiga Sentencia en las ya acumuladas. las cuestiones de inconstitucionalidad a que se hace referencia en este antecedente décimo son las siguientes:

1) Cuestión de inconstitucionalidad 578/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 225/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de octubre de 1985.

2) Cuestión de inconstitucionalidad 579/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 227/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de octubre de 1985.

3) Cuestión de inconstitucionalidad 580/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 233/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de octubre de 1985.

4) Cuestión de inconstitucionalidad 581/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 237/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de octubre de 1985.

5) Cuestión de inconstitucionalidad 642/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 322/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de octubre de 1985.

6) Cuestión de inconstitucionalidad 643/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 360/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de octubre de 1985.

7) Cuestión de inconstitucionalidad 644/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 242/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de octubre de 1985.

8) Cuestión de inconstitucionalidad 645/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 308/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de octubre de 1985.

9) Cuestión de inconstitucionalidad 646/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 236/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de octubre de 1985.

10) Cuestión de inconstitucionalidad 685/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 402/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de octubre de 1985.

11) Cuestión de inconstitucionalidad 704/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 453/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 5 de diciembre de 1985.

12) Cuestión de inconstitucionalidad 956/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 307/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 23 de enero de 1986.

13) Cuestión de inconstitucionalidad 1.019/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 289/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 13 de marzo de 1986.

14) Cuestión de inconstitucionalidad 1.033/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 238/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 16 de enero de 1986.

15) Cuestión de inconstitucionalidad 1.061/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 436/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 6 de febrero de 1986.

16) Cuestión de inconstitucionalidad 1.139/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 452/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 13 de febrero de 1986.

17) Cuestión de inconstitucionalidad 1.159/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 245/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 20 de febrero de 1986.

18) Cuestión de inconstitucionalidad 1203/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 377/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 13 de marzo de 1986.

19) Cuestión de inconstitucionalidad 1204/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 299/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 13 de marzo de 1986.

20) Cuestión de inconstitucionalidad 1205/85, planteada en recurso contencioso-administrativo 151/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 6 de febrero de 1986.

21) Cuestión de inconstitucionalidad 93/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 241/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de abril de 1986.

22) Cuestión de inconstitucionalidad 94/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 243/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de abril de 1986.

23) Cuestión de inconstitucionalidad 95/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 315/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de abril de 1986.

24) Cuestión de inconstitucionalidad 146/84, planteada en recurso contencioso-administrativo 429/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 24 de abril de 1986.

25) Cuestión de inconstitucionalidad 311/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 454/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 20 de mayo de 1986.

26) Cuestión de inconstitucionalidad 459/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 24/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 12 de junio de 1986.

27) Cuestión de inconstitucionalidad 460/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 456/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 12 de junio de 1986.

28) Cuestión de inconstitucionalidad 475/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 143/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 19 de junio de 1986.

29) Cuestión de inconstitucionalidad 550/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 120/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 10 de julio de 1986.

30) Cuestión de inconstitucionalidad 664/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 269/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 18 de septiembre de 1986.

31) Cuestión de inconstitucionalidad 698/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 221/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 18 de septiembre de 1986.

32) Cuestión de inconstitucionalidad 753/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 624/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 25 de septiembre de 1986.

33) Cuestión de inconstitucionalidad 754/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 138/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 25 de septiembre de 1986.

34) Cuestión de inconstitucionalidad 864/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 222/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 23 de octubre de 1986.

35) Cuestión de inconstitucionalidad 865/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 818/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 23 de octubre de 1986.

36) Cuestión de inconstitucionalidad 929/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 144/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 23 de octubre de 1986.

37) Cuestión de inconstitucionalidad 1082/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 649/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 20 de noviembre de 1986.

38) Cuestión de inconstitucionalidad 1094/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 132/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 27 de noviembre de 1986.

39) Cuestión de inconstitucionalidad 1115/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 131/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 27 de noviembre de 1986.

40) Cuestión de inconstitucionalidad 1116/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 137/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 4 de diciembre de 1986.

41) Cuestión de inconstitucionalidad 1117/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 639/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 4 de diciembre de 1986.

42) Cuestión de inconstitucionalidad 1118/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 457/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 4 de diciembre de 1986.

43) Cuestión de inconstitucionalidad 1119/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 645/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 4 de diciembre de 1986.

44) Cuestión de inconstitucionalidad 1190/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 271/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 15 de enero de 1987.

45) Cuestión de inconstitucionalidad 1249/86, planteada en recurso contencioso-administrativo 267/84, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 22 de enero de 1987.

46) Cuestión de inconstitucionalidad 188/87, planteada en recurso contencioso-administrativo 644/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 27 de marzo de 1987.

47) Cuestión de inconstitucionalidad 465/87, planteada en recurso contencioso-administrativo 819/85, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 28 de mayo de 1987.

11. Mediante Auto de 25 de noviembre de 1985, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia plantea en el recurso contencioso-administrativo 2.130/1984 cuestión de inconstitucionalidad, registrada con el número 1088/1985, también relativa a la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, y al Real Decreto 2570/1983, de 21 de septiembre.

En su fundamentación jurídica la Sala centra básicamente la presunta inconstitucionalidad de dicha norma en su carácter retroactivo. A su juicio, de conformidad con el art. 2.3 del Código Civil y el art. 20 de la Ley General Tributaria, así como con el 9.3 de la Constitución, la aplicación retroactiva de las leyes tributarias constituye un ataque a los

fundamentos básicos del orden jurídico, como se reconoce en el art. 53 de la Constitución italiana y en la trascendental Sentencia de 19 de diciembre de 1961 del Tribunal Constitucional alemán. Y en igual sentido -añade- el Tribunal Supremo español, en numerosas Sentencias y en relación con el art. 5 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, rechaza la interpretación analógica o extensiva de las leyes tributarias y únicamente admite la retroactividad cuando expresamente se establezca en la ley. Finalmente señala, aunque sin aducir argumentación alguna, que la norma cuestionada puede oponerse a «preceptos constitucionales, en orden a la jerarquía de las normas, según se desprende de los arts. 9.3, 31 y 109 en relación con los arts. 134.7 y 133.1, todos ellos de la Constitución, y el art. 3 del Reglamento General de Recaudación». Reglamento General de Recaudación».

La misma fundamentación jurídica, sin la referencia al art. 109 de la Constitución, sirve de base a dicha Sala para plantear las siguientes cuestiones de inconstitucionalidad: la 145/1986 (en recurso contencioso-administrativo 30/1985), y las 424/1986 (en recurso contencioso-administrativo 838/1985), 455/1986 (en recurso contencioso-administrativo 284/1985) y 644/1986 (en recurso contencioso-administrativo 880/1985). En los Autos de planteamiento de estas tres últimas cuestiones se alude además a la «dudosa concordancia» de la norma cuestionada con los arts. 14, 17, 33 y 38 de la Constitución.

En tales cuestiones de inconstitucionalidad, el Presidente del Congreso de los Diputados comunica que dicha Cámara no hará uso de sus facultades de personación y alegaciones; el Senado, en cambio, se persona y ofrece su colaboración por conductos de su Presidente.

Por su parte, el Letrado del Estado pone de relieve que lo que sólo incidentalmente se menciona en el Auto de la Audiencia Territorial de Pamplona, esto es, la pretendida retroactividad de la disposición cuestionada que se estima contraria a la Constitución, se convierte en el argumento fundamental en el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Valencia. Por ello, después de dar por reproducido el contenido de sus escritos anteriores, centra sus alegaciones en este punto. Frente a la postura de la Sala, que considera incuestionable la eficacia retroactiva de la norma, el Letrado del Estado sostiene que el discutido gravamen complementario no tiene alcance retroactivo. La retroactividad de una norma -alega- no implica sino su aplicación a situaciones jurídicas consolidadas en el pasado, o bien a situaciones, relaciones o efectos, aunque nacidos, no consumados o agotados, y, en rigor, la norma cuestionada no afecta a ninguna relación o situación jurídica preexistente. La Disposición adicional sexta, 3, se limita a regular los diferentes elementos de una nueva relación jurídico-tributaria creada por ella misma y que,

por lo tanto, nace después de su entrada en vigor. El nuevo gravamen que, a diferencia de la tasa a la que complementa, tiene naturaleza impositiva, es independiente de ella, ya que, según la Ley General Tributaria, las deudas de esta naturaleza son autónomas (art. 62. 1) y así resulta, además, de la no coincidencia de los elementos constitutivos de ambos tributos. Lo que ocurre es que la identificación del sujeto pasivo por referencia a un hecho anterior a la entrada en vigor de la ley origina cierta confusión. Pero el legislador no conecta el nacimiento del tributo a situaciones pasadas, que constituyen tan sólo un elemento de referencia necesario -no suficiente- para identificar a los sujetos pasivos.

Aun admitiendo, a efectos puramente dialécticos, el carácter retroactivo de la Disposición en cuestión, no cabe, a juicio del Letrado del Estado, derivar de ello su inconstitucionalidad, pues no puede admitirse sin más tal como se pretende, que la aplicación retroactiva de las leyes constituya un ataque «a los fundamentos mismos del orden jurídico». Y ello porque, según ha señalado el Tribunal Constitucional, el límite de la retroactividad in peius de las leyes no es general, sino que aparece referido a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, entre las cuales indudablemente no cabe incluir a las fiscales, como lo demuestra el hecho de que se suprimiera, en el texto definitivo de la Constitución, la referencia que, en tal sentido, contenía el anteproyecto.

Por otra parte, tampoco se podría, en opinión del Letrado del Estado, cuestionar la constitucionalidad de la nueva figura desde la perspectiva del principio de la capacidad económica o contributiva del obligado en relación con el principio de irretroactividad de las normas, ya que en tal caso habría que demostrar que, en el lapso que media entre la contemplación normativa de la capacidad económica y la incidencia efectiva del tributo sobre su titular, esa capacidad había desaparecido.

Finalmente -añade- la Disposición adicional sexta, 3, no vulnera el principio de igualdad y el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues dicha norma no hace sino restablecer para las máquinas de juego la adecuada proporcionalidad económica entre el tributo que las grava y la capacidad contributiva de sus titulares, que quedó rota desde el momento en que la aprobación tardía de la Ley de Presupuestos para el ejercicio de 1983 no pudo realizarse en los plazos previstos, por lo que no puede decirse que sea arbitraria ni discriminatoria.

El Letrado del Estado concluye solicitando la desestimación de las mencionadas cuestiones de inconstitucionalidad e interesando, por otrosí, bien, en unos casos, la acumulación de las nuevas cuestiones a las inicialmente acumuladas por Auto de este

Tribunal de 16 de julio de 1985 en razón de la identidad de objeto y fundamentación de las mismas, bien la suspensión de su tramitación, en otros.

En cuanto al Ministerio Fiscal, solicita en su escrito de alegaciones la inadmisión de la cuestión 1.088/1985, por no especificarse y justificarse en ella en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma cuestionada, así como por falta de concreción de los preceptos constitucionales que se supone infringidos; e interesa, en otro caso, la suspensión del trámite hasta tanto sea resuelta la cuestión 377/1985, petición que reitera en las cuestiones 145/1986, 424/1986, 455/1986 y 644/1986.

Las referidas cuestiones de inconstitucionalidad son suspendidas en su tramitación por Autos del Pleno de este Tribunal de 13 de febrero, 24 de abril, 5 de junio, 12 de junio y 12 de septiembre, todos ellos de 1986, respectivamente.

12. También la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres plantea varias cuestiones de inconstitucionalidad en relación con la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, de 29 de junio. En los respectivos Autos de planteamiento, idénticos en su fundamentación jurídica, razona que la norma cuestionada «se erige, no sólo en obligado punto de referencia en el contraste de legalidad del acto administrativo cuya anulación se insta en el proceso, sino en efectivo condicionante de la solución que haya de darse al mismo».

Como precepto constitucional eventualmente lesionado, concreta la Sala el art. 9.3 de la Constitución, sintetizando la línea argumental en los siguiente puntos:

a) La disposición en cuestión puede suponer la retroactividad in peius de una ley fiscal. El denominado gravamen parece ser una tasa o complemento de la que grava los juegos de suerte, envite o azar, y por ello el hecho imponible de la misma habrá de ser la actividad administrativa autorizatoria [art. 26 a), de la L.G.T.] realizada con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, ya que se aplica a tasas devengadas correspondientes a 1983 y, por lo tanto, respecto a licencias otorgadas previamente a la fecha de 30 de junio de dicho año. Así entendida, la aplicación supone un incremento del tributo en la misma cuantía que la que se fija ex novo para las futuras autorizaciones.

b) Tal retroactividad puede vulnerar el art. 9.3 de la Constitución. A este respecto recuerda la Sala que los constituyentes suprimieron del texto la prohibición de la retroactividad de las normas fiscales, y que la irretroactividad tributaria ha estado históricamente vinculada al principio de legalidad y a la temporalidad de las leyes presupuestarias. Por otra parte -añade- la STC 6/1983 ha abordado el tema de la retroactividad

de las leyes fiscales, distinguiendo entre la de grado máximo, medio y mínimo y pronunciándose tan sólo sobre esta última, y no puede olvidarse que en este caso puede tratarse de una retroactividad media o máxima dado que la norma tributaria parece incidir sobre una relación jurídico-tributaria ya consumada y extinguida por el pago, de conformidad con lo establecido en la Sección Segunda del Capítulo Quinto del Título II de la Ley General Tributaria.

c) Aunque como principio no está proscrita la retroactividad de las leyes fiscales, tal retroactividad puede resultar inconstitucional cuando su eficacia conculque el principio de seguridad jurídica, proclamado también en el art. 9.3 de la Constitución, o tenga carácter arbitrario o no «razonable», según expresión utilizada por la jurisprudencia norteamericana. En este mismo sentido, la doctrina alemana trabajosamente elaborada en torno a la Ley fundamental matiza las consecuencias constitucionales de la Ley fiscal retroactiva sobre la base de las exigencias del Estado de Derecho y concretamente del aludido principio de seguridad jurídica y la protección de la buena fe de los ciudadanos y la doctrina italiana lo hace basándose en el principio de capacidad contributiva reconocido en el art. 53 de su Constitución y que la nuestra reconoce en el art. 31.

En relación con las cuestiones mencionadas en este antecedente, el Presidente del Congreso comunica que no hará uso de sus facultades de personación y alegaciones; el Senado se persona, ofreciendo su colaboración, por conducto de su Presidente.

Frente a las consideraciones realizadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres, el Letrado del Estado insiste en que el gravamen complementario no es una tasa, pues no concurre en él ninguna de las circunstancias requeridas en el art. 26.1.a), de la L.G.T. A su juicio, el hecho de que se articule como complementario de la tasa exigida en su día a quienes obtuvieron una autorización administrativa no conduce a sostener que ambas posean la misma naturaleza, como entiende la Sala. En rigor, tan sólo existe una posible coincidencia entre los sujetos pasivos de uno y otro tributo que, por otra parte, son perfectamente autónomos como todas las deudas tributarias (art. 62.1 L.G.T.) el gravamen en cuestión tiene una clara naturaleza impositiva ya que, sin contraprestación alguna para ellos, se exige a los sujetos pasivos sobre la base de su capacidad económica, puesta de manifiesto por la tenencia en funcionamiento de cada máquina de juego.

Por lo demás, el Letrado del Estado reproduce la argumentación contenida en escritos anteriores, reiterando que la relación jurídico-tributaria ya consumada por el pago de la tasa autorizatoria no resulta afectada por la nueva norma, cuyos elementos constitutivos no son

coincidentes, por lo que no puede atribuirse a la Disposición adicional sexta, 3, carácter retroactivo. Aun admitiendo a efectos dialécticos tal carácter retroactivo -añade-, de ello no se derivaría sin más su inadecuación constitucional, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la retroactividad de las leyes (STC 6/1983, de 4 de febrero, fundamento jurídico 3.º), el tenor literal del art. 9.3 de la Constitución y el criterio mantenido por la doctrina científica. Finalmente -salvo en las alegaciones formuladas en la cuestión 1.177/1985- sostiene, frente a lo alegado en vía contenciosa por los interesados en torno a los arts. 14, 17, 33.1 y 30 de la Norma fundamental, que la ley cuestionada no atenta contra la igualdad tributaria sino que la restablece y hace efectiva, que no resultan afectados ni la garantía institucional ni el contenido esencial del derecho de propiedad privada o de la libertad de empresa, y que el art. 17 de la Constitución nada tiene que ver con la problemática planteada.

Por todo lo expuesto, el Letrado del Estado interesa de este Tribunal la desestimación de las cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas por la Audiencia Territorial de Cáceres; y asimismo, por otrosí, solicita, bien la acumulación de las nuevas cuestiones a las inicialmente acumuladas por Auto de 16 de julio de 1985, o bien la suspensión de su tramitación en algunos casos.

Por su parte, el Ministerio Fiscal en su informe formulado en la cuestión 1.178/1985 - que da por reproducido en otras cuestiones de las planteadas por la misma Sala de la Audiencia Territorial de Cáceres- se remite a lo expuesto, en cuanto al fondo, en la cuestión 377/1985, e interesa en todo caso la suspensión de la tramitación de las nuevas cuestiones, siguiendo así el criterio adoptado en relación con cuestiones anteriores.

El Pleno del Tribunal acuerda denegar la acumulación y suspender la tramitación de las sucesivas cuestiones formuladas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres hasta tanto recaiga Sentencia en las ya acumuladas. Las nuevas cuestiones a que se hace referencia en este antecedente duodécimo son las siguientes:

1) Cuestión de inconstitucionalidad 1.177/1985, planteada en recurso contencioso-administrativo 136/191985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 13 de marzo de 1986.

2) Cuestión de inconstitucionalidad 1.178/1985, planteada en recurso contencioso-administrativo 170/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 20 de marzo de 1986.

3) Cuestión de inconstitucionalidad 1.182/1985, planteada en recurso contencioso-administrativo 137/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 13 de marzo de 1986.

4) Cuestión de inconstitucionalidad 75/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 41/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de abril de 1986.

5) Cuestión de inconstitucionalidad 76/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 42/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 24 de abril de 1986.

6) Cuestión de inconstitucionalidad 77/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 46/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de abril de 1986.

7) Cuestión de inconstitucionalidad 78/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 48/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 24 de abril de 1986.

8) Cuestión de inconstitucionalidad 79/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 48/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 24 de abril de 1986.

9) Cuestión de inconstitucionalidad 80/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 49/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 17 de abril de 1986.

10) Cuestión de inconstitucionalidad 81/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 155/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 10 de abril de 1986.

11) Cuestión de inconstitucionalidad 246/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 162/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 24 de abril de 1986.

12) Cuestión de inconstitucionalidad 248/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 50/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del pleno de 24 de abril de 1986.

13) Cuestión de inconstitucionalidad 432/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 81/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 12 de junio de 1986.

14) Cuestión de inconstitucionalidad 433/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 97/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 12 de junio de 1986.

15) Cuestión de inconstitucionalidad 434/1986, planteada en recurso contencioso-administrativo 171/1985, cuya tramitación fue suspendida por Auto del Pleno de 12 de junio de 1986.

13. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife plantea, en relación igualmente con la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, de 29 de junio, las cuestiones de inconstitucionalidad siguientes: 568/1986 (en recurso contencioso-administrativo 148/1985); 572/1986 (en recurso contencioso-administrativo 149/1985); 718/1986 (en recurso contencioso-administrativo 145/1985), y 1.303/1986 (en recurso contencioso-administrativo 181/1985). En los respectivos Autos de planteamiento, idénticos en cuanto a su fundamentación jurídica, la Sala se limita a afirmar que «la inconstitucionalidad podría venir determinada por infringir dicho gravamen lo dispuesto en el art. 9.3 de la Constitución, al establecer un gravamen con carácter retroactivo, y en el art. 137.7 -probablemente quiera hacer referencia al 134.7 C.E.- al crearse un tributo por una Ley cuyo objeto es suplir a la Ley de Presupuestos del año 1983, hasta su entrada en vigor» y que «la aplicación del indicado precepto es decisiva para la resolución de este recursos pues en él se impugna la validez de tal gravamen».

El Congreso de los Diputados no hace uso en tales cuestiones de sus facultades de personación y alegaciones; en cuanto al Senado, se persona y ofrece su colaboración por conducto de su Presidente.

El Letrado del Estado, en sus respectivos escritos de alegaciones, reproduce el contenido de escritos anteriores en relación con los dos preceptos constitucionales invocados por la Sala. Por una parte, insiste en que no puede atribuirse alcance retroactivo al gravamen complementario creado y que, aun en el caso de que se admitiese tal retroactividad, de ello no se derivaría sin más la inadecuación constitucional de la norma cuestionada, y, por otra, reitera que la prohibición del art. 134.7 C.E. no afecta a la norma cuestionada, ya que la Ley 5/1983 no es una Ley de Presupuestos. Asimismo, por otrosí, solicita la suspensión de la tramitación de las mencionadas cuestiones.

El Ministerio Fiscal interesa también la suspensión de las nuevas cuestiones, a semejanza de lo acordado precedentemente por este Tribunal, y da por reproducidas sus alegaciones en la cuestión 377/1985 y acumuladas.

Las cuestiones de inconstitucionalidad 568/1986, 572/1986, 718/1986 y 1.303/1986 son suspendidas en su tramitación por Autos del Pleno de 10 de junio, 10 de julio y 18 de septiembre de 1986, y 22 de enero de 1987, respectivamente.

14. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla plantea, en el recurso contencioso-administrativo 493/1985, la cuestión de inconstitucionalidad 993/1986, en relación igualmente con la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, de 29 de junio, por estimar que dicho precepto legal, que crea el gravamen complementario y del que depende la decisión del litigio, puede «infringir los arts. 9.3, 14 y 134.7 de la Constitución Española, en relación con el artículo 33.3 de la misma».

Arguye la Sala que al aplicarse la elevación de la cuantía de la tasa no sólo a las máquinas que pudieran ser autorizadas con posterioridad a la fecha de vigencia de la Ley, sino también a las máquinas autorizadas y en funcionamiento, ya que sujeta a gravamen aquellas cuya tasa correspondiente al año 1983 ya se había devengado, puede resultar lesionado el principio de igualdad, dado que situaciones diferenciadas y distintas son sometidas a idéntico trato fiscal, gravándose lo mismo a quienes para devengar el gravamen han de realizar el hecho imponible consistente en la obtención del permiso correspondiente que a quienes no realicen hecho imponible alguno. En definitiva, se trata -dice- de un mecanismo que supone en realidad la aprobación de un impuesto retroactivo, con lo que también puede resultar conculcado el principio de seguridad jurídica y el de interdicción de la retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales. Por otra parte -señala- la Ley 5/1983, de 29 de junio, posee naturaleza presupuestaria y así se deduce de su estructura, que responde al modelo habitual de las Leyes de Presupuestos, al incluir modificaciones de los tributos vigentes y Disposiciones transitorias que confirman los mandatos de la Ley de presupuestos para 1983; por lo tanto, la Disposición adicional sexta, 3, puede resultar afectada por la prohibición establecida en el art. 134.7 de la Constitución. Finalmente, el impago del gravamen complementario puede llevar consigo el precinto y embargo de la máquina, en aplicación de la normativa específica (art. 3 del Decreto-ley 8/1982), lo que puede entrañar la vulneración del 33.3 de la Constitución.

En la mencionada cuestión se persona el Senado, que ofrece su colaboración por conducto de su Presidente; por su parte, el Presidente del Congreso comunica que dicha Cámara no hará uso de sus facultades de personación y alegaciones. En cuanto al Ministerio Fiscal, interesa la suspensión de la tramitación hasta que recaiga Sentencia en las cuestiones acumuladas.

El Letrado del Estado formula escrito de alegaciones en el que, remitiéndose de nuevo a anteriores escritos, niega una vez más que la norma en cuestión tenga eficacia retroactiva y que, de admitirse a efectos dialécticos la retroactividad de la misma, de ello se derive su inadecuación constitucional sobre la base del art. 9.3 de la Constitución.

Por lo que se refiere a la lesión del art. 14 C.E., apuntada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sostiene que no es cierto que el gravamen complementario se exija a quienes no realicen hecho imponible alguno; el hecho imponible aparece suficientemente identificado o identificable y es, por supuesto, distinto al de la tasa general preexistente. En todo caso -señala- la incidencia en el principio de igualdad ha de buscarse a través del art. 31.1 de la Constitución, es decir, en relación con la capacidad económica de los sujetos pasivos, y desde esta perspectiva ha de constatar, de una parte, que el gravamen complementario cuestionado se aplica a todas las máquinas o aparatos automáticos aptos para la realización de juegos de azar, al margen por lo tanto de todo factor discriminatorio, y, de otra, que la toma en consideración de distintas categorías de máquinas, a efectos de la fijación de la cuota, responde precisamente a la distinta capacidad económica puesta de manifiesto por la posesión del aparato correspondiente, generador de riqueza.

Respecto al art. 134.7 C.E., sostiene que la Ley 5/1983 no es una Ley de Presupuestos y que, por consiguiente, carece de fundamentación su pretendida inconstitucionalidad, reproduciendo los argumentos contenidos en escritos anteriores.

Finalmente, estima insuficientemente razonada la supuesta infracción del art. 33.3 C.E. ya que, si bien el impago del gravamen conduce al embargo, ello tiene lugar en aplicación de una norma que así lo prevé, como la propia Sala reconoce.

En consecuencia, el Letrado del Estado solicita la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad y asimismo, por otrosí, la suspensión de su tramitación hasta que recaiga Sentencia sobre las anteriormente acumuladas.

Por Auto de 30 de octubre de 1986, el Pleno de este Tribunal acuerda la suspensión de la tramitación, interesada por el Ministerio Fiscal y por el Letrado del Estado.

15. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Burgos plantea las cuestiones de inconstitucionalidad 1.110/1985 (en el recurso contencioso-administrativo 243/1985) y 1.236/1986 (en el recurso contencioso-administrativo 176/1985), por entender, en respectivos Autos con idéntica fundamentación jurídica, que la decisión del proceso depende de la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, y que ésta «pudiera suponer infracción de los arts. 1.1, 9.3, 14, 17.1, 31.1 y 3, y 134.7 de la Constitución, en

cuanto afecta al principio del Estado de Derecho y a los subprincipios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad al crear la apariencia de un tributo, que contradice el deber de claridad y la justicia del sistema tributario -entendido como los principios básicos normativos del sistema tributario- y en cuanto impone una prestación patrimonial de carácter público sin tener en cuenta el contenido material de la Ley respecto a cómo y de qué manera han de dictarse las normas tributarias, esto es, su delimitación material. Todo ello, sobre el tema decisivo de la eficacia retroactiva que concede la Disposición adicional citada a hechos imponible ya realizados, implicando una retroactividad *in peius*.

La misma Sala de lo Contencioso-Administrativo plantea también la cuestión de inconstitucionalidad 116/1987, en el recurso contencioso-administrativo 453/1985, sobre la misma Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, mediante Auto de planteamiento fundamentado más sucintamente. En él sólo se hace referencia a que la norma cuestionada «pudiera suponer una infracción de los arts. 9.3, 31.3, 133.1 y 134.7 de la Constitución, en cuanto que la misma viene a dar eficacia retroactiva a hechos imponible ya realizados, implicando con ello una retroactividad *in peius* que puede afectar a la seguridad jurídica», así como a que la decisión del proceso dependa de la norma controvertida.

En tales cuestiones se persona el Senado, ofreciendo su colaboración a través de su Presidente, mientras que el Presidente del Congreso comunica que dicha Cámara no hará uso de sus facultades de personación ni de formulación de alegaciones. El Ministerio Fiscal interesa la suspensión de las respectivas tramitaciones hasta que recaiga Sentencia sobre las inicialmente acumuladas. Y el Letrado del Estado se remite a lo alegado en escritos anteriores sobre el mismo tema, solicitando de este Tribunal que declare la «plena constitucionalidad» de la norma cuestionada.

Por Autos de 22 de enero, 15 de enero y 12 de marzo de 1987, respectivamente, el Pleno acuerda la suspensión de la tramitación de las referidas cuestiones.

16. La Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid plantea en el recurso 1.404/1986, promovido al amparo de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, cuestión de inconstitucionalidad 310/1987, por estimar que la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983 puede infringir los arts. 14 y 17, en conexión con los arts. 11, 9.3, 31.1 y 3, 33.1 y 3, y 38 de la Constitución.

En el Auto de planteamiento argumenta la Sala que la Disposición adicional sexta, 3, no constituye una figura tributaria autónoma con consistencia propia, sino que encubre la

atribución de retroactividad plena o de grado máximo al aumento de las cuotas de la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar en máquinas automáticas, constituyendo una auténtica «ley por sorpresa» que ha impedido a los ciudadanos adecuar su comportamiento al cambio legislativo. La Ley 5/1983 -señala- dota de eficacia retroactiva a una disposición restrictiva de derechos individuales, entre los que se hallan: a) el derecho a un sistema tributario basado en la igualdad (art. 31.1 C.E.) y que respete el principio de legalidad (art. 31.3 C.E.); b) el derecho de propiedad (art. 33.1 C.E.), y c) el derecho de libertad de empresa, afectado por una ley por sorpresa que olvida la regulación de un régimen transitorio que evite la lesión de derechos individuales. Asimismo estima la Sala que la norma cuestionada desconoce los Principios de seguridad jurídica, legalidad e interdicción de la arbitrariedad. Y finalmente sostiene que entraña también la violación de los principios de igualdad (art. 14 C.E.) y de seguridad (art. 17 C.E.), entendido este último como un derecho mínimo y absoluto a la seguridad jurídica, y no exclusivamente como garantía frente a las interferencias arbitrarias en la libertad personal.

El Ministerio Fiscal solicita de este Tribunal que suspenda la tramitación de la cuestión hasta que sea sentenciada la primera de las pendientes. El Presidente del Congreso comunica que, aunque dicha Cámara no se personará en el procedimiento ni formulará alegaciones, pone a disposición de este Tribunal las actuaciones de la misma que pudiera precisar. En cuanto al Senado, se persona y ofrece su colaboración por medio de su Presidente.

El Letrado del Estado comienza su escrito de alegaciones poniendo de relieve que la cuestión se plantea dentro del procedimiento especial y sumario establecido por la Ley 62/1978, y que dentro de este procedimiento la Sala ha de limitarse a comprobar si un determinado acto del poder público afecta o no a los derechos fundamentales de la persona. Y, dado que la cuestión de inconstitucionalidad no es un cauce abstracto para el control de la constitucionalidad de las leyes sino un mecanismo de control concreto de la misma, habrá de considerarse inadmisibile la cuestión en todo aquello que no se refiera o afecte a los derechos fundamentales, ya que los demás aspectos de ella, al quedar excluidos de la cognitio de la Sala, mal pueden condicionar la validez de la decisión que ésta haya de adoptar. En consecuencia, sostiene que la duda judicial ha de reconducir a los límites impuestos por el procedimiento especial y sumario en que se plantea, es decir, a la posible vulneración de los arts. 14 y 17 de la Constitución, si bien, teniendo en cuenta el carácter tributario del precepto, habrá de examinarse también el art. 31 de la Norma fundamental en relación con el principio de igualdad.

En cuanto al art. 17 C.E., sostiene que el gravamen complementario controvertido es ajeno a dicho artículo, pues, frente a lo que afirma la Sala, la seguridad en él garantizada nada tiene que ver con la seguridad jurídica. Y por lo que respecta al principio de igualdad (art. 14 C.E.), cuya vulneración -señala- no aparece mínimamente fundamentada, pone de manifiesto, siguiendo la línea argumental de anteriores escritos, que, sobre la base de la capacidad económica del contribuyente, la igualdad en el ámbito tributario puede resultar modulada por el principio de progresividad en aras de la justicia global del sistema, y que no cabe afirmar que los contribuyentes afectados por el gravamen complementario resulten discriminados, ya que se aplica a todas las máquinas o aparatos automáticos aptos para la realización de juegos de azar y la distinción entre diversas categorías a efectos de la cuota se basa precisamente en la capacidad económica que su posesión revela.

Dicha cuestión 310/1987 es suspendida en su tramitación por Auto del Pleno de este Tribunal, de 7 de mayo de 1987.

17. En cada una de las cuestiones indicadas en los antecedentes anteriores, cuya tramitación había sido suspendida, se acuerda, por resolución del Pleno de 4 de junio último, levantar dicha suspensión y oír al Ministerio Fiscal y al Letrado del Estado para que formulen alegaciones en aquellas cuestiones en las que no lo hubieran efectuado al evacuar en su día el traslado conferido y para que manifiesten lo que estimen conveniente sobre la pertinencia de acumularlas a las ya acumuladas por Auto de 16 de julio de 1985.

18. El Ministerio Fiscal y el Letrado del Estado manifiestan que no se oponen a la acumulación de cada una de las cuestiones a la registrada con el núm. 377/1985 y demás ya acumuladas, y, en cuanto a la audiencia conferida para que formulen las alegaciones no efectuadas en su día, el Ministerio Fiscal reproduce las formuladas en la cuestión núm. 377/1985, y el Letrado del Estado se remite a las contenidas en sus escritos de alegaciones anteriores.

19. Por Auto de 30 de junio último, el Pleno acuerda, de conformidad con lo establecido en el art. 83 de la LOTC, aplicable en el presente supuesto por tratarse de una pluralidad de cuestiones suscitadas sobre la posible inconstitucionalidad del mismo precepto legal, acumular a la cuestión registrada con el núm. 377/1985 y demás ya acumuladas por Auto de 16 de julio de 1985, las cuestiones de inconstitucionalidad cuyos números de registro son los siguientes: 578, 579, 580, 581, 642, 643, 644, 645, 646, 685, 704, 956, 1019, 1033,

1061, 1088, 1139, 1159, 1177, 1182, 1203, 1204 y 1205 de 1985; 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81 93 94 95 145 146 246 248 311 424 432 433, 434, 455, 459, 460, 475, 550, 568, 572, 644, 664, 698, 718, 753, 754, 864, 865, 929, 993, 1082, 1094, 1110, 1115, 1116, 1117, 1118, 1119, 1190, 1236, 1249 y 1303 de 1986, y 116, 188, 310 y 465 de 1987.

20. Por providencia de 2 de julio de 1987, el Pleno señala el día 7 para la deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. Las presentes cuestiones de inconstitucionalidad se plantean por Autos de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de diversas Audiencias Territoriales -Pamplona, Valencia, Cáceres, Santa Cruz de Tenerife, Sevilla, Burgos y Madrid-, en recursos contencioso-administrativos promovidos contra acuerdos de los Tribunales económico-administrativos que confirmaron liquidaciones practicadas por el concepto de «Tasa de juego, año 1983, gravamen complementario». Dichas liquidaciones se realizaron de conformidad con la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, de 29 de junio, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, por la que se creó un gravamen complementario de la tasa fiscal que grava los juegos de suerte, envite o azar, y de acuerdo con el Real Decreto 2570/1983, de 21 de septiembre, que lo regula.

Todas las Salas entienden que tal Disposición, de cuya validez depende, a su juicio, exclusivamente el fallo, puede infringir determinados preceptos de la Constitución, por lo que resulta procedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicha norma. Pero las fundamentaciones jurídicas en que los respectivos Autos se apoyan para cuestionar su constitucionalidad difieren, bien porque los preceptos que se consideran infringidos son distintos, -bien porque, aun invocando los mismos preceptos constitucionales, las razones aducidas son diferentes.

En conjunto, los preceptos constitucionales que se estiman lesionados son los siguientes: 1.1; 9.3, en relación con el principio de irretroactividad, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad, así como con el principio de la legalidad y de jerarquía normativa; 14, 17, 31, 33, 38, 133 y 134.7.

En algunos casos la invocación se reduce a la simple cita del precepto constitucional, sin que sea posible descubrir en qué forma ha podido resultar vulnerado por la Disposición en cuestión. Tal ocurre con los principios de legalidad y de jerarquía normativa, y con los arts.

1.1 y 133. En otros, la invocación se hace en conexión con otros principios o preceptos constitucionales: así los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, en relación con el de irretroactividad de las normas, o los arts. 31, 33 y 38, en relación con el mismo principio, o el art. 33, en relación con el principio de igualdad.

2. En sus escritos de alegaciones, tanto el Ministerio Fiscal como el Letrado del Estado suscitan, con carácter previo, diversas cuestiones relativas al posible incumplimiento de los requisitos procesales establecidos en el art. 35 de la LOTC.

El Ministerio Fiscal, en la cuestión de inconstitucionalidad 377/1985, aduce que el pronunciamiento que se solicita de este Tribunal resulta innecesario para la resolución de la litis entablada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, infringiéndose con ello uno de los requisitos previstos en la mencionada Ley Orgánica.

Sin embargo, esta afirmación no puede ser compartida. A juicio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, su fallo depende exclusivamente de la validez de la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, pues, si ésta es conforme al Texto constitucional, será exigible el gravamen complementario por ella creado y, en consecuencia, deberá abonarse la liquidación practicada, mientras que, si no lo es, no procede su imposición. Dado, pues, que la pretensión principal deducida en el recurso contencioso-administrativo formulado ante dicho órgano judicial es, en definitiva, la declaración de nulidad del acto administrativo por inconstitucionalidad de la referida norma, no existe base para sostener que resulta infundada la cuestión en cuanto a la legitimidad de su planteamiento.

En realidad, el Ministerio Fiscal reconoce expresamente que si la norma controvertida fuera contraria a la Constitución, y así se declarase, la liquidación practicada por Hacienda sería nula y la Sala no tendría que entrar a examinar la posible ilegalidad del Real Decreto que desarrolla la Ley y que constituye la pretensión que, con carácter subsidiario, formula la recurrente. Pero entiende que el pronunciamiento del órgano judicial debería limitarse a esta pretensión subsidiaria, dado el ámbito de su jurisdicción, ya que de otra forma vendría a quedar indirectamente legitimado un particular para interponer un recurso de inconstitucionalidad. Ahora bien, éstas son consideraciones que no afectan al juicio de relevancia exigido en el art. 35.2 de la Ley Orgánica de este Tribunal.

En la medida en que el Ministerio Fiscal se remite en cuestiones posteriores al contenido de este escrito, debe también desestimarse respecto a ellas este motivo de inadmisión por análogas razones.

3. Tanto el Ministerio Fiscal como el Letrado del Estado consideran, por otra parte, que algunos de los Autos de las Salas de lo Contencioso-Administrativo en que se acuerda plantear las diversas cuestiones de inconstitucionalidad adolecen de falta de fundamentación en cuanto a la presunta vulneración de algunos de los artículos de la Constitución invocados, por lo que, en cuanto a ellos, no cabe pronunciamiento del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el citado art. 35 de la LOTC.

A este respecto conviene recordar la doctrina de este Tribunal relativa a la exigencia contenida en el mencionado precepto de su Ley Orgánica, esto es, que el órgano judicial debe concretar los preceptos constitucionales que, a su juicio, han resultado infringidos. Como señala la STC 17/1981 (fundamento jurídico 1.º), tal requisito no supone tan sólo que el Auto en que se plantee la cuestión contenga la cita de tales preceptos, sino que es preciso también que el órgano judicial exteriorice en él el razonamiento que le ha llevado a cuestionar la constitucionalidad de la norma aplicable. No puede el Juez -se afirma en dicha Sentencia- ni remitirse a las dudas que sobre la constitucionalidad de una norma hayan expresado las partes, ni limitarse a manifestar la existencia de su propia duda sin aducir las razones que la abonan, pues ni las partes de un proceso ordinario están legitimadas para proponer la cuestión ante el Tribunal Constitucional, ni la decisión de éste es posible sino como respuesta a las razones por las que los órganos del Poder Judicial vienen a dudar, en un caso concreto, de la congruencia entre la Constitución y una norma con rango de Ley.

La aplicación de esta doctrina al caso que nos ocupa conduce a la conclusión, coincidente con la mantenida por el Letrado del Estado y el Ministerio Fiscal, de que las cuestiones de inconstitucionalidad sólo pueden considerarse correctamente planteadas en relación con aquellos preceptos cuya vulneración resulte mínimamente fundada.

4. Una vez delimitada la cuestión de acuerdo con las consideraciones anteriores, procede examinar el fondo de la misma, que se concreta en la presunta inconstitucionalidad de la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983, por violación del art. 9.3, en cuanto dicha Disposición puede tener carácter retroactivo, y del 134.7, así como de los arts. 14, 17 y 33, todos ellos de la Constitución.

La invocación de los tres últimos preceptos mencionados no va acompañada de una adecuada fundamentación.

El art. 14 C.E. se considera infringido por otorgarse el mismo trato fiscal a quienes realizan el hecho imponible, consistente en la obtención de la autorización correspondiente, que a quienes no realizan hecho imponible alguno. La escueta argumentación aducida no

permite descubrir el alcance de esta afirmación en relación con el principio de igualdad. Aparte de que es imposible el nacimiento de una obligación tributaria si no es con referencia a un hecho imponible, lo cierto es que no se aprecian elementos discriminatorios en la configuración del gravamen complementario. En definitiva, este gravamen viene a igualar fiscalmente a todas las máquinas o aparatos automáticos que se autoricen o estén en funcionamiento en 1983 y aparece justificado -lo mismo que el aumento de las cuotas fijas de la tasa fiscal que en la misma Disposición se establece- por la necesidad de adecuar dichas cuotas al tipo normal de gravamen que soportan otras modalidades de juego.

Menor consistencia aún presenta la invocación del art. 17 C.E., que parte de una concepción errónea de su contenido y que más bien parece forzada por la naturaleza del proceso dentro del cual se plantea la cuestión: el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales configurado en la Ley 62/1978. La Sala considera que dicho precepto consagra un derecho mínimo y absoluto a la seguridad jurídica, pero, como en repetidas ocasiones ha declarado este Tribunal, el mencionado precepto no puede entenderse referido a la seguridad jurídica a que alude el apartado 3 del art. 9 C.E. El derecho que consagra el art. 17 es un derecho a la seguridad personal y por consiguiente a la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas de detención o de otras similares, que puedan restringir la libertad personal o ponerla en peligro, supuestos todos ellos que no guardan relación alguna con la Disposición cuestionada.

Y lo mismo cabe decir de la pretendida vulneración del art. 33 C.E., que se hace derivar de las consecuencias que pudiera acarrear el impago del gravamen -esto es, el precinto y el embargo de la máquina-, alegando que en virtud del mencionado precepto nadie puede ser privado de sus bienes sino conforme a lo dispuesto por las leyes. Es obvio que tales consecuencias, previstas en el art. 3 del Decreto-ley 8/1982 para asegurar la efectividad de la suspensión de la autorización administrativa y el pago de las cantidades adeudadas, respectivamente, no derivan de forma directa de la norma que se cuestiona y que, en todo caso, dicha garantía constitucional no alcanza a las medidas cautelares que puedan adoptarse. Análogo contenido parece tener la escueta argumentación con que se pretende avalar la inconstitucionalidad de la Disposición adicional sexta, 3, basándola en que la «excesividad tributaria» puede suponer privación de bienes o derechos, por lo que tampoco es posible tomarlo en consideración a efectos de fundamentar la presunta inconstitucionalidad de la norma controvertida.

5. En definitiva, el núcleo fundamental de las respectivas argumentaciones viene a reducirse a la presunta vulneración del principio de irretroactividad reconocido en el art. 9.3 de la Constitución y del art. 134.7 de la misma, por la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983.

El art. 134.7 C.E. se considera infringido en cuanto establece que la Ley de Presupuestos no puede crear tributos. La línea argumental seguida puede concretarse en los siguientes términos: a) La Ley 5/1983, en la que se contiene la norma cuestionada, tiene naturaleza presupuestaria y puede calificarse de Ley de Presupuestos; b) La Disposición adicional sexta, 3, al establecer un gravamen complementario de la tasa fiscal que grava los juegos de suerte, envite o azar, está creando un nuevo tributo; c) En consecuencia, no respeta la prohibición contenida en el art. 134.7 de la Constitución.

La argumentación se centra en el primer apartado, pues parte, sin cuestionarlo, de que el gravamen complementario constituye un nuevo tributo. La Ley -se afirma- tiene naturaleza presupuestaria, pues no es más que la convalidación del Real Decreto-ley 24/1982, de 29 de diciembre, por el que se adoptaron determinadas medidas urgentes en materia presupuestaria, prorroga los Presupuestos Generales del Estado, y su estructura responde al modelo habitual de las Leyes de Presupuestos al incluir normas de financiación de los Entes públicos, modificaciones de tributos vigentes, y Disposiciones transitorias que confirman los mandatos de la Ley de Presupuestos para 1982.

No cabe desconocer que la Ley 5/1983, lo mismo que el Real Decreto-ley 24/1982, aparecen relacionados con la actividad presupuestaria del Estado en cuanto que a través de ellos se adopta una serie de medidas encaminadas a hacer frente a la situación creada por la imposibilidad de aprobar los Presupuestos Generales del Estado con anterioridad al 1 de enero de 1983. En efecto, por este motivo y con independencia de la actuación automática del mecanismo de la prórroga presupuestaria prevista en el art. 134.4 de la Constitución, se dictó el mencionado Decreto-Ley, de medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria, que posteriormente fue convalidado, acordándose su tramitación como proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia. Dicho proyecto de Ley se convirtió en la Ley 5/1983, y su estructura y contenido responden a las del Decreto-ley, con algunas modificaciones, entre las que se incluye la incorporación de la Disposición adicional sexta.

Pero estas circunstancias no autorizan a concluir que la Ley 5/1983 sea una Ley de Presupuestos. Es cierto que se trata de una ley compleja que contiene normas relativas a las operaciones financieras del sector público, normas de contratación y normas tributarias. Pero el hecho de que algunas de estas normas, especialmente las primeras, tengan naturaleza

estrictamente presupuestaria no convierte a dicha ley en una Ley de Presupuestos. La Ley a que se refiere en sus distintos apartados el art. 134 de la Constitución es aquella que, como núcleo fundamental, contiene la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, es decir, las previsiones de ingresos y las autorizaciones de gastos para un ejercicio económico determinado. Y, si bien dentro de la misma es posible incluir materias que no siendo estrictamente presupuestarias inciden en la política de ingresos y gastos del sector público o la condicionan, ello sólo puede efectuarse dentro de ciertos límites -derivados de la propia Constitución en el caso de los tributos-, y ni tal inclusión puede desvirtuar el contenido primordial que caracteriza a dicha Ley, ni de ella se sigue que dichas materias hayan de formar necesariamente parte de su contenido y no puedan ser reguladas por una ley ordinaria.

No cabe, pues, calificar de Ley de Presupuestos a la Ley 5/1983 -y así se explicita en el debate parlamentario del proyecto de Ley y se manifiesta en el procedimiento seguido en su tramitación-, ya que no tiene su razón de ser en la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado, sino en el hecho de que tales Presupuestos no hubieran sido aprobados antes de iniciarse el ejercicio económico correspondiente. Y, por lo que se refiere a la inclusión en ella de las normas tributarias, es de destacar que, según se indica en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 24/1982, cuyo articulado reproduce la Ley 5/1983, lo que con ello se pretendió fue, más bien, desvincular dichos preceptos de las Leyes de Presupuestos, en las que venían figurando en los últimos ejercicios.

En definitiva, no puede entenderse que sea de aplicación a la Disposición adicional sexta, 3, de la Ley 5/1983 la prohibición contenida en el art. 134.7 de la Constitución, aun cuando dicha ley contenga normas presupuestarias o normas que, en ocasiones, figuran en Leyes de Presupuestos.

6. El principio de irretroactividad es invocado en los Autos dictados por todas las Audiencias, si bien en algunos casos la invocación se reduce a la mera cita del art. 9.3 de la Norma fundamental. Por ello las siguientes consideraciones hacen referencia únicamente a aquellos en los que aparece una mínima fundamentación, dentro de los cuales pueden advertirse distintas líneas argumentales.

En primer lugar, es de señalar que en la mayoría de los Autos no se cuestiona la retroactividad de la norma; simplemente se afirma como punto de partida. Tan sólo en uno de ellos se argumenta al respecto en los siguientes términos: El denominado por la Ley, de forma inespecífica, gravamen que ha de incluirse necesariamente en alguna de las clases de tributos comprendidas en el art. 26 de la Ley General Tributaria, y dado que la misma norma afirma

que es un complemento de la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar, ha de considerarse también una tasa. Por lo tanto, de acuerdo con el art. 26.1 a) de L.G.T., el hecho imponible habrá de ser la actividad administrativa autorizatoria realizada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, ya que dicho gravamen se aplica a las licencias correspondientes a 1983 otorgadas antes de esa fecha. Así entendida, la Disposición en cuestión entraña la retroactividad in peius de una norma fiscal, pues supone el aumento de una tasa ya devengada, de tal modo que su cuantía resulte la misma que la fijada ex novo para las futuras autorizaciones.

Reconocido el carácter retroactivo de la Disposición adicional sexta, 3, su repercusión sobre la constitucionalidad de la norma es razonada de diversas formas:

a) En algún caso (Sevilla), la inconstitucionalidad se hace derivar del principio de irretroactividad contenido en el art. 9.3 de la Constitución, sin entrar a analizar el alcance constitucional de dicho principio.

b) En otro (Madrid), la inconstitucionalidad se hace derivar del mencionado principio en cuanto se considera que la Ley dota de eficacia retroactiva a una disposición restrictiva de derechos individuales: el derecho a un sistema tributario basado en la igualdad (art. 31.1 C.E.) y que respete el principio de legalidad (art. 31.3), el derecho de propiedad (art. 33.1 y 3 C.E.) y el derecho de libertad de empresa (art. 38 C.E.).

c) En los demás, la inconstitucionalidad se hace derivar del carácter retroactivo de la norma en cuestión en cuanto puede suponer un ataque a los fundamentos básicos del orden jurídico (Valencia), o puede conculcar el principio de seguridad jurídica y la protección de la buena fe de los ciudadanos, que constituyen exigencias del Estado de Derecho, o se estima contrario al principio de interdicción de la arbitrariedad o al de capacidad económica (Cáceres). La cita de los diversos principios se relaciona con la jurisprudencia elaborada, en relación con la inconstitucionalidad de las normas tributarias en Alemania, Estados Unidos e Italia.

Únicamente en el Auto dictado por la Audiencia de Cáceres se analiza el alcance del principio constitucional de irretroactividad en el ámbito tributario, haciendo referencia a la supresión, en la tramitación del texto constitucional, de la prohibición de la retroactividad de las normas fiscales; a la histórica vinculación de dicha prohibición a la temporalidad de las leyes tributarias, y a la doctrina contenida en la STC 6/1983. Sobre esta base se concluye que, si bien como principio no está proscrita la retroactividad de las leyes fiscales, sí puede incurrir en inconstitucionalidad cuando su eficacia conculque otros principios constitucionales.

A diferencia de lo que ocurre con las Audiencias Territoriales, el Letrado del Estado centra sus alegaciones en el análisis de si realmente la Disposición adicional sexta, 3, tiene la eficacia retroactiva que se le atribuye, pues, de no resultar cierta esta premisa, carecerían de fundamentación las alegaciones basadas en el art. 9.3 de la Constitución. A su juicio tal retroactividad no existe, pues la retroactividad de una norma no supone sino su aplicación a situaciones jurídicas consolidadas en el pasado, o bien a situaciones, relaciones o efectos aunque nacidos, no consumados o agotados, y la Disposición en cuestión no afecta a ninguna relación jurídica preexistente. Se limita a regular los diferentes elementos de una nueva relación jurídico-tributaria, que, por lo tanto, nace después de su entrada en vigor; la referencia al pasado que la norma contiene no tiene otra finalidad que la de identificar al sujeto pasivo del gravamen que crea.

7. A la vista de los términos en que aparecen planteadas las cuestiones, son dos los aspectos fundamentales que han de considerarse en el enjuiciamiento de la presunta inconstitucionalidad de la Disposición adicional sexta, 3, basada en su carácter retroactivo: a) En qué medida la norma cuestionada posee eficacia retroactiva, y b) Si esta eficacia retroactiva entraña una vulneración constitucional, lo cual puede suceder, bien porque la retroactividad de la norma infrinja directamente el principio de irretroactividad expresamente reconocido en el art. 9.3 de la Constitución, bien porque a través de ella se vulneren otros principios como pueden ser los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, contenidos en el mencionado precepto, o el de capacidad económica, a que se refiere el art. 31.1 de la Norma fundamental. Este segundo punto obliga a analizar el alcance del principio constitucional de irretroactividad en relación con las normas tributarias y, concretamente, con la Disposición controvertida.

8. Por lo que a la primera cuestión se refiere, no cabe duda de que, si como pretende el Letrado del Estado, nos halláramos ante dos tributos de naturaleza distinta y cuyos elementos constitutivos fueran también diferentes, no sería posible hablar de eficacia retroactiva del gravamen complementario. Pero lo que sucede es que la argumentación en que ambas afirmaciones se basan no resulta convincente.

Es de señalar, en cuanto a la naturaleza jurídica del gravamen, que consideraciones análogas a las realizadas por el Letrado del Estado podrían hacerse en relación con la tasa fiscal y, de hecho, también se ha cuestionado si esta última es una tasa en sentido estricto o posee más bien naturaleza impositiva. Tal como fue configurada en el Real Decreto-ley

16/1977, el hecho imponible de la misma no está constituido exclusivamente por la actividad autorizatoria de la Administración, sino también por la celebración u organización de juegos de suerte, envite o azar. Por otra parte, en dicho Decreto-ley la cuota se determinaba en función de las cantidades jugadas y, aunque posteriormente se convirtió en fija, han estado, sin embargo, presentes como elemento determinante de su cuantía, los rendimientos obtenidos, es decir, en definitiva, la capacidad económica generada por la explotación de las máquinas o aparatos automáticos. La dificultad de interpretar el hecho imponible así definido, unida a la cuantificación de la obligación tributaria en relación con la capacidad económica derivada del funcionamiento de tales máquinas o aparatos, ha podido también servir de base a algún autor para concluir que la autorización constituye un acto necesario para que el presupuesto de hecho pueda producirse y, en este sentido, cabe configurarla como un elemento necesario para la realización del hecho imponible, pero nunca como hecho imponible en sí.

No resulta, pues, fácil distinguir entre la tasa fiscal y el gravamen complementario aduciendo que en la primera el hecho imponible es la autorización administrativa, y en el segundo la capacidad económica del sujeto pasivo puesta de manifiesto por la tenencia de máquinas o aparatos en funcionamiento.

A las anteriores consideraciones es preciso añadir, además, que la Disposición adicional sexta, 3, no define, en realidad, un nuevo presupuesto, distinto del que configura la tasa fiscal. El gravamen complementario se aplica, en definitiva, a las máquinas o aparatos automáticos por haber devengado la tasa correspondiente a 1983 con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, es decir, por haber sido autorizadas o por hallarse en explotación durante ese período. Lo cual pone de manifiesto que no existe un nuevo hecho imponible que dé lugar a un nuevo tributo, pues la Disposición en cuestión no contempla un nuevo acto de la Administración, ni una capacidad económica distinta de la que pudo originar el devengo de la tasa para ese período.

Por ello la cuota fija, determinada en el núm. 3 de la Disposición adicional sexta por la diferencia entre las cuotas fijas establecidas por el Real Decreto-ley 8/1982 y las nuevas que se establecen en el núm. 1 de la misma Disposición, no supone en último término más que el incremento de la cuantía de las cuotas fijas ya devengadas de conformidad con la normativa entonces vigente, hasta igualarlas a las fijadas en la nueva Ley. Apreciación que aparece corroborada por el hecho de que, según se establece en la misma norma, este gravamen se aplica exclusivamente en el año 1983. En este sentido, ha de concluirse que la norma

contenida en el núm. 3 de la Disposición adicional sexta confiere carácter retroactivo a las modificaciones tributarias introducidas por el núm. 1 de la misma.

9. El alcance del alegado principio constitucional de irretroactividad de las normas fiscales y su incidencia en la legitimidad constitucional de la Disposición controvertida ha de abordarse teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

A) No existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva. La prohibición que el art. 9.3 C.E. establece tan sólo para las «disposiciones sancionadoras no favorables» y para las «restrictivas de derechos individuales» se extendía también a las fiscales en el Anteproyecto de la Constitución, y la inclusión de las mismas se mantuvo en el Informe de la ponencia, pero desapareció en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales por estimarse que la causa de la prohibición ha de buscarse en todo caso en el carácter sancionador o restrictivo de las leyes, no en el objeto específico de las normas, y que la irretroactividad absoluta de las leyes fiscales podría hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal.

Por otra parte, no cabe considerar, con carácter general, subsumidas las normas fiscales en aquellas a las que expresamente se refiere el art. 9.3 de la Constitución, por cuanto tales normas tienen un fundamento autónomo en la medida en que son consecuencia obligada del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, impuesto a todos los ciudadanos por el art. 31.1 de la Norma fundamental.

No obstante, la Audiencia Territorial de Madrid estima que el controvertido gravamen complementario constituye una disposición restrictiva de derechos individuales. Afirmación que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, debería ir avalada por una motivación específica que pusiera de manifiesto el carácter restrictivo de esta norma concreta. Mas en el Auto de planteamiento de la cuestión no existe tal motivación o resulta infundada, ya que la Sala se limita a señalar que dicho gravamen puede vulnerar el derecho a un sistema tributario basado en la igualdad y en el respeto al principio de legalidad, así como el derecho de propiedad y el de libertad de empresa.

No se advierte, sin embargo, cómo puede haber sido violado el principio de legalidad en el caso que nos ocupa. Si, dada la cita que del art. 31.3 C.E. se hace, por legalidad se entiende reserva de Ley, basta señalar que la Ley 5/1983 satisface plenamente, en cuanto ley ordinaria, las exigencias contenidas en los arts. 31.3 y 133.1 de la Constitución, sin que para ajustarse a la reserva de ley establecida en la misma se precise en la esfera tributaria -frente a lo que parece sugerir alguno de los Autos de planteamiento de las respectivas cuestiones- ni

de ley orgánica, ni de ley «especial en materia de establecimiento de tributos», ni de previa «delegación» efectuada por otra ley de tales características. Tampoco pueden advertirse, en relación con los derechos de propiedad y de libertad de empresa, efectos derivados del gravamen complementario que sean distintos de los que pueden ir unidos a la tributación que recae sobre el ejercicio de actividades económicas. Y, finalmente, ha de apreciarse que dicho gravamen contribuye, en todo caso, a una mayor justicia tributaria por cuanto el aumento de las cuotas fijas previsto en la Disposición adicional sexta tiene su origen en el deseo de paliar las diferencias de trato fiscal existentes entre las diversas modalidades de juego.

B) Afirmar la admisibilidad de la retroactividad de las normas fiscales no supone mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución. Esta postura, mantenida por la generalidad de la doctrina y reflejada en la jurisprudencia constitucional de otros países, está también en la base de algunos de los Autos de planteamiento de las presentes cuestiones, en los que la presunta inconstitucionalidad de la norma controvertida se fundamenta en la vulneración de los principios de capacidad económica, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad por referencia a la jurisprudencia italiana, alemana y norteamericana.

10. Basándose en un precepto constitucional análogo al español -su art. 53-, una parte de la doctrina italiana y la Corte Costituzionale en diversas Sentencias han mantenido que una norma tributaria retroactiva resulta constitucionalmente ilegítima si vulnera el principio de capacidad contributiva. Y que tal vulneración puede producirse si la ley establece como presupuesto un hecho o una situación pasada que no persisten en el momento de su entrada en vigor, o modifica, extendiendo sus efectos hacia el pasado, los elementos esenciales de un tributo existente en dicho momento, pues dicha capacidad ha de referirse no a la actual del contribuyente, sino a la que está ínsita en el presupuesto del tributo y, si ésta hubiera desaparecido o se hallase disminuida en el momento de entrar en vigor la norma en cuestión, se quebraría la relación constitucionalmente exigida entre imposición y capacidad contributiva (Ss. 45/1964, 44/1966, 75/1969 y 54/1980).

Este planteamiento no conduciría, en ningún caso, a estimar la inconstitucionalidad del gravamen complementario cuestionado, pues, si bien la exigencia de la citada relación puede hacerse derivar del art. 31.1 de la Constitución Española en cuanto afirma que «todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica», no puede olvidarse que el gravamen recae sobre unas máquinas o aparatos que en el momento

de devengo del tributo están en funcionamiento, y que aparece vinculado a la tasa fiscal devengada por la titularidad y explotación de los mismos a principio o durante los primeros meses de 1983, por lo que no cabe entender que la capacidad económica subyacente hubiera desaparecido a mediados de dicho año.

11. En cuanto al principio de seguridad jurídica también aducido, ha venido ciertamente configurándose, a partir de la Sentencia núm. 26 del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 19 de diciembre de 1961, una línea argumental que, partiendo de la idea del Estado de Derecho y de los principios que lo informan, considera que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio y a la confianza de los ciudadanos.

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este Tribunal, entre otras, en sus SSTC 27/1981 y 6/1983. Por ello, el principio de seguridad jurídica, consagrado en el art. 9.3 de la Norma fundamental, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal.

En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad. Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto -retroactividad auténtica-, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo -retroactividad impropia-, la licitud o ilicitud de la Disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso. Es de destacar que esta ponderación ha llevado al Tribunal alemán, desde su Sentencia núm. 27, de 19 de diciembre de 1961, a

considerar, en principio, constitucionalmente legítimas las normas fiscales retroactivas cuando la ley pretende tener aplicación en el período impositivo dentro del cual entra en vigor y que, por su parte, el Tribunal Supremo norteamericano ha declarado también la constitucionalidad de medidas fiscales retroactivas cuando la retroactividad alcanza a períodos cercanos al de la tramitación de la ley en cuestión, como es el caso de leyes fiscales cuyo objeto es gravar rentas o beneficios obtenidos durante el año en que se aprobó la ley o incluso durante el año de la sesión legislativa anterior a la de su aprobación (Decisiones de 11 de enero de 1937, 21 de noviembre de 1938 y 12 de enero de 1981 en los casos U. S. v. Hudson, Welch v. Henry et alii, y U. S. v. Darusmont). Bien es cierto que tanto uno como otro Tribunal tienen además en cuenta otras circunstancias específicas, como la importancia de las modificaciones introducidas, o el conocimiento por parte del contribuyente de la posibilidad de que se efectúen cambios en la legislación.

12. De acuerdo con las consideraciones anteriores es preciso analizar, en primer término, el alcance de la retroactividad de la Disposición adicional sexta, 3, cuya constitucionalidad se cuestiona.

De los escritos presentados parece deducirse que la retroactividad de dicha norma se proyecta sobre relaciones jurídico-tributarias ya agotadas y que, por lo tanto, debería considerársela de grado máximo, con la consiguiente conclusión de su ilegitimidad constitucional. Tal postura encuentra su apoyo en el hecho de que el devengo del tributo se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la ley y parte de que el hecho imponible se agotó temporalmente en el instante del devengo.

Cabe pensar, sin embargo, dadas las características que concurren en la configuración de este tributo, que más bien se trata de un hecho imponible de duración prolongada y del que, por consiguiente, constituye un elemento integrante su dimensión temporal. El hecho imponible de la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar no se agota en el acto de autorización, sino que comprende también el mantenimiento de la autorización a lo largo del tiempo con la posibilidad de explotación de las máquinas o aparatos durante el mismo. Ello explica que en el caso de estas máquinas o aparatos automáticos las cuotas sean exigibles por años naturales (art. 3.4 del Real Decreto-ley 16/1977 en la redacción dada por el Real Decreto-ley 9/1980), o que en el art. 6 del Real Decreto-ley 16/1977 se prevea como sanción, en el caso de falta de pago de la tasa o de ocultación total o parcial de la base imponible, la «suspensión de la autorización administrativa durante un plazo máximo de seis meses». Cabe

entender, pues, que la referida tasa fiscal es un tributo periódico, cuyo hecho imponible no es instantáneo, sino duradero.

Ahora bien, mientras que en los hechos imposables instantáneos el devengo coincide con la existencia del elemento material del mismo, en los duraderos el legislador puede, entre otras soluciones técnicas, situarlo al término o al comienzo de un período impositivo legalmente predeterminado. En el supuesto que nos ocupa el legislador se decidió por esta opción, pero, así como en el momento de su creación la fecha de devengo se fijó en el momento final del período impositivo, a partir del Real Decreto-ley de 1982 se sitúa en el inicio del mismo.

Mas, en cualquier caso, ha de entenderse que, aun cuando los elementos constitutivos del hecho imponible -incluida su dimensión temporal- comenzaron a producirse antes de la entrada en vigor de la Ley, el hecho imponible no se había realizado íntegramente en ese momento y los efectos jurídicos no se habían agotado. Por ello cabe afirmar que nos encontramos ante un supuesto de retroactividad de grado medio, o de los que la doctrina alemana califica como de retroactividad impropia.

13. La ponderación de los bienes constitucionales en juego, que el enjuiciamiento de la constitucionalidad de una norma fiscal con efectos retroactivos de este grado entraña, obliga a tomar en consideración la finalidad de la norma y las circunstancias específicas que concurren en el presente caso.

A este respecto es preciso destacar que el alcance retroactivo de la Disposición adicional sexta, 3, se limita, por una parte, al período impositivo en que la ley se aprueba, y afecta a un ejercicio económico en el que, por diversas circunstancias, la Ley de Presupuestos, en la que según lo establecido en el Real Decreto-ley 9/1980 podrían realizarse las modificaciones, no fue tramitada dentro del plazo previsto en el art. 134 de la Constitución. Por otra parte, la citada Disposición responde al intento de adecuar la presión tributaria del sector en cuestión al resto de las modalidades de juego, a fin de lograr una mayor justicia tributaria y aminorar las distorsiones que venían produciéndose entre ellas y que, a su vez, estaban afectando negativamente a la recaudación total procedente del juego. En la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 8/1982 y sobre la base de los datos relativos a 1981, se pone de manifiesto el favorable tratamiento fiscal de que eran objeto las máquinas o aparatos automáticos dentro de los juegos de suerte, envite o azar, pues mientras la generalidad de los juegos quedaban gravados al tipo proporcional del 20 por 100 sobre una base imponible constituida por el importe total de las cantidades jugadas, las cuotas fijas que

recaían sobre la explotación de máquinas o aparatos automáticos estaban, en cambio, muy lejos de representar el porcentaje fijado respecto de las cantidades jugadas, las cuales, además, como era público y notorio, experimentaban un crecimiento progresivo y continuado. Este es el motivo que induce a adoptar las medidas oportunas para equilibrar la presión fiscal del sector a través de una política de elevación de las cuotas fijas, que se inicia en el mencionado Real Decreto-ley y que continúa en la Ley cuestionada. Se trata, pues, de una norma que tiene carácter transitorio, cuya aplicación se limita al ejercicio en que la ley se aprueba, que no puede calificarse de imprevisible y que responde a la finalidad, constitucionalmente respaldada, de una mayor justicia tributaria.

Pues bien, si al enjuiciar la norma cuestionada desde el punto de vista de sus efectos sobre la seguridad jurídica de los contribuyentes se tiene en cuenta su finalidad y las circunstancias que en ella concurren, ha de concluirse que no resulta fundada su pretendida inconstitucionalidad. Y, asimismo, de las consideraciones anteriores se deduce que dicha norma tampoco infringe el aducido principio de interdicción de la arbitrariedad, reconocido igualmente en el art. 9.3 de la Constitución.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales de Pamplona, Valencia, Cáceres, Santa Cruz de Tenerife, Sevilla, Burgos y Madrid, en relación con la Disposición adicional sexta, núm. 3, de la Ley 5/1983, de 29 de junio.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de julio de mil novecientos ochenta y siete.

STC 21/1981, de 15 de junio de 1981

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel García-Pelayo y Alonso, Presidente, y don Angel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco Vallejo, doña Gloria Begué Cantón, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Angel Escudero del Corral, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo promovido por don José Luis Pitarch Bartolomé, representado por el Procurador de los Tribunales don Jesús Alfaro Matos, bajo la dirección del Abogado don José María Mohedano, contra el Decreto judicial del 17 de enero de 1980 del Capitán General de la 1.^a Región Militar y contra el Auto de 11 de junio de 1980 de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, y en el que ha comparecido el Fiscal General del Estado, siendo Ponente la Magistrada doña Gloria Begué Cantón.

I. Antecedentes

1. Por escrito de 29 de julio de 1980, don José Luis Pitarch Bartolomé, Capitán de Caballería, representado por el Procurador de los Tribunales don Jesús Alfaro Matos, interpone recurso de amparo constitucional en el que solicita de este Tribunal acuerde declarar la nulidad del Decreto del Capitán General de la 1.^a Región Militar de fecha 17 de enero de 1980 y de la decisión de 3 de enero de 1980, por la que se aprecia a su representado una falta leve que por primera vez se le comunica mediante el citado Decreto, así como la nulidad del Auto de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, de 11 de junio de 1980, por considerar que en dichas resoluciones se vulneran derechos reconocidos en el art. 24 de la Constitución.

2. Los hechos en que el recurrente fundamenta su petición de amparo, tal como se recogen en el escrito de demanda, son los siguientes:

a) Con fecha 3 de enero de 1980, el Capitán General de la 1.^a Región Militar, en su calidad de Autoridad Judicial, aprecia a don José Luis Pitarch una falta leve de las incluidas en el art. 443 del Código de Justicia Militar, en relación con los arts. 2.2 y 7.1 del Real Decreto-Ley 10/77, de 8 de febrero, delegando su corrección en el Jefe de su Unidad.

b) La sanción correspondiente a la citada falta leve se le impone de plano, en un expediente sin contradicción, sin audiencia del interesado, sin formulación de la acusación y sin que la resolución le fuera notificada seguidamente al afectado.

c) Posteriormente, el 14 de enero del mismo año, es citado telefónicamente por el Juzgado Militar Permanente núm. 6 de Capitanía General de la 1.^a Región Militar para tomarle declaración en el Expediente judicial 8/80, instruido contra él por la presunta falta grave, por acumulación de faltas leves, prevista en el art. 442 del Código de Justicia Militar.

d) Una vez personado, se le toma declaración sobre una entrevista con él realizada por el periodista don Julián Lago y publicada en la revista «Interviú», siéndole denegada la designación de un Letrado para su defensa y no practicándose el único medio de prueba por él propuesto consistente en la declaración de don Julián Lago.

e) En escrito de 17 de enero de 1980, dirigido al Instructor del Expediente judicial, el Capitán Pitarch reitera la proposición de la prueba testifical mencionada, y en otro escrito de 18 de enero dirigido a la misma autoridad insiste en dicha petición, al mismo tiempo que solicita tener conocimiento de los cargos que en su conjunto resultan para poder proceder a su defensa de acuerdo con lo preceptuado en el art. 24 de la Constitución, peticiones que no fueron atendidas y sobre las que no recibió notificación alguna.

f) Con fecha 22 de enero de 1980, se le notifica el Decreto del Capitán General de la 1.^a Región Militar de 17 de enero, en el que se contienen los siguientes extremos: la apreciación de una falta leve de las mencionadas en el art. 443 del Código de Justicia Militar y el correctivo de seis meses de arresto como autor de una falta grave, por acumulación de faltas leves, en aplicación del art. 442 del Código de Justicia Militar, con las accesorias de la pérdida de tiempo de servicio y consiguiente antigüedad durante el mismo.

g) Con fecha 25 de enero de 1980, don José Luis Pitarch dirige a la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar un escrito de queja en el que solicita la nulidad de lo actuado en el Expediente judicial 8/80, alegando la omisión de diligencias sustanciales (arts. 831 y 832 del Código de Justicia Militar) y la inconstitucionalidad parcial del art. 1004 del Código de Justicia Militar al vulnerar el art. 24 de la Constitución.

h) Mediante Auto de 11 de junio de 1980, notificado el 16 de julio siguiente, el Consejo Supremo de Justicia Militar desestima el escrito de queja formulado por considerar

que no son de aplicación los artículos de la Constitución y de las Reales Ordenanzas alegados hasta que no se elaboren por los órganos competentes las normas legales que los desarrollen y que no se puede estimar como causa de indefensión el no haberse practicado la prueba testifical propuesta, pues ésta venía a resultar irrelevante dada la publicidad y notoriedad con que los hechos se habían producido.

3. Los derechos constitucionales que el recurrente considera vulnerados son los contenidos en el art. 24, concretamente el derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado, el derecho a utilizar los medios de pruebas pertinentes para su defensa y a ser informado de la acusación formulada contra él, y el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

4. Por providencia de 9 de septiembre de 1980, la Sala Primera de este Tribunal Constitucional acuerda admitir a trámite la demanda de amparo y, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, requerir al Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar para que remita las actuaciones, o testimonio de ellas, que dieron lugar al Expediente judicial 8/80 incoado al recurrente, así como las que se siguieron ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar y que finalizaron por Auto de 11 de junio de 1980.

5. Por escrito de 15 de octubre de 1980, el Teniente General, Presidente en funciones del Consejo Supremo de Justicia Militar, remite las actuaciones seguidas ante su Tribunal, al mismo tiempo que comunica que el Expediente judicial 8/80 debe solicitarse de la Autoridad judicial de la 1.^a Región Militar.

6. Cursada dicha solicitud y remitido el Expediente judicial por el Capitán General de la 1.^a Región Militar, la Sala acuerda, por providencia de 12 de enero de 1980 y de conformidad con lo dispuesto en el art. 52 de la LOTC, dar vista de las actuaciones al recurrente y al Ministerio Fiscal a fin de que formulen las alegaciones procedentes.

7. El Ministerio Fiscal, en su escrito de alegaciones, parte de las siguientes premisas:

a) El art. 24 de la Constitución, en cuya violación basa el recurrente su demanda, es de aplicación inmediata, no precisando de una ley que lo desarrolle, sin que ello obste para que una norma de este rango pueda regular la forma de ejercicio de los derechos en él contenidos.

b) Contra las resoluciones de la Autoridad judicial militar cabe, en todo caso, el oportuno recurso, pues el art. 1008 del Código de Justicia Militar, por su localización sistemática, ha de estimarse referido al derecho de recurrir tanto respecto de las faltas leves como de las graves, interpretación que aparece además reforzada por el art. 14 de la Constitución, y, por otra parte, en virtud de la promulgación de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, que aprueba las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, quedaron derogadas - y así se reconoce en su disposición final primera- cuantas disposiciones entonces vigentes se oponían a su contenido y, por tanto, la afirmación in fine, contenida en el art. 1004 de dicho Código, ha quedado derogada por el art. 200 de las Reales Ordenanzas.

8. Sobre estas bases el Ministerio Fiscal analiza la posible violación en el expediente incoado al Capitán Pitarch de las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24, llegando a las siguientes conclusiones:

a) El derecho de audiencia y el derecho a ser informado de la acusación no parecen lesionados desde el momento en que el expedientado ha sido oído de forma amplia, detallada y reiterada en torno al alcance de su conducta en relación con la entrevista publicada en la revista «Interviú» y las consecuencias que pueden derivarse de la comisión de una cuarta falta leve vienen fijadas por imperativo legal.

b) De las actuaciones remitidas al Tribunal Constitucional no se desprende que la asistencia de Letrado haya sido instada en forma a lo largo del expediente, por lo que no puede hablarse de vulneración de este derecho, que, por otra parte, aparece limitado al ámbito penal y no disciplinario en el Código de Justicia Militar y no se recoge en las Reales Ordenanzas.

c) En cuanto al derecho a la práctica de prueba tampoco puede considerarse vulnerado, pues es al órgano judicial y no al sujeto inculcado al que corresponde determinar la pertinencia de un determinado medio de prueba, sin perjuicio de que pueda impugnarse por los medios oportunos la decisión de cualquier órgano judicial que rechace un medio de prueba que se considere pertinente.

d) Por último, no puede afirmarse que haya sido vulnerado el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales, entendido como derecho a acudir a órganos superiores que confirmen o modifiquen la decisión del órgano inferior, pues ante la ausencia de un procedimiento específico que venga a cumplir cuanto señala el art. 200 de las Reales Ordenanzas ha de concluirse que la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, al tramitar el recurso de queja y no rechazarlo de plano, y al decidir sobre su contenido aún

cuando sea sobre base de las que pueda discreparse, ha dado satisfacción al derecho que a «todo militar» compete de formular o instar recursos en vía administrativa o judicial.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal interesa de este Tribunal dicte sentencia desestimando el recurso de amparo constitucional promovido por el Capitán de Caballería don José Luis Pitarch Bartolomé, por no aparecer vulnerados los derechos fundamentales a que se contrae su demanda.

9. El recurrente, en su escrito de alegaciones, parte de la plena aplicabilidad del art. 24 de la Constitución, argumentando en los siguientes términos:

a) El art. 24.1 y 2 de la Constitución es directamente aplicable, pues, si bien en un principio podría pensarse que nos encontramos ante un supuesto de Derecho disciplinario al que no le sería aplicable el derecho a la jurisdicción y las garantías que el mismo conlleva, no cabe desconocer que en el mismo se dan una serie de características de las que cabe deducir su carácter jurisdiccional: tanto la falta leve como la falta grave que se le han imputado al hoy recurrente están previstas y penadas en el Tratado Segundo del Código de Justicia Militar que se encabeza con la denominación de «Leyes Penales»; el Capitán General, que ordena la iniciación del expediente, calificado de judicial en el art. 1003 del Código de Justicia Militar es la máxima autoridad judicial de la Región; dicho expediente fue instruido por un órgano jurisdiccional castrense (el Juzgado Militar Permanente número 6 de Madrid); y el Consejo Supremo de Justicia Militar al tramitar el recurso y declararlo inadmisibile sanciona el carácter jurisdiccional del procedimiento que se había seguido.

b) A las consideraciones anteriores añade el recurrente que los derechos y libertades fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, por imperativo del art. 10.2 de la misma, han de ser interpretados de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por lo que, al tratarse de preceptos que contienen in genere los mismos derechos, es de aplicación al art. 24 de la Constitución la interpretación que del art. 6 del Convenio hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 8 de junio de 1976, extendiendo al ámbito castrense las garantías contenidas en dicho artículo cuando los procedimientos disciplinarios seguidos pudiesen llevar a la imposición de penas privativas de libertad.

10. De acuerdo con este punto de partida, el recurrente pasa a analizar la posible violación de los derechos contenidos en el art. 24 de la Constitución, en los diversos

procedimientos seguidos hasta imponerle un arresto o sanción privativa de libertad de seis meses:

a) La violación del derecho a la jurisdicción se produce, a su juicio, en las actuaciones que dieron lugar al Decreto judicial del Capitán General de 3 de enero de 1980, pues «no sólo no se tuvo por parte al Capitán Pitarch, sino que ni siquiera se le oyó, ni se le permitió defenderse, ni proponer pruebas, ni se le notificó el correspondiente Decreto judicial», ni en ningún momento llegó a conocer las acusaciones en que se basó el procedimiento seguido contra él, extremo especialmente importante, ya que dichas actuaciones dieron lugar al Expediente judicial 8/80. Y también se habría producido la violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en el Auto de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar al afirmarse en él que la resolución que puso fin al expediente es firme.

b) Lo mismo puede decirse -añade- del derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, que aparece violado en el expediente de diversas formas: el Capitán Pitarch fue citado telefónicamente sin que se le diera a conocer el objeto de la citación; la contestación al pliego de cargos leído por el Juez Instructor debió hacerla inmediatamente, sin tiempo para preparar sus descargos y pruebas; los escritos de fecha 17 y 18 de enero que presentó al Juzgado solicitando se le pusiese de manifiesto el expediente para tener conocimiento de los cargos que en su conjunto resultasen y así poder defenderse debidamente le fueron devueltos por el Juez Instructor, por lo que hubo de presentarlos ante el Juzgado Militar de Guardia Especial Permanente núm. 4 y, a pesar de haberlo hecho en fecha anterior a la de la notificación del Decreto judicial imponiéndole el arresto de seis meses, la Autoridad Judicial Militar parece ignorarlos.

Por otra parte, entiende el recurrente que el art. 1004 del Código de Justicia Militar, interpretado de acuerdo con el art. 24 de la Constitución, al reconocer simplemente el derecho a la defensa por parte del inculpado no le niega ninguno de los medios legalmente previstos para el ejercicio de este derecho y entre ellos el que reviste la forma más eficaz y normal en nuestro ordenamiento, que es la defensa letrada, no obstante lo cual ante la petición escrita del Capitán Pitarch para ejercer su defensa no se produce, sino el silencio del Instructor del expediente y en el Auto de 11 de junio del Consejo Supremo de Justicia Militar se rechaza dicho derecho alegando que la Constitución se limita a establecer los principios fundamentales que posteriormente han de ser concretados por el derecho positivo.

c) Respecto al derecho a ser informado de la acusación formulada, su posible vulneración se deriva de dos hechos fundamentales: en la lectura de los cargos el Juez Instructor se refiere exclusivamente a la comisión anterior de tres faltas leves y en ninguno de

los procedimientos seguidos se dio conocimiento al recurrente de los cargos por sus declaraciones a la revista «Interviú».

d) Es evidente también, afirma el recurrente, que se ha vulnerado el derecho a un proceso público, pues en ningún momento ha habido publicidad ni siquiera para las partes, no pudiendo él intervenir en igualdad de condiciones con la parte acusatoria.

e) Por último, también se habría violado el art. 24 de la Constitución por lo que respecta al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, ya que, en el momento de prestar declaración y en escritos posteriores, el recurrente propuso un medio de prueba directamente relacionado con el objeto del expediente -la declaración como testigo del autor de la entrevista-, no obstante, ser admitido por el Juez Instructor, no llegó a practicarse al decidir posteriormente el mismo Juez Instructor, de forma incongruente y contradictoria, que dicha prueba testifical era innecesaria e impertinente.

11. En el mismo escrito de alegaciones el recurrente señala que no se han unido al expediente remitido a este Tribunal por el Capitán General de la 1.^a Región Militar los originales de los tres escritos de fecha 17, 18 y 21 de enero, dirigidos al Juez Instructor del Juzgado Militar Permanente número 6 de Madrid y presentados ante el Juzgado Militar de Guardia Especial Permanente núm. 4, por lo que solicita se requiera a la Secretaría de Justicia de la 1.^a Región Militar para que remita los originales de los escritos anteriormente mencionados y certificación de si dichos escritos fueron presentados ante dicho Juzgado el día 21.

12. De acuerdo con lo interesado por el recurrente y por providencia de 14 de enero pasado, el Tribunal Constitucional recaba del Capitán General de la 1.^a Región Militar la remisión de los documentos originales y la certificación solicitada.

13. Recibidos los documentos solicitados, la Sala acuerda dar vista de dichos documentos a las partes para que, durante el plazo de diez días, puedan hacer las alegaciones que estimen oportunas en relación con la citada documentación.

14. El Ministerio Fiscal, despachando el nuevo trámite de alegaciones, sostiene que los originales aportados no alteran en nada la situación existente al tiempo de formular sus precedentes alegaciones, por lo que reitera se dicte Sentencia en el sentido en su día postulado.

15. El recurrente, en sus escritos de alegaciones, destaca que los documentos aportados no fueron incorporados al expediente a pesar de la evidente trascendencia de su contenido; argumenta de nuevo sobre su importancia a los efectos de este recurso de amparo, y pone de manifiesto cómo dicha documentación apoya las afirmaciones por él realizadas en el precedente escrito de alegaciones: los tres escritos se presentaron ante el Juzgado Militar de Guardia el día 21 de enero de 1980, tal como el recurrente había afirmado en su escrito de alegaciones, fecha anterior a la notificación al interesado de la resolución de la Autoridad judicial.

16. Por providencia de 3 de junio de 1981, la Sala acuerda señalar el día 10 de junio para la deliberación del presente recurso de amparo, y en la sesión de dicho día se delibera y vota.

II. Fundamentos jurídicos

1. El amparo solicitado por el recurrente sobre la base de la violación del art. 24 del Texto Constitucional se concreta en tres pretensiones:

a) La declaración de nulidad de la decisión del Capitán General de la 1.^a Región Militar por la que aprecia a don José Luis Pitarch una falta leve, que se le comunica por vez primera mediante el Decreto de 17 de enero de 1980.

b) La declaración de nulidad del citado Decreto, que pone fin al Expediente judicial 8/80 y en que se sanciona al recurrente por una falta grave por acumulación de cuatro faltas leves.

c) La declaración de nulidad del Auto de la Primera Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar de 11 de junio de 1980, por el que se desestima el recurso de queja elevado por el recurrente en relación con el mencionado expediente.

2. En relación con la primera pretensión, el recurrente afirma en el Hecho Primero de la demanda que el 3 de enero de 1980 el Capitán General de la 1.^a Región Militar, en su calidad de Autoridad judicial, le sancionó de plano, en un expediente sin contradicción, sin audiencia del interesado y sin formulación de acusación, por una falta leve de las previstas en el art. 443 del Código de Justicia Militar. Posteriormente, en el apartado primero del suplico, no habla ya de «sanción», sino de «apreciación» de una falta leve. Aun cuando ambos

conceptos son claramente diferentes, ya que el segundo no implica necesariamente la imposición de una sanción, podría, sin embargo, en ambos casos producirse análoga lesión de los derechos del recurrente en el ámbito de las garantías procesales si tal apreciación supusiese calificación previa condicionante de la actividad sancionadora desarrollada en el Expediente judicial 8/80. Por tanto, la pretensión del recurrente encaminada a conseguir la declaración de nulidad de la decisión del Capitán General de 3 de enero de 1980 obliga a examinar los dos aspectos de la cuestión: la imposición de la sanción derivada de la decisión adoptada y los efectos de la calificación de los hechos en ella contenida sobre el posterior expediente judicial.

3. Por lo que se refiere a la posible sanción por una falta leve, de las actuaciones remitidas a este Tribunal resulta que, efectivamente, por Decreto de 3 de enero de 1980, el Capitán General de la 1.^a Región Militar, de conformidad con el Informe del Auditor General del día primero del mismo mes, declara que la entrevista concedida por el Capitán Pitarch a la revista «Interviú» constituye una falta leve prevista en el art. 443 del Código de Justicia Militar por haber incidido el recurrente en la prohibición contenida en el art. 2, apartado 2, del Real Decreto-Ley de 8 de febrero de 1977, y delega para su corrección en el Jefe de la Unidad. Y asimismo consta que una copia del correspondiente Decreto Auditoriado es remitida, por escrito de la misma fecha, al Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército, quien, en relación con este escrito y con fecha 9 de enero, comunica al Capitán General que en la hoja de servicios del Capitán Pitarch aparece que ha sido corregido con anterioridad por tres faltas leves, por lo que la cuarta falta leve en la que ha incurrido debe considerarse falta grave, de acuerdo con lo que determina el art. 442 del Código de Justicia Militar, debiendo abrirse el correspondiente expediente judicial. Consta también que, de acuerdo con esta comunicación, el Capitán General, mediante telegrama de 14 de enero de 1980, ordena al Coronel Juez Instructor del Juzgado Permanente núm. 6 que inicie Expediente judicial bajo el núm. 8/80 contra el Capitán Pitarch «por la presunta falta grave, por acumulación de faltas leves».

No se han aportado, sin embargo, las actuaciones realizadas por el Jefe de la Unidad en que había delegado el Capitán General. No obstante, de las actuaciones remitidas no puede deducirse que se impusiese tal sanción. De las declaraciones del recurrente se desprende, más bien, que no llegó a imponérsele, y el informe de la Auditoría afirma textualmente que «con fecha 3 de enero de 1980 ha sido apreciado por la Autoridad judicial de V. E. la comisión de otra falta leve para cuya corrección se delegó en el Jefe del Cuerpo, sin que se haya impuesto

el correspondiente correctivo al apreciarse que la falta últimamente citada constituía la cuarta, incluida en el art. 443 del Código de Justicia Militar».

4. Tampoco puede afirmarse que la calificación hecha por el Capitán General en su Decreto de 3 de enero haya vinculado al resultado condenatorio del expediente judicial tramitado conforme al art. 1004 del Código de Justicia Militar, ya que en dicho expediente la actuación judicial no se limitó a constatar la existencia de las tres faltas anteriores para imponer sin más la sanción correspondiente a la cuarta, sino que de las declaraciones del recurrente y de la prueba documental aportada por el mismo resulta que en el procedimiento se trató de depurar los hechos y, por tanto, de llegar a una calificación de los mismos independientemente de la realizada con anterioridad por el Capitán General. Y si bien es cierto que el Auditor General de dicha Región, en su informe de 13 de febrero de 1980, parece indicar que la finalidad del expediente era exclusivamente la «acreditación de la reiteración perseguida», este criterio, sin embargo, no fue compartido ni por el Fiscal Togado del Consejo Supremo (apartado tercero de su informe), ni por este mismo Consejo, que en el único «considerando» del Auto de 11 de junio de 1980 acoge íntegramente y hace suyas las razones del informe del Fiscal.

5. Del examen de las actuaciones remitidas resulta, pues, que no se ha derivado del citado Decreto de 3 de enero de 1980 sanción por falta leve, ni la calificación de los hechos en él contenida ha vinculado a la resolución recaída en el Expediente judicial 8/80, por lo que no procede estimar la pretensión del recurrente en el extremo considerado.

6. La segunda pretensión contenida en el escrito de demanda se centra en la aplicación de los derechos reconocidos en el art. 24 de la Constitución al expediente seguido contra el Capitán Pitarch. El recurrente entiende que estos derechos son de aplicación inmediata y si bien reconoce que «la Constitución no impide que el Estado, en el cumplimiento de su función de guardián del interés público, establezca una distinción entre Derecho penal y Derecho disciplinario, así como que trace la línea divisoria entre uno y otro», ello, a su juicio, no obliga a concluir que nos encontremos ante un supuesto de Derecho disciplinario al que no sería aplicable el derecho a la jurisdicción y a las garantías que el mismo conlleva, dado el carácter judicial que el Código de Justicia Militar reconoce al procedimiento seguido en el caso de faltas graves: las faltas graves son esclarecidas en expediente judicial ordenado por la más alta Autoridad judicial de la Región e instruido por un órgano jurisdiccional castrense.

7. Es preciso señalar, sin embargo, que la vía judicial a que alude el art. 1003 del Código de Justicia Militar y que se concreta en el expediente judicial regulado en el art. 1004 no corresponde al concepto de procedimiento judicial al que alude el art. 207 del mismo Código. El art. 207 distingue entre ambos conceptos al recoger la distinta naturaleza de las infracciones que dan lugar a uno y otro procedimiento y afirmar que «sólo se reputarán penas las impuestas por los Tribunales en virtud de procedimiento judicial. Las correcciones que se impongan judicial, gubernativa o disciplinariamente no se considerarán penas, aunque sean de la misma naturaleza que las establecidas en esta Ley». Y, congruentemente con ello, el art.211 prevé como pena militar más leve de privación de libertad la de prisión militar con una extensión de seis meses y un día a doce años, mientras que las que llama «correcciones» para castigar las faltas tienen su máxima duración en el arresto militar de seis meses. Los arts. 851 y 852 del Código de Justicia Militar distinguen también entre ambos procedimientos al señalar que las Sentencias son las resoluciones definitivas de los procedimientos judiciales, mientras que los expedientes de esta índole han de resolverse por Auto. Y la propia estructura del expediente judicial no responde a la estructura de un proceso judicial de carácter penal, sino que se corresponde perfectamente con la de los expedientes administrativos en el ámbito civil, con una fase de instrucciones en la que el Instructor reúne funciones que en el procedimiento criminal se distribuyen entre el Juez Instructor y el Ministerio Fiscal, y una fase de resolución en la que el órgano a quien corresponde la decisión no está especializado y coincide con la propia autoridad administrativa. Las faltas militares graves y sus correcciones no forman parte en el Código de Justicia Militar del Derecho penal, sino del régimen disciplinario, y así se reconoce expresamente en la reserva contenida en el Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Nos encontramos, en definitiva, ante un supuesto de acción disciplinaria por la que se sanciona una falta grave con una privación de libertad de seis meses de arresto.

8. Una vez establecido el carácter disciplinario de la sanción impuesta, es preciso determinar, desde el punto de vista constitucional, si esa acción disciplinaria cabe dentro del marco constitucional y si la acotación de un campo de acción denominado disciplinario lleva consigo restricciones a los derechos de carácter procesal reconocidos constitucionalmente.

La Constitución Española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. Del art. 25.3 se deriva a sensu contrario que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privaciones de libertad. Y el art. 17.1

establece que nadie puede ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma previstos en la Ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la Ley para la fijación de los supuestos.

9. La acotación legal de este campo de acción disciplinaria tiene evidentes repercusiones en el sistema de garantías procesales. En el ámbito militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar. La separación entre Derecho disciplinario y Derecho penal militar adquiere así un relieve especial, pues, dada la dificultad de establecer una línea divisoria nítida entre la acción disciplinaria y la acción penal, bastaría con calificar una infracción de disciplinaria para así sustraerla a la obligación fundamental de seguir un procedimiento con las debidas garantías. De aquí la preocupación que se manifiesta en la doctrina y se refleja en las más recientes reglamentaciones disciplinarias militares, por restringir el campo de la acción disciplinaria, bien reduciendo los supuestos sometidos a dicha acción, bien limitando el tipo de sanciones que a través de ella pueden imponerse, bien exigiendo para determinadas sanciones un procedimiento en que se observen las normales garantías procesales.

No existe una referencia explícita a esta materia en los Pactos y Convenios Internacionales y el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que cada Estado es competente para organizar su sistema de disciplina militar, gozando en la materia de un cierto margen de apreciación. No obstante, dicho Tribunal, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 8 de junio de 1976 (caso Engel y otros) ha establecido limitaciones a esa acción disciplinaria por lo que se refiere a las garantías procesales, al distinguir entre arrestos que implican una restricción de libertad (los llamados simples y gravados) y aquellos que implican una privación de libertad (arrestos estrictos) y establecer que en estos últimos casos han de aplicarse las garantías procesales contenidas en el art. 6 del Convenio Europeo, extendiendo así al ámbito disciplinario castrense los derechos propios del orden penal contenidos en dichos artículos.

10. En el caso español, el art. 24.2 de la Constitución, al estar orientado hacia el proceso judicial penal, no es de aplicación inmediata al régimen disciplinario y tampoco

puede aplicarse como derecho interno el art. 6 del convenio Europeo de la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la base de la remisión del art. 10.2 de la Constitución, como pretende el recurrente, España, al ratificar dicho Convenio y de conformidad con el art. 64 del mismo, se ha reservado la aplicación de los arts. 5 y 6 en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el Título XV del Tratado Segundo sobre «Faltas y Correcciones» (arts. 414 a 448) y en el Título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar sobre los «Procedimientos para las faltas» (arts. 1003 a 1008). Y dentro de estos artículos se encuentran los que han servido de base al procedimiento seguido contra el Capitán Pitarch.

No cabe desconocer, sin embargo, que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos, ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, una vez aprobada la Constitución, el régimen disciplinario militar ha de incorporar este sistema de valores y, en consecuencia, en aquellos casos en que la sanción disciplinaria conlleva una privación de libertad, el procedimiento disciplinario legalmente establecido ha de responder a los principios que dentro del ámbito penal determinan el contenido básico del derecho a la defensa, de modo que este derecho no se convierta en una mera formalidad, produciéndose, en definitiva, indefensión.

11. En el caso que nos ocupa no puede decirse que tal indefensión se haya producido. El Capitán Pitarch tiene conocimiento de los hechos por los que posteriormente será sancionado; así se desprende del Acta que recoge sus declaraciones ante el Juez Instructor, las cuales abarcan los dos extremos que sirvieron de base a la incoación del expediente: el contenido de la entrevista publicada en la revista «Interviú» y el número de correctivos por faltas leves que habían sido impuestas al recurrente con anterioridad.

Por otra parte, el recurrente es plenamente consciente de las posibles consecuencias de los hechos que serían objeto de sanción. En efecto, el mismo día de la aparición de la entrevista, 26 de diciembre de 1979, se dirige por télex al Director de la revista pidiendo se publiquen algunas rectificaciones, y añade: «Le ruego entienda que, si no hubiera rectificación pronto, probablemente incurriría en falta o delito condenable.» Y, en relación con estas declaraciones a la revista «Interviú», posteriormente, por escrito de 2 de enero de 1980, se dirige al Comandante Jefe del Parque Central de Automóviles, adjuntándole la copia

del télex y rogándole que, dada la significación del asunto, por la considerable difusión de la mencionada revista y siendo posible que la rectificación solicitada tarde más de lo normal en aparecer, eleve copia del télex al Teniente General Jefe de Apoyo Logístico, al Capitán General de la 1.^a Región Militar y al Teniente General Jefe del Estado Mayor del Ejército.

Por último, el Capitán Pitarch participa además en el esclarecimiento de los hechos. Las rectificaciones y precisiones por él solicitadas y que se insertan en el número 191 de la revista «Interviú» son conocidas por el Auditor General antes de emitir su informe de 17 de enero de 1980, que servirá de base a la Resolución del Capitán General de la misma fecha.

12. El recurrente alega que, al no realizarse la prueba testifical por él solicitada, se ha producido indefensión. Es de destacar, sin embargo, que tal prueba versaba sobre las aludidas rectificaciones y precisiones y que la Resolución final no vino, en modo alguno, condicionada por ella. Los hechos, asumidos por el recurrente, no fueron objeto de controversia al entender el Auditor General que en todo caso existía una falta leve «sin que la aclaración insertada en el número 191 de la revista "Interviú", a petición del expedientado, pueda desvirtuar la falta cometida por sus desclaraciones y fotografías publicadas en el núm. 189 de la misma revista, objeto de la infracción apreciada».

13. En resumen: los hechos se producen con una gran publicidad, son asumidos por el recurrente, no se hace cuestión de ellos en el expediente y además las consecuencias de los mismos vienen fijadas taxativamente por la Ley, por lo que puede concluirse que en este caso concreto el procedimiento seguido no ha vulnerado el derecho de defensa en relación con los fines esenciales del mismo: el esclarecimiento y la prueba de los hechos, y la determinación de las responsabilidades susceptibles de sanción. No procede, por tanto, estimar la pretensión del recurrente en relación con el expediente que le fue incoado.

14. Por lo que se refiere a la tercera pretensión del recurrente, el Auto de 11 de junio de 1980, cuya declaración de nulidad se pretende, pone fin a un procedimiento iniciado por un escrito de queja del recurrente, quien, apoyándose en el art. 200 y en la disposición final primera de las Reales Ordenanzas y en el art. 832, apartado 2, del Código de Justicia Militar, acude al Consejo Supremo de Justicia Militar por considerar que en el Expediente judicial 8/80 se han vulnerado determinadas garantías procesales. El recurrente solicita de este Tribunal Constitucional la declaración de nulidad de dicho Auto, basándose en la posible

vulneración de los derechos contenidos en el art. 24 de la Constitución y, en particular, del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales.

15. La Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar entiende que la resolución del expediente es firme, pues así lo dispone el art. 1004 el Código de Justicia Militar, texto legal aplicable en tanto no se desarrollen y configuren las posibles vías de recurso a que hace referencia el art. 200 de las Reales Ordenanzas. Frente a esta tesis, y en la línea mantenida por el recurrente y el Ministerio Fiscal, es obligado reconocer, sin embargo, la aplicabilidad del art. 24.1 de la Constitución respecto a la posible impugnación de las resoluciones dictadas en los expedientes judiciales. La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio basadas en la «reacción de sujeción especial» en que se encuentran ciertas categorías de personas sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial. Y en este sentido es de señalar que el cometido que la acción disciplinaria militar ha de cumplir y que puede justificar alguna limitación de las garantías procesales no queda desvirtuado con el posterior ejercicio del derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, por lo que de la naturaleza del procedimiento seguido en el expediente judicial en cuestión no puede derivarse el carácter firme de la resolución que pone fin a dicho expediente. Por el contrario, para que dicha acción disciplinaria se mantenga dentro del marco constitucional es necesaria la existencia de un sistema de tutela judicial que posibilite la revisión por órganos jurisdiccionales de las resoluciones adoptadas, a través de un procedimiento que permita al inculcado ejercitar plenamente su derecho a la defensa.

El examen de la pretensión del recurrente exige, por tanto, determinar si obtuvo la tutela efectiva a que se refiere el art. 24.1 de la Constitución.

16. Del examen de las actuaciones remitidas se deriva que el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales no ha sido vulnerado, pues el recurrente ha tenido acceso a un órgano de la jurisdicción militar, la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, y ha obtenido de la misma una resolución fundada en derecho sobre el contenido de su pretensión.

En efecto, a pesar del informe desfavorable del Auditor General sobre la admisión del escrito presentado por el Capitán Pitarch y de la tesis sostenida por el Fiscal Togado sobre el

carácter firme de la resolución impugnada, la Sala de Justicia de dicho Consejo no acuerda la inadmisión del escrito, sino que, acogiendo íntegramente y haciendo suyas las razones expuestas en el informe del Fiscal Togado, se pronuncia sobre el fondo de la pretensión deducida. El recurrente pretendía la nulidad de las actuaciones seguidas en el Expediente judicial 8/80 por omisión de las garantías procesales reconocidas en el art. 24 de la Constitución, concretamente la asistencia de Letrado y la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa, y la Sala de Justicia no accede a la pretensión por estimar que los preceptos constitucionales no son de aplicación inmediata, sino que han de ser objeto de un desarrollo positivo posterior, y que la no realización de la prueba propuesta por el interesado no produce su indefensión, ya que, dada la notoriedad y publicidad con que el hecho en cuestión se ha producido, dicha prueba no podría añadir nada sustancial a la estimación de la posible falta cometida.

17. Frente a la argumentación anterior debe señalarse que los preceptos constitucionales alegados vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos. Pero el hecho es que, en cualquier caso, la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar se pronuncia sobre todos los extremos contenidos en el escrito y a través de un procedimiento no cuestionado por el propio recurrente, por lo que puede afirmarse que éste ha tenido ocasión de ejercitar el derecho a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales reconocido en el art. 24.1 de la Constitución y no procede, por tanto, otorgar el amparo solicitado en relación con el Auto de la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA

Ha decidido

1.º Denegar el amparo solicitado por el Procurador de los Tribunales don Jesús Alfaro Matos, en nombre y representación de don José Luis Pitarch Bartolomé.

2.º Devolver las actuaciones remitidas por el Consejo Supremo de Justicia Militar y la Capitanía General de la 1.ª Región Militar.

3.º Notificar la presente Sentencia al Fiscal General del Estado y al recurrente.

Publíquese la Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a quince de junio de mil novecientos ochenta y uno.