TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
003-2005-PI/TC

SENTENCIA

DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

De 9 de agosto de 2006

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

5186 ciudadanos (demandantes) c. Poder Ejecutivo y Poder Legislativo (demandados)

SÍNTESIS

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 5186 ciudadanos, convocados por el Movimiento Popular de Control Constitucional, debidamente representados por Walter Humala, contra los Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927.

Magistrados firmantes:
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

ÍNDICE

I. ASUNTO

II. DATOS GENERALES

III. NORMAS CUESTIONADAS
3.1. Decreto Legislativo 921
3.2. Decreto Legislativo 922
3.3. Decreto Legislativo 923
3.4. Decreto Legislativo 924
3.5. Decreto Legislativo 925
3.6. Decreto Legislativo 926
3.7. Decreto Legislativo 927

IV. ANTECEDENTES
4.1. Argumentos de la demanda
4.2. Contestación de la demanda

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
5.1 Sobre la revisión de la pena de cadena perpetua
5.1.1. ¿La revisión de la pena de cadena perpetua es acorde con el fin de la pena?
5.1.2. ¿La audiencia privada dispuesta en la revisión de la pena de la cadena perpetua, respecto al principio de publicidad judicial, supera el *test* de proporcionalidad y razonabilidad?
5.2. Sobre la reincidencia y el delito de terrorismo
5.2.1. ¿La configuración normativa de la noción de reincidencia establecida en el artículo 9° del Decreto Ley 25475 supone la identidad en el tipo penal?
5.2.2. ¿Cuál es el contenido del principio del *ne bis in idem*?
5.2.3. ¿La configuración normativa de la reincidencia colisiona con el principio del *ne bis in ídem*?
5.2.4. ¿La reincidencia es una causal agravante del delito?
5.2.5. ¿En qué consiste el principio de culpabilidad?
5.2.6. ¿En qué consiste el principio de proporcionalidad de las penas?
5.2.7. ¿Es proporcional y consistente con el principio de culpabilidad establecer como conducta reprobable agravante la reincidencia en el delito de terrorismo?
5.2.8. ¿Es proporcional en su variante de *prohibición o interdicción de exceso* y consistente frente al derecho a la igualdad establecer que la pena máxima de cadena perpetua se aplicará sólo al delito de terrorismo?
5.3. La restricción de la libertad
5.3.1. ¿De que forma se aprecia la restricción de la libertad entre la resolución de la anulación del juicio por traición a la patria y la apertura de uno nuevo por el delito de terrorismo en el marco normativo vigente?
5.4. Sobre al procedimiento de consulta antes de proceder a la excarcelación en caso de que el fiscal no formalice denuncia o el juez no abra instrucción

5.4.1. ¿En qué consiste el principio de independencia judicial?
5.5. Sobre la validez de las pruebas usadas en un proceso actuado frente a juez incompetente en el caso concreto
5.5.1 ¿Existe incompatibilidad entre lo dispuesto en la STC 00010-2002-AI/TC y lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto Legislativo 922?
5.5.2. ¿Es posible advertir en un proceso de inconstitucionalidad todas las ocurrencias posibles en la aplicación de una norma en los casos concretos?
5.6. Las reglas procesales para los procesos por delito de traición a la patria anulados
5.6.1 ¿En qué consiste el derecho a no ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos por la ley?
5.6.2 ¿El proceso predeterminado por ley está regido por el principio *tempus regis actum*?
5.6.3 ¿En que consiste la prohibición del avocamiento indebido con relación al principio de independencia judicial?
5.7. La lectura de la sentencia en ausencia del condenado
5.7.1. ¿Cuál es el contenido constitucional del derecho a la defensa?
5.7.2. ¿Cuál es la diferencia entre la contumacia y la ausencia?
5.7.3. ¿Cuáles son los límites del derecho a no ser condenado en ausencia?
5.8. La competencia de los jueces *razone materiae* distinta de los jueces *ad hoc* o de excepción
5.9. La configuración de la intervención de la procuraduría en el orden normativo procesal del proceso por terrorismo
5.10. Sobre el delito de apología del terrorismo
5.10.1. ¿El Tribunal declaró la inconstitucionalidad del delito de apología del terrorismo en la STC 00010-2002-AI/TC?
5.10.2. ¿Cuáles son los alcances del juicio constitucional respecto de la configuración legal de la política criminal y en especial del delito de apología de terrorismo?
5.11. El derecho a la opinión y la libertad de expresión
5.11.1. ¿Es proporcional la pena dispuesta para el delito de apología al terrorismo?
5.11.2. ¿Cuál es el concepto de pena compuesta y su distinción con la doble pena?
5.12. La colaboración eficaz
5.12.1. ¿Cuál es el contenido del derecho a la no autoincriminación?
5.12.2. La confesión sincera y la autonomía de la voluntad
5.13. El plazo razonable de la detención preventiva y los nuevos juicios por delito de terrorismo
5.14. Los beneficios penitenciarios
5.14.1. ¿Supera el *test* de proporcionalidad el tratamiento diferenciado respecto de los beneficios penitenciarios a los condenados por delito de terrorismo?
5.15. La vigilancia de los liberados
5.15.1. ¿Cuál es el contenido constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio?
5.15.2. La vigilancia electrónica y su relación con la autorización del el levantamiento del secreto de las comunicaciones del liberado.
5.15.3. ¿Cuál es el contenido constitucional del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones?
5.15.4. ¿Cuáles son los límites a la vigilancia electrónica del liberado?

VI. FUNDAMENTOS

6.1. IMPUGNACIONES DE FORMA

A) Alegato de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

6.2. IMPUGNACIONES DE FONDO

6.2.1. Presunta inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 921

A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional
§1. Constitución y cadena perpetua
- Reserva de jurisdicción y revisión de la cadena perpetua
- Supuesta reintroducción de la cadena perpetua mediante el artículo 1° del Decreto Legislativo 927 y principio de irretroactividad de la ley penal
- Principio de publicidad judicial y audiencia privada en el procedimiento de revisión de la pena de cadena perpetua
§2.Reincidencia y delitos de terrorismo
- Análisis de constitucionalidad del artículo 9 del Decreto Ley N.° 25475
- La noción de reincidencia y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú
- La reincidencia y el principio ne bis in idem
- La reincidencia y el principio de culpabilidad
- La reincidencia y el principio de igualdad

6.2.2. Presunta inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 922

- El derecho a formular peticiones y su presunta vulneración por el artículo 3° del Decreto Legislativo 922
A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional
- Presunta violación de la libertad personal por el artículo 3°, segundo párrafo, y por el artículo 4° del Decreto Legislativo 922
A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

6.2.3. Presunta inconstitucionalidad de la consulta prevista en los artículos 5° y 6° del Decreto Legislativo 922
A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

6.2.4. Presunta inconstitucionalidad del artículo 8° del Decreto Legislativo 922

A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

C) Apreciaciones del Tribunal Constitucional
- Manifestación ante la Policía Nacional del Perú
- Validez de las pruebas actuadas ante la jurisdicción militar
- Validez de las declaraciones de los arrepentidos
- Presunta inconstitucionalidad del artículo 12º del Decreto Legislativo 922 por violar el derecho a no ser desviado del procedimiento predeterminado por la ley, el derecho de ser asistido por un defensor, a no ser condenado en ausencia y al juez predeterminado por la ley
A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional
- Investigación policial y avocamiento de causas pendientes ante el Poder Judicial
- Derecho de defensa y prohibición de dictar sentencia en ausencia
- Juez natural y Superior Sala

6.2.5. Presunta inconstitucionalidad del artículo 4º del Decreto Legislativo 923
A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

6.2.6. Presunta inconstitucionalidad del artículo primero del Decreto Legislativo 924
A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional
- Determinación de los derechos comprometidos con la amenaza de pena
- Intervención de la pena en el ámbito prima facie garantizado por la libertad personal
- Justificación de la intervención
- Principio de legalidad de las penas y autorización para legislar en materia de delito de terrorismo
- Finalidad de la intervención y principio de proporcionalidad abstracta de las penas
(i) Finalidad constitucionalmente legítima
(ii) Relación entre el objetivo que se busca conformar y el fin que se persigue alcanzar
- Evaluación del quantum de la pena conforme al principio de proporcionalidad
(a) Subprincipio de idoneidad
(b) Subprincipio de necesidad
(c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto
- Ne bis in ídem y pluralidad de penas

6.2.7. Presunta inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 925
A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional
- Cuestiones preliminares
- Arrepentido y derecho a no autoincriminarse
- Determinación de la intervención en el derecho a no autoincriminarse
- Beneficio por colaboración eficaz y presunción de inocencia

6.2.8. Presunta inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 926

A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

6.2.9. Presunta inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 927

A) Alegatos de los demandantes
B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros
C) Consideraciones del Tribunal Constitucional
- Presunta violación del principio de igualdad e irretroactividad de las leyes
- Beneficios penitenciarios y derecho al procedimiento preestablecido por la ley
- Beneficios penitenciarios y derecho de igualdad
- Presunta violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio
- Vigilancia electrónica en lugares públicos y abiertos al público y derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones

VII. FALLO

EXP. N.° 003-2005-PI/TC
LIMA
MÁS DE CINCO MIL CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de agosto de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Vicepresidente; Alva Orlandini; Bardelli Lartirigoyen; Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Vergara Gotelli.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 5186 ciudadanos, representados por Walter Humala, contra el Decreto Legislativo 921; artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 12º y Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 922; artículo 4º del Decreto Legislativo 923; Decreto Legislativo 924; Decreto Legislativo N.º 925; artículos 1º, 2º, 4º y Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 926; y artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10º del Decreto Legislativo 927.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso:	Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante:	5186 ciudadanos, representados por Walter Humala.
Normas sometidas a control:	Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927.
Normas constitucionales cuya vulneración se alega:	Artículos 1º; 2º incisos 1, 2, 3, 4, 9, 10, 15, 17, 18, 20, 22, 24 literales b) d) y h); 103º; 139º incisos 1, 2, 3, 4, 11, 12, 13, 14, 22; 143º; 146º y 4º Disposición Final y Transitoria.
Petitorio:	Se declare la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 921; los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 12º y 3º Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 922, artículo 4º del Decreto Legislativo 923; Decreto Legislativo 924; Decreto Legislativo 925; artículos 1º, 2º, 4º y 1º Disposición complementaria del Decreto

Legislativo 926; y artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10º del Decreto Legislativo 927.

III. NORMAS CUESTIONADAS

3.1. Decreto Legislativo 921

"Artículo 1.- Régimen jurídico de la cadena perpetua en la legislación nacional.
La pena de cadena perpetua será revisada cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad y se realizará conforme a lo dispuesto en el Código de Ejecución Penal.
Artículo 2.- Penas temporales máximas para delitos de terrorismo.
La pena temporal máxima para los delitos previstos en los artículos 2, 3, incisos "b" y "c", 4 y 5 del Decreto Ley Nº 25475 será cinco años mayor a la pena mínima establecida en los mismos.
Artículo 3.- Reincidencia
La pena máxima establecida para la reincidencia contemplada en el artículo 9 del Decreto Ley Nº 25475 será cadena perpetua.
Artículo 4.- Incorpora capítulo al Título II del Código de Ejecución Penal.
Incorpórase el Capítulo V, bajo la denominación "Revisión de la Pena de Cadena Perpetua" en el Título II "Régimen Penitenciario" del Código de Ejecución Penal, en los siguientes términos:

"CAPÍTULO V
Revisión de la Pena de Cadena Perpetua
Artículo 59-A.- Procedimiento.
1. La pena de cadena perpetua será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad por el órgano jurisdiccional que impuso la condena, ordenando al Consejo Técnico Penitenciario que en el plazo de quince días organice el expediente que contendrá los documentos consignados en el artículo 54 de este código. También dispondrá que en igual plazo se practiquen al condenado exámenes físico, mental y otros que considere pertinentes.
2. Cumplido lo dispuesto en el inciso anterior, se correrá traslado de todas las actuaciones al interno, al Ministerio Público y a la parte civil, a fin de que en el plazo de diez días ofrezcan las pruebas que consideren pertinentes.
3. En audiencia privada que se iniciará dentro de los diez días siguientes de cumplido el plazo al que se refiere el inciso anterior, se actuarán las pruebas ofrecidas y las que el órgano jurisdiccional hubiera dispuesto, se examinará al interno y las partes podrán formular sus alegatos orales. La resolución de revisión se dictará al término de la audiencia o dentro de los tres días siguientes.
4. El órgano jurisdiccional resolverá mantener la condena o declararla cumplida ordenando la excarcelación. Para estos efectos se tendrá en consideración las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno que permitan establecer que se han cumplido los fines del tratamiento penitenciario.
5. Contra la decisión del órgano jurisdiccional procede, dentro de los tres días, recurso impugnatorio ante el superior. El expediente se elevará de inmediato y se correrá vista fiscal dentro de 24 horas de recibido. El dictamen se emitirá dentro de diez días y la resolución que absuelve el grado se dictará en igual plazo.

6. Cada vez que el órgano jurisdiccional resuelva mantener la condena, después de transcurrido un año, se realizará una nueva revisión, de oficio o a petición de parte, siguiendo el mismo procedimiento".

3.2. Decreto Legislativo 922

"Artículo 2.- Remisión de expedientes por delitos de traición a la patria de la jurisdicción militar a la ordinaria.

El Consejo Supremo de Justicia Militar, en el plazo de diez días desde la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, bajo responsabilidad y con todas las medidas de seguridad correspondientes, concluirá la remisión a la Superior Sala, en el estado en que se encuentren, de los expedientes por delito de traición a la patria previstos en los Decretos Leyes Nºs. 25659 y 25880.

Artículo 3.- Nulidad de las sentencias y del proceso penal militar.

La Superior Sala, progresivamente, en un plazo no mayor de sesenta días hábiles desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, por el sólo mérito de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente Nº 010-2002-AI/TC, declarará la nulidad de la sentencia y del proceso seguido ante la jurisdicción militar por delito de traición a la patria, respecto de los condenados y por los hechos objeto de condena. La nulidad se extenderá a los casos de acusados ausentes y contumaces por los hechos materia de acusación fiscal.

Los autos de nulidad conforme a la parte resolutiva de la sentencia citada en el párrafo precedente, no tendrán como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes y la excarcelación sólo se producirá en los supuestos previstos en los artículos 5 y 6 del presente Decreto Legislativo o cuando el juez penal no dicte mandato de detención.

Artículo 4.- Plazo límite de la detención.

El plazo límite de detención a los efectos del artículo 137 del Código Procesal Penal se inicia a partir del auto de apertura de instrucción del nuevo proceso.

Artículo 5.- Pronunciamiento del Fiscal acerca del ejercicio de la acción penal.

Declarada la nulidad, se remitirá el expediente al Fiscal Provincial Penal Especializado en el plazo de veinticuatro horas. El Fiscal, dentro del plazo de tres días, se pronunciará formalizando o no denuncia ante el Juez Penal Especializado. Si no formaliza denuncia, la resolución inmediatamente se elevará en consulta al Fiscal Superior, quien se pronunciará sin trámite alguno en el plazo de cuarentiocho horas y, si es aprobada, se procederá a la excarcelación inmediata.

Artículo 6.- Resolución denegatoria del proceso penal. Consulta.

El Juez Penal, dentro del plazo de tres días de formalizada la denuncia dictará la resolución que corresponda de conformidad con el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales.

La resolución que deniega la apertura de instrucción se elevará en consulta inmediatamente. La Sala sin trámite alguno resolverá la consulta en el plazo de cuarentiocho horas. La excarcelación se producirá si se aprueba el auto consultado.

(...)

Artículo 8.- Reglas de prueba específicas en los nuevos procesos penales.

En los nuevos procesos instaurados conforme al presente Decreto Legislativo será de aplicación el fundamento jurídico Nº 160 de la sentencia del Tribunal Constitucional.

Los elementos probatorios, sin perjuicio del derecho de contradicción que asiste a las partes, serán valorados con arreglo al criterio de conciencia conforme al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, entre otros:

1. Los dictámenes o informes técnicos o periciales, los documentos y los informes solicitados a entidades públicas o privadas.
2. Las actas de las declaraciones de los arrepentidos llevadas a cabo de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley Nº 25499 y su Reglamento.
3. Los actos de constatación documentados insertos en el Atestado Policial, tales como las actas de incautación, de registro, de hallazgo, de inspección técnico policial, entre otros.
4. Las manifestaciones prestadas ante la Policía, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62 y 72 del Código de Procedimientos Penales.
(...)
Artículo 12.- Reglas procesales específicas.
En la investigación preliminar y el proceso penal por delito de terrorismo rigen además las reglas específicas siguientes:
1. Medidas limitativas de derechos. Durante la investigación preliminar por delitos de terrorismo que realice la Policía bajo la conducción del Ministerio Público, inclusive la que de ser el caso lleve a cabo directamente el Fiscal, podrán dictarse las medidas limitativas de derechos pertinentes a que hacen referencia las Leyes Nºs. 27379 y 27697, siguiendo el procedimiento que las mismas establecen.
2. Incomunicación en sede policial. Detenida una persona por delito de terrorismo el Fiscal podrá solicitar al Juez Penal que decrete su incomunicación, siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados y por un plazo no mayor de diez días, en la medida que no exceda el de la duración de la detención. El Juez Penal deberá pronunciarse inmediatamente y sin trámite alguno sobre la misma, mediante resolución motivada. Ésta es apelable en el término de tres días, sustanciándose por cuerda separada y la Sala la resolverá inmediatamente sin trámite alguno.
La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el abogado designado como defensor y el detenido.
3. Investigaciones Policiales Complementarias. Iniciado el proceso penal, el Juez Penal podrá ordenar a la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional, bajo la conducción del Ministerio Público, la realización de investigaciones complementarias sobre puntos específicos materia de la instrucción o para el hallazgo y, en su caso, aseguramiento de documentos o de pruebas practicadas por la propia Policía u otro órgano del Estado, fijando el plazo correspondiente, a cuya culminación deberá elevar un Informe documentado conteniendo todas las diligencias que hubiera realizado. Las partes podrán intervenir en las diligencias practicadas por la Policía y tendrán acceso a las actuaciones complementarias realizadas.
4. Plazo adicional de la instructiva. Excepcionalmente, cuando el procesado se encuentre recluido en un establecimiento penal fuera del Distrito Judicial de Lima, la instructiva podrá ser iniciada después de las veinticuatro horas y hasta el décimo día más el término de la distancia.
5. Acumulación de procesos. Los procesos por delitos conexos, entre los que se encuentren los delitos de terrorismo se acumularán ante el Juez Penal que conoce de estos delitos. La acumulación podrá disponerse de oficio o a pedido de parte. Corresponde tramitar dicha solicitud y decidir al Juez Penal que conoce del delito de terrorismo.
En estos procesos la acumulación se dispondrá cuando resulte necesaria para garantizar el conocimiento integral de los delitos objeto de instrucción, salvo que la acumulación ocasione grave y fundado retardo en la administración de justicia.

Contra el auto que emite el Juez Penal procede recurso de apelación.

6. Medidas de protección. En los procesos, inclusive en las investigaciones preliminares, por los delitos de terrorismo, podrán dictarse las medidas de protección previstas en el Capítulo IV de la Ley Nº 27378.

Las medidas de protección para testigos, peritos o víctimas podrán incluir si así lo decide la Sala y siempre que sea posible, el uso del medio técnico de video conferencia para que éstos declaren en el juicio oral.

El Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo, podrá reglamentar la aplicación de estas medidas y dictar las disposiciones necesarias, inclusive de organización, para cumplir con su finalidad.

7. Facultad disciplinaria del Juez Penal. El Juez Penal en el desarrollo de la instrucción por delito de terrorismo tiene las siguientes facultades disciplinarias:

a. Si el imputado altera el orden en un acto procesal, en caso de ser de índole personal o de resultar indispensable su presencia, se le apercibirá con la suspensión de la diligencia y de continuarla con la sola intervención de su abogado defensor para que lo represente. Cuando el acto procesal no sea de índole personal, será apercibido con la exclusión de participar en la diligencia y de continuar ésta con su abogado defensor. Si el defensor abandona la diligencia será sustituido por uno nombrado de oficio.

b. Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado y ésta es de carácter inaplazable, será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el imputado o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia. Si el defensor no asiste injustificadamente a tres diligencias, será excluido de la defensa y el imputado será requerido para que en cuarenta y ocho horas designe al reemplazante, bajo apercibimiento de designarle uno de oficio. Dicho abogado permanecerá en la defensa hasta que el imputado designe uno de su confianza.

8. Restricciones a la publicidad de la audiencia.

a. El juicio oral por delito de terrorismo será público, bajo sanción de nulidad. El público y los medios de comunicación social tendrán acceso a la Sala de audiencias, no estando permitido el ingreso ni la utilización de cámaras de video, grabadoras de sonido, cámaras fotográficas u otros medios técnicos similares.

b. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala podrá disponer, de oficio o a petición de parte debidamente fundamentada, por resolución motivada, determinadas medidas restrictivas de la publicidad del juicio, cuando considere que ellas resultan estrictamente necesarias, en los siguientes casos:

b.1) Por razones de moralidad o en la medida que se afecte gravemente el orden público o la seguridad nacional;

b.2) Cuando estén de por medio intereses dé menores, el honor, la seguridad o la vida íntima de las personas;

b.3) Cuando pueda afectar los intereses de la justicia, el derecho de las partes, otro jurídicamente relevante, o cuando sucedan manifestaciones por parte del público que turben el regular desarrollo de la audiencia.

c. Las medidas que la Sala puede disponer, individual o concurrentemente, con sujeción al principio de proporcionalidad, son:

c.1) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la Sala de Audiencia;

c.2) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas;

c.3) Prohibir a las partes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo de la audiencia.
d. Desaparecido el motivo que determinó las restricciones a la publicidad de la audiencia, éstas se levantarán inmediatamente.
9. Facultad disciplinaria de la Sala Penal.
a. Corresponde a la Sala mantener el orden y el respeto durante la audiencia. Podrá disponer la expulsión de aquél que perturbe el desarrollo de la audiencia y mandar detener hasta por veinticuatro horas a quien amenace o agreda a las partes, a los demás intervinientes en el juicio o a la propia Sala o impida la continuidad del juzgamiento, sin perjuicio de las acciones a que hubiere lugar. Si el defensor es el expulsado, será reemplazado por el que se designe en ese acto o en su caso por el de oficio.
Si es el acusado, se puede proceder en su ausencia sólo si no se considera indispensable su presencia, y en tanto no sea de temer que su presencia perjudique gravemente el transcurso de la audiencia. En todo caso, al acusado se le debe dar la oportunidad de manifestarse sobre la acusación y las actuaciones del juicio oral.
Tan pronto como se autorice la presencia del acusado la Sala, lo instruirá sobre el contenido esencial de aquello sobre lo que se haya actuado en su ausencia y le dará la oportunidad de pronunciarse sobre esas actuaciones.
b. La inasistencia del defensor del acusado a dos sesiones consecutivas no frustrará el juicio oral. Para esta segunda sesión intervendrá indefectiblemente un abogado defensor de oficio, que continuará hasta que el acusado nombre otro defensor o ratifique al anterior. La inasistencia no consecutiva en tres ocasiones del defensor determinará su relevo obligatorio por el defensor de oficio o por otro que nombre el acusado en el término de cuarenta y ocho horas, sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar.
c. Cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 279 del Código de Procedimientos Penales, se conceda al acusado el derecho de exponer lo que estime conveniente a su defensa, limitará su exposición al tiempo que se le ha fijado. Si no cumple con la limitación precedente se le podrá llamar la atención y requerirlo. En caso de incumplimiento podrá darse por terminada su exposición y, en caso grave, disponerse se le desaloje de la sala de audiencia. En este último supuesto, la sentencia podrá leerse no estando presente el acusado pero estando su defensor o el nombrado de oficio, sin perjuicio de notificársele con arreglo a lo dispuesto en los artículos 157 y siguientes del Código Procesal Civil.
10. Examen especial de testigos.
La Sala, de oficio o a solicitud de parte, puede ordenar que el acusado no esté presente en la audiencia durante un interrogatorio, si es de temer que otro de los acusados o un testigo no dirá la verdad en su presencia. De igual manera se procederá si, en el interrogatorio de un menor de edad como testigo, es de temer un perjuicio relevante para él, o si, en el interrogatorio de otra persona como testigo, en presencia del acusado, existe el peligro de un perjuicio grave para su salud. Tan pronto como el acusado esté presente de nuevo, la Sala debe instruirle sobre el contenido esencial de aquello que se ha dicho o discutido en su ausencia.
(...)
Tercera.- De la competencia para iniciar el proceso penal.
Para los efectos de los artículos 5 y 6 de este Decreto Legislativo, serán competentes las Fiscalías y Juzgados Penales Especializados de Lima para conocer el delito de

terrorismo. Dictado el auto de apertura de instrucción, el juez penal podrá de oficio transferir competencia cuando las circunstancias de la instrucción lo amerite".

3.3. Decreto Legislativo 923

"Artículo 4.- Facultades de los Procuradores.
Además de las facultades establecidas en la Ley de Defensa Judicial del Estado - Decreto Ley Nº 17537 y en el Código de Procedimientos Penales respecto a la parte civil, el Procurador Público Especializado para Delitos de Terrorismo está facultado para:
1. Participar en las investigaciones preliminares o complementarias llevadas a cabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional bajo la conducción de aquel, para lo que deberá ser debidamente notificado, puede ofrecer pruebas y solicitar la realización de actos de investigación, así como intervenir en las declaraciones de testigos y en las demás diligencias de investigación; todo ello sin menoscabo de las funciones y acciones que corresponden al Ministerio Público como titular de la acción penal.
2. Interponer recurso de queja contra la resolución del Fiscal que deniega la formalización de denuncia penal e intervenir en el procedimiento recursal ante el Fiscal Superior. Todas las decisiones que se dicten en este procedimiento le serán notificadas.
3. Interponer las impugnaciones que la ley faculta.
4. Apersonarse ante el órgano jurisdiccional que conoce del delito de terrorismo y de las acciones de garantía promovidas contra el Ministerio del Interior a consecuencia de investigaciones por delito de terrorismo. Requerir, de ser el caso, la notificación de las resoluciones y actuaciones judiciales que no le fueron puestas en su conocimiento oportunamente.
5. Solicitar se dicten toda clase de medidas cautelares o limitativas de derechos e intervenir en los incidentes referidos a su modificación, ampliación o levantamiento. También intervendrá en los incidentes de excarcelación del imputado.
6. Las resoluciones que ponen fin a la instancia serán elevadas en consulta al órgano jurisdiccional superior en grado cuando sean desfavorables al Estado. El Procurador Público debe expresar agravios en la instancia correspondiente hasta dos días antes de la vista de la causa. De no hacerlo, la Sala declarará sin efecto la consulta y firme la resolución que la originó.
7. Solicitar a toda Institución Pública, la información y/o documentación requerida para la defensa del Estado, para delitos de terrorismo.
8. En caso que el Procurador para delitos de terrorismo tome conocimiento de la comisión del delito, podrá denunciar el hecho ante la autoridad competente sin necesidad de resolución autoritativa previa, debiendo informar de tal procedimiento al Ministro del Interior y a la Presidencia del Consejo de Defensa Judicial del Estado para los fines correspondientes.
9. Delegar en todo o en parte sus facultades a los abogados auxiliares".

3.4. Decreto Legislativo 924

"Artículo Primero.- Agrega un párrafo al artículo 316 del Código Penal.
Agrégase al artículo 316 del Código Penal, el siguiente párrafo:
"Si la apología se hace del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años. Además se le impondrá el máximo de la pena de multa previsto en el artículo 42 e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, y 8 del artículo 36 del Código Penal".

3.5. Decreto Legislativo 925

"Artículo 1.- Objeto de la Norma

El presente Decreto Legislativo establece las normas que regulan la colaboración eficaz en delitos de terrorismo y conexos, de apología del delito en el caso de terrorismo y de lavado de dinero en supuestos de terrorismo.

Artículo 2.- Delitos susceptibles de beneficios por colaboración eficaz

Agrégase al artículo 1 de la Ley Nº 27378, el inciso siguiente:

"4) De terrorismo, previstos en el Decreto Ley Nº 25475 y sus modificatorias y conexas, de apología del delito en el caso de terrorismo previsto en el Art. 316 del Código Penal y de lavado de activos en caso de terrorismo previsto en la Ley Nº 27765. También se comprende en el presente inciso a quien haya participado en la comisión de otros delitos distintos de los antes mencionados y se presente al Ministerio Público y colabore activamente con la autoridad pública y proporcione información eficaz sobre delitos mencionados anteriormente.

Son competentes para intervenir en este procedimiento especial los fiscales y jueces que conocen de los delitos de terrorismo".

Artículo 3.- Delitos y personas excluidas de los beneficios y limitación de beneficios.

Agrégase al artículo 7 de la Ley Nº 27378 como último párrafo el siguiente:

"En el supuesto del artículo 1, numeral 4, de la presente ley, no podrán acogerse a los beneficios establecidos en ella, quienes obtuvieron algunos de los beneficios contemplados en el Decreto Ley Nº 25499 en las Leyes Nºs. 26220 y 26345 y cometan nuevamente delito de terrorismo".

Artículo 4.- Aplicación.

Quienes hayan solicitado los beneficios previstos en el Decreto Ley Nº 25499, y en las Leyes Nºs. 26220 y 26345, podrán solicitar acogerse a los beneficios previstos en la Ley Nº 27378.

Artículo 5.- De la Comisión Evaluadora de la Ley de Arrepentimiento (CELA).

La Comisión Evaluadora de la Ley de Arrepentimiento (CELA) creada por el artículo 44 del Decreto Supremo Nº 015-93-JUS es competente para los casos previstos en el numeral 4 del artículo 1 de la Ley Nº 27378, incorporado por el artículo 2 del presente Decreto Legislativo".

3.6. Decreto Legislativo 926

"Artículo 1.- Objeto de la Norma.

Es objeto de la norma regular la anulación de sentencias, juicios orales y de ser el caso declarar la insubsistencia de acusaciones fiscales en procesos seguidos por delito de terrorismo ante jueces y fiscales con identidad secreta y la anulación en los procesos por delito de terrorismo en los que se aplicó la prohibición de la recusación prevista en el Art. 13 inciso h) del Decreto Ley Nº 25475 declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente Nº 010-2002-AI/TC.

Artículo 2.- Anulación de sentencias, juicios orales e insubsistencia de acusaciones fiscales en procesos seguidos por delito de terrorismo ante jueces y fiscales con identidad secreta.

La Superior Sala, progresivamente en un plazo no mayor de sesenta días hábiles desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, anulará de oficio, salvo renuncia expresa del reo, la sentencia y el juicio oral y declarará, de ser el caso, la insubsistencia de la acusación fiscal en los procesos penales por delitos de terrorismo seguidos ante la jurisdicción penal ordinaria con jueces o fiscales con identidad secreta.

(...)

Artículo 4.- Sobre la excarcelación
La anulación declarada conforme con el presente Decreto Legislativo no tendrá como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes.
(...)
Primera Disposición Complementaria.- Plazo límite de detención
El plazo límite de detención conforme con el Art. 137 del Código Procesal Penal en los procesos en los que se aplique el presente Decreto Legislativo se computará desde la fecha de expedición de la resolución que declare la anulación".

3.7. Decreto Legislativo 927

"Artículo 1.- Objeto de la norma.
El presente Decreto Legislativo establece las normas que regularán los beneficios penitenciarios y los procedimientos en materia de ejecución penal relativos a los condenados por delito de terrorismo.
Artículo 2.- Beneficios penitenciarios a los que podrán acogerse los condenados por delito de terrorismo.
Los condenados por delito de terrorismo podrán acogerse a los beneficios penitenciarios siguientes:
1. Redención de la pena por el trabajo y la educación.
2. Liberación condicional.
Artículo 3.- Redención de la pena por el trabajo y la educación.
1. El interno por delito de terrorismo redime la pena mediante el trabajo o la educación, a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva, bajo la dirección y control de la Administración Penitenciaria. La redención de la pena por el trabajo se acredita con la planilla de control laboral efectiva que estará a cargo del jefe de trabajo.
2. La redención de la pena por la educación se acreditará con la evaluación mensual de los estudios con notas aprobatorias. El informe trimestral será agregado al expediente personal del interno.
3. La redención de la pena por trabajo o educación servirá para acceder con anticipación a la libertad por cumplimiento de condena. El liberado podrá acumular el tiempo de redención de pena para el cumplimiento de su condena.
Artículo 4.- Liberación condicional.
Los condenados a pena temporal por delito de terrorismo podrán acogerse al beneficio penitenciario de liberación condicional cuando hayan cumplido efectivamente los tres cuartos de la pena impuesta, siempre que no tenga proceso pendiente con mandato de detención.
Artículo 5.- Procedimiento de la liberación condicional.
El procedimiento de la liberación condicional se sujetará a lo previsto en los artículos 54 y 55 del Código de Ejecución Penal y las reglas siguientes:
1. El Informe del Consejo Técnico Penitenciario sobre el grado de readaptación del solicitante será motivado y expresará el régimen penitenciario en el que se encuentra el interno y el pronóstico de cumplimiento de las condiciones de la liberación condicional.
2. Para emitir el informe a que se refiere el apartado anterior, el Consejo Técnico Penitenciario en sesión debidamente programada evaluará en forma personal al interno, con la intervención obligatoria del representante del Ministerio Público, el que también podrá formular preguntas al interno o a los profesionales del tratamiento penitenciario, dejándose constancia en el acta respectiva.

3. Para emitir el informe, el Consejo Técnico Penitenciario recabará el certificado de domicilio expedido por la unidad sistémica especializada contra el terrorismo de la Policía Nacional.
4. Asimismo, el Consejo Técnico Penitenciario recabará el certificado de conducta de cada uno de los establecimientos penitenciarios en donde haya estado recluido el interno.

Artículo 6.- Reglas de conducta y condiciones de la liberación condicional.

El Juez Penal al conceder el beneficio penitenciario de liberación condicional, dispondrá el impedimento de salida del país del liberado y le impondrá las siguientes reglas de conducta y condiciones:

1. Prohibición de frecuentar viviendas, locales cerrados, o lugares abiertos al público que estén vinculados con, o en los que se realicen actividades terroristas, de propaganda relacionada con dichas actividades o cualquier otra que lleven a cabo organizaciones terroristas u órganos generados de la misma o que colaboran con ella.
2. Prohibición de efectuar visitas a internos por delito de terrorismo o de establecer contactos con ellos por cualquier medio de comunicación, salvo el caso de ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente del liberado.
3. Prohibición de contacto o comunicación con personas que integran, actúan en servicio o colaboran con las organizaciones o grupos terroristas o con condenados o requisitoriados por delito de terrorismo.
4. Prohibición de contacto o comunicación por cualquier medio con personas o instituciones que realicen en el exterior actividades de financiamiento y/o propaganda a favor de personas u organizaciones que realizan actividad terrorista, incluidos los mensajes por correo electrónico y el empleo de páginas web de internet, entre otros, tanto el envío como recepción.
5. La obligación de no ausentarse de la localidad donde reside y de no variar de domicilio, salvo autorización judicial previa, la que obligatoriamente deberá comunicarse a la autoridad penitenciaria respectiva.
6. Comparecer personal y obligatoriamente ante la autoridad penitenciaria correspondiente, y en defecto de ésta ante el Juez Penal o Mixto más cercana a su domicilio, para informar y justificar sus actividades. La periodicidad será establecida en la resolución de concesión.
7. Prohibición de portar o tener a disposición armas, municiones, insumos o elementos para elaborar explosivos o construir o acondicionar artefactos explosivos, equipos de radio comunicación, planos, croquis, informaciones de instituciones públicas o privadas o legaciones diplomáticas, listas de personajes o funcionarios públicos o privados, publicaciones o manifiestos relacionados con la actividad terrorista o con personas o grupos vinculados con las mismas o destinados a conseguir la liberación de internos por delito de terrorismo.
8. No cometer nuevo delito doloso.
9. Someterse al cumplimiento del programa de Tratamiento en Medio Libre que le imponga la autoridad penitenciaria respectiva.
10. Los demás deberes que el Juez estime convenientes a la rehabilitación social del agente, siempre que no atente contra su dignidad.

Artículo 7.- Órganos de control, inspección y supervisión de la liberación condicional.

1. Los órganos de control, inspección y supervisión del liberado con relación al cumplimiento de las reglas de conducta y condiciones impuestas, serán el representante del Ministerio Público de su domicilio y la autoridad penitenciaria.

2. El Instituto Nacional Penitenciario constituirá en un plazo no mayor de treinta días la Oficina de Tratamiento en Medio Libre para liberados que hayan sido condenados por delito de terrorismo, que podrá contar con sedes descentralizadas, encargada bajo responsabilidad del control e inspección del cumplimiento de las reglas de conducta y condiciones impuestas por el Juez al conceder la liberación condicional, para tal efecto se le deberá remitir en el término de 48 horas copia certificada del auto de liberación y el domicilio señalado por el liberado. En aquellos lugares en que no se constituya el órgano de tratamiento especializado, el director del establecimiento penitenciario de la localidad designará al funcionario que cumplirá tales funciones; en defecto de dicho funcionario, el juez penal podrá delegar las mismas al juez de paz, al alcalde o gobernador de la localidad.

3. El representante del Ministerio Público efectuará visitas periódicas a las oficinas de tratamiento en medio libre de su jurisdicción a efectos de supervisar y constatar el cumplimiento de las reglas de conducta impuestas a los beneficiados con la liberación condicional.

4. En casos excepcionales, debidamente comprobados, el Juez Penal podrá autorizar el cumplimiento por el liberado de las reglas de conducta y condiciones en otra localidad, sujeto al control de las autoridades respectivas, para lo cual librará exhorto al Juez Penal o Mixto competente del lugar de destino. Para estos efectos, el juez recabará el certificado del nuevo domicilio expedido por la unidad sistémica especializada contra el terrorismo de la Policía Nacional.

Artículo 8.- Control e inspección del cumplimiento de las reglas de conducta y condiciones.

1. El Ministerio Público y la Oficina de Tratamiento en Medio Libre para liberados que hayan sido condenados por delito de terrorismo, podrán solicitar el apoyo de la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional y sus unidades especializadas en todo el país para el cumplimiento de sus funciones de control e inspección del cumplimiento de las reglas de conducta y condiciones impuestas a los beneficiados con la liberación condicional.

2. El Fiscal o la Oficina de Tratamiento en Medio Libre para liberados que hayan sido condenados por delito de terrorismo, podrán efectuar las constataciones o inspecciones tanto respecto de la persona del liberado como de su vivienda. En caso de negativa de inspección de su vivienda, se dejará constancia de tal hecho y se solicitará de inmediato autorización judicial para su allanamiento.

3. El Fiscal de oficio, o a pedido de la Oficina de Tratamiento en Medio Libre para liberados que hayan sido condenados por delito de terrorismo, o de la Dirección contra el Terrorismo, podrá solicitar al Juez Penal la adopción, sin conocimiento del liberado, de las siguientes medidas:

a) Autorizar el levantamiento del secreto de las comunicaciones del liberado, en los términos y forma señalados en la ley de la materia, observando los principios de estricta necesidad y proporcionalidad.

b) Autorizar la vigilancia electrónica de los liberados mediante filmaciones y grabaciones de audio en lugares públicos, locales abiertos al público y en locales donde se sospecha que se desarrollan actividades vinculadas con el terrorismo u organizaciones o grupos terroristas o que actúan en servicio o colaboración con los mismos. Para tal efecto el Juez tendrá en cuenta los informes e indicios que se expongan, así como los principios de necesidad y proporcionalidad. La vigilancia electrónica será supervisada por el Fiscal.

4. Cuando la Policía Nacional tome conocimiento de la infracción de las reglas de conducta o condiciones impuestas al liberado dará cuenta de inmediato con el parte respectivo a la autoridad judicial, fiscal o penitenciaria correspondiente, bajo responsabilidad.

Artículo 9.- Revocación de la liberación condicional.

1. La liberación condicional se revoca si el beneficiado incumple con las reglas de conducta o condiciones impuestas por el Juez Penal.

2. En el caso de nuevo delito doloso, la revocación se hace efectiva cuando el interno es condenado por el mismo, y es dictada por el órgano jurisdiccional que emite la segunda condena, el que debe tener a la vista el expediente de liberación condicional.

3. El interno al que se le revoque la liberación condicional no podrá volver a acogerse a dicho beneficio.

Artículo 10.- Registro de beneficiados por liberación condicional.

El Instituto Nacional Penitenciario mantendrá un registro actualizado de los beneficiados con liberación condicional que hayan sido condenados por delito de terrorismo en donde aparecerá anotada la información que determine el Reglamento".

IV. ANTECEDENTES

4.1. Argumentos de la demanda

Más de cinco mil ciudadanos (5186) representados por Walter Humala, interponen la presente demanda contra el Decreto Legislativo 921; artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 8º, 12º y Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 922; artículo 4º del Decreto Legislativo 923; Decreto Legislativo 924; Decreto Legislativo 925; artículos 1º, 2º, 4º y Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 926; y artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10º del Decreto Legislativo 927. Manifiestan que los decretos legislativos referidos contienen vicios de inconstitucionalidad, basándose en diversos argumentos.

4.2. Contestación de la demanda

Con fecha 16 de junio del 2006, la Procuraduría Pública del Estado a cargo de los Asuntos Judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda, contradiciéndola en todos sus extremos y solicitando que se declare infundada por, también, diversas consideraciones.

Luego de vista la causa en audiencia pública, y debidamente ponderados los argumentos de las partes, el Tribunal expide sentencia.

V. CUESTIONES CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

Por estimar importantes para el esclarecimiento de las disposiciones puestas en revisión, este Tribunal pondrá de relieve, en el decurso de la sentencia que ahora se emite, las siguientes cuestiones:

5.1 Sobre la revisión de la pena de cadena perpetua

5.1.1. ¿La revisión de la pena de cadena perpetua es acorde con el fin de la pena?

5.1.2. ¿La audiencia privada dispuesta en la revisión de la pena de la cadena perpetua, respecto al principio de publicidad judicial, supera el *test* de proporcionalidad y razonabilidad?

5.2. Sobre la reincidencia y el delito de terrorismo

5.2.1. ¿La configuración normativa de la noción de reincidencia establecida en el artículo 9° del Decreto Ley 25475 supone la identidad en el tipo penal?

5.2.2. ¿Cuál es el contenido del principio del *ne bis in idem*?

5.4.3. ¿La configuración normativa de la reincidencia colisiona con el principio del *ne bis in ídem*?

5.4.4. ¿La reincidencia es una causal agravante del delito?

5.4.5. ¿En qué consiste el principio de culpabilidad?

5.4.6. ¿En qué consiste el principio de proporcionalidad de las penas?

5.4.7. ¿Es proporcional y consistente con el principio de culpabilidad establecer como conducta reprobable agravante la reincidencia en el delito de terrorismo?

5.4.8. ¿Es proporcional en su variante de *prohibición o interdicción de exceso* y consistente frente al derecho a la igualdad establecer que la pena máxima de cadena perpetua se aplicará sólo al delito de terrorismo?

5.5. La restricción de la libertad

5.3.1. ¿De que forma se aprecia la restricción de la libertad entre la resolución de la anulación del juicio por traición a la patria y la apertura de uno nuevo por el delito de terrorismo en el marco normativo vigente?

5.6. Sobre al procedimiento de consulta antes de proceder a la excarcelación en caso de que el fiscal no formalice denuncia o el juez no abra instrucción

5.5.1. ¿En qué consiste el principio de independencia judicial?

5.6. Sobre la validez de las pruebas usadas en un proceso actuado frente a juez incompetente en el caso concreto

5.5.1 ¿Existe incompatibilidad entre lo dispuesto en la STC 00010-2002-AI/TC y lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto Legislativo 922?

5.7.2. ¿Es posible advertir en un proceso de inconstitucionalidad todas las ocurrencias posibles en la aplicación de una norma en los casos concretos?

5.8. Las reglas procesales para los procesos por delito de traición a la patria anulados

5.6.4 ¿En qué consiste el derecho a no ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos por la ley?

5.6.5 ¿El proceso predeterminado por ley está regido por el principio *tempus regis actum*?

5.6.6 ¿En que consiste la prohibición del avocamiento indebido con relación al principio de independencia judicial?

5.9. La lectura de la sentencia en ausencia del condenado

5.15.5. ¿Cuál es el contenido constitucional del derecho a la defensa?

5.15.6. ¿Cuál es la diferencia entre la contumacia y la ausencia?

5.15.7. ¿Cuáles son los límites del derecho a no ser condenado en ausencia?

5.16. La competencia de los jueces *razone materiae* distinta de los jueces *ad hoc* o de excepción

5.17. La configuración de la intervención de la procuraduría en el orden normativo procesal del proceso por terrorismo

5.18. Sobre el delito de apología del terrorismo

5.18.1. ¿El Tribunal declaró la inconstitucionalidad del delito de apología del terrorismo en la STC 00010-2002-AI/TC?
5.18.2. ¿Cuáles son los alcances del juicio constitucional respecto de la configuración legal de la política criminal y en especial del delito de apología de terrorismo?
5.19. El derecho a la opinión y la libertad de expresión
5.19.1. ¿Es proporcional la pena dispuesta para el delito de apología al terrorismo?
5.19.2. ¿Cuál es el concepto de pena compuesta y su distinción con la doble pena?
5.20. La colaboración eficaz
5.20.1. ¿Cuál es el contenido del derecho a la no autoincriminación?
5.20.2. La confesión sincera y la autonomía de la voluntad
5.21. El plazo razonable de la detención preventiva y los nuevos juicios por delito de terrorismo
5.22. Los beneficios penitenciarios
5.22.1. ¿Supera el *test* de proporcionalidad el tratamiento diferenciado respecto de los beneficios penitenciarios a los condenados por delito de terrorismo?
5.23. La vigilancia de los liberados
5.23.1. ¿Cuál es el contenido constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio?
5.23.2. La vigilancia electrónica y su relación con la autorización del el levantamiento del secreto de las comunicaciones del liberado.
5.23.3. ¿Cuál es el contenido constitucional del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones?
5.23.4. ¿Cuáles son los límites a la vigilancia electrónica del liberado?

VI. FUNDAMENTOS

6.1. IMPUGNACIONES DE FORMA

A) Alegato de los demandantes

1. Los demandantes sostienen que los Decretos Legislativos cuestionados son inconstitucionales por la forma porque regulan aspectos no contemplados por la ley autoritativa y por lo dispuesto en la STC 00010-2002-AI/TC.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública del Consejo de Ministros

2. La Procuradoría aduce que es facultad del Congreso de la República delegar facultades en el Poder Ejecutivo para legislar sobre determinadas materias, conforme lo establece el artículo 104° de la Constitución; que no es exacto que miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional hayan participado en la Comisión que se encargó de elaborar los proyectos de decretos legislativos; y que la Comisión nombrada por el Poder Ejecutivo no es la que adopta decisiones, sino que se limita a elaborar propuestas, lo que no viola el principio de separación de poderes.

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

3. El cuestionamiento aducido por los demandantes es infundado. En primer lugar, el Tribunal recuerda que de conformidad con el artículo 104° de la Ley Fundamental, el

Poder Ejecutivo sólo puede expedir decretos legislativos cuando así haya sido autorizado por una ley expedida por el Congreso, que es el titular de la función legislativa. Dicha ley autoritativa debe precisar la materia específica sobre la cual habrá de regularse, así como su plazo. Por tanto, una sentencia constitucional, como la STC 00010-2002-AI/TC, no está en capacidad de limitar el contenido de un Decreto Legislativo, como lo han sugerido los demandantes.

4. En segundo lugar, la designación de una Comisión *ad hoc* para elaborar proyectos legislativos y los especialistas que la puedan conformar, no es un tema vinculado con el significado constitucional del principio de separación de funciones en el Estado Democrático de Derecho. En efecto, las comisiones *ad hoc* que puedan conformarse con el objeto de preparar anteproyectos de textos legislativos, no tienen la capacidad de aprobarlos y menos de promulgarlos. Su labor se limita a proponer un anteproyecto de Decreto Legislativo, cuya aprobación y promulgación corresponde en última instancia al Poder Ejecutivo.

5. Desde esa perspectiva, es irrelevante, desde un punto de vista constitucional, que algunos de sus miembros pertenezcan a otros poderes públicos, pues su participación en dichas comisiones sólo lo es a título de especialistas, sin ningún poder de decisión.

6. En cuanto al argumento de que los decretos legislativos impugnados habrían regulado temas ajenos a lo previsto en la Ley autoritativa 27913, el Tribunal observa que, de conformidad con el artículo 1° de dicha Ley, se aprobó delegar

> "(...) facultades legislativas en el Poder Ejecutivo por el plazo de treinta días hábiles para que mediante decretos legislativos reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 010-2002-AI/TC), establecer los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2, 3 incisos b) y c), 4, 5 y 9 del Decreto Ley N° 25475, y finalmente a regular la forma y modo cómo se tramitarán las peticiones de nuevos procesos y los procesos mismos a que se refiere la antes citada sentencia, así como ordenar la legislación sobre terrorismo que mantiene vigencia, y legislar sobre derecho penal material, procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado relacionados con terrorismo".

El Tribunal toma nota de que, al amparo de dicha Ley 27913, se expidieron los siguientes decretos legislativos:

a) Decreto Legislativo 921, mediante el cual se establece el Régimen Jurídico de la Cadena Perpetua en la legislación nacional y el límite máximo de la pena para los delitos previstos en los artículos 2°, 3°, incisos "b" y "c", 4°, 5° y 9° del Decreto Ley 25475.
b) Decreto Legislativo 922, mediante el cual se regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria y además se establece normas sobre el proceso penal aplicable, conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 010-2002-AI/TC
c) Decreto Legislativo 923, mediante el cual se fortalece organizacional y funcionalmente la Defensa del Estado en delitos de terrorismo.

d) Decreto Legislativo 924, por el cual se agrega un párrafo al artículo 316° del Código Penal en materia de apología del delito de terrorismo.
e) Decreto Legislativo 925, que regula la colaboración eficaz en el delito de terrorismo.
f) Decreto Legislativo 926, que norma las anulaciones en los procesos por delito de terrorismo seguidos ante jueces y fiscales con identidad secreta y por aplicación de la prohibición de recusación.
g) Decreto Legislativo 927, mediante el cual se regula la ejecución penal en materia de delito de terrorismo.

El Tribunal observa que todos los decretos legislativos impugnados han regulado concretamente las materias a las que se refiere la Ley autoritativa 27913. Por tanto, considera que debe rechazarse este extremo de la pretensión.

6.2. IMPUGNACIONES DE FONDO

6.2.1. Presunta inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 921

A) Alegatos de los demandantes

7. Los demandantes cuestionan la constitucionalidad de los artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto Legislativo 921, que establece el régimen jurídico de la cadena perpetua en la legislación nacional y el límite máximo de la pena para los delitos previstos en los artículos 2°, 3°, incisos "b" y "c", 4°, 5° y 9° del Decreto Ley 25475. Según los recurrentes, el artículo 1° del referido Decreto Legislativo viola el principio de temporalidad de las penas, ya que consagra un internamiento indeterminado, sujeto a la libre y arbitraria decisión del órgano jurisdiccional. Consideran que viola, igualmente, el inciso 4) del artículo 139° de la Constitución, puesto que dispone que la revisión de la sentencia se realice en audiencia privada, lo que contraviene el principio de publicidad de los procesos.

8. Por otro lado, aducen que el artículo 3° del Decreto Legislativo 921, que penaliza la reincidencia con cadena perpetua, lesiona el principio *ne bis in ídem* (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito), y la prohibición de revivir procesos fenecidos; y representa un retorno al denominado "derecho penal de autor", lo que, a su vez, quebranta el derecho de igualdad ante la ley, puesto que sólo ha sido establecido para el delito de terrorismo y no para los demás delitos. Por último, alegan que los artículos 1° y 3° del Decreto Legislativo 921 reintroducen el régimen jurídico de la cadena perpetua, pese a que había sido derogado.

9. Así, en la medida que se declaró inconstitucional (mediante STC 0005-2001-AI/TC) el Decreto Legislativo 895, que modificó el artículo 29° del Código Penal, también este artículo quedó derogado y, por ende, la cadena perpetua; y que, con la STC 0010-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional "reintrodujo la cadena perpetua", la cual no se "hallaba prevista ya en la Parte General del Código Penal", vulnerándose el principio de retroactividad de la ley, establecido en el artículo 103° de la Constitución y el artículo 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues, a su juicio, el Decreto

Legislativo 921 es una nueva norma de derecho penal sustantivo que rige para después de su promulgación y publicación, y no antes.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

10. En cuanto a la regulación jurídica de la pena de cadena perpetua, sostiene que se ha expedido de conformidad con la STC 0010-2002-AI/TC del Tribunal Constitucional, en la cual se recomendó la introducción de un mecanismo de revisión de la condena semejante al que se incorporó en el Código de Ejecución Penal mediante Decreto Legislativo 921. Añade que se ha previsto la revisión luego de transcurridos 35 años de reclusión bajo el criterio de que ésta no es una pena indeterminada en el tiempo, lo que se adecua a las exigencias que impone el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución y el inciso 3) del artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para ello, señala, el inciso 4) del artículo 59° del Código de Ejecución Penal, modificado por el Decreto Legislativo 921, establece que se tendrá en consideración la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, a efectos de establecer si se han cumplido los fines del tratamiento penitenciario.

11. Sostiene, por otro lado, en lo referente a la audiencia privada para la revisión de la cadena perpetua, que ella no vulnera derecho alguno porque el artículo 139°, inciso 4), de la Carta Magna establece que la publicidad en los procesos se cumple salvo disposición contraria de la ley, lo cual permite la existencia de una regulación permisiva en contrario. En cuanto a la infracción del *ne bis in ídem* por el establecimiento de la reincidencia, refiere que en la STC 0010-2002-AI/TC el Tribunal declaró la conformidad constitucional del artículo 9° del Decreto Ley 25475; y que dicho precepto no es inconstitucional porque no se trata de un nuevo procesamiento por los mismos hechos, sino por otros distintos realizados posteriormente.

12. Finalmente, sostiene que no hay infracción del principio de irretroactividad de la ley penal porque, pese al vacío existente por la derogación del artículo 29° del Código Penal, la ausencia de una norma general sobre plazos máximos para las penas privativas de la libertad, en general, no deroga ni invalida la previsión específica contenida en determinadas normas en particular; y que una norma como el artículo 29° es meramente clasificatoria de las penas, no es por su virtud que éstas existen o pueden ser incorporadas a nuestro ordenamiento, de allí que el supuesto de la ausencia de un artículo como éste no es obstáculo para que cada disposición legal específica pueda determinar los plazos de las penas para los ilícitos penales que regule, sujetándose únicamente a las disposiciones constitucionales sobre la materia, ninguna de las cuales ha sido violada con la cadena perpetua.

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

§1. Constitución y cadena perpetua

13. En nuestro ordenamiento jurídico, las penas pueden ser de distintas clases: privativas de la libertad (entre ellas la de cadena perpetua), restrictivas de la libertad (expatriación y

expulsión), limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación) y la pena de multa. El Tribunal Constitucional estima que tras la impugnación de diversos artículos del Decreto Legislativo 921, los demandantes denuncian la constitucionalidad de la cadena perpetua. En esencia, los argumentos que se esgrimen se apoyan en las consideraciones que este Tribunal efectuó en la STC 0010-2002-AI/TC. En dicha sentencia, efectivamente, se sostuvo que la cadena perpetua era incompatible con los fines constitucionales de la pena, previstos en el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución, puesto que

> de las exigencias de "reeducación", "rehabilitación" y "reincorporación" como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.
> (...) La denominada "cadena perpetua", en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad[1].

14. Igualmente, se puso de relieve que la cadena perpetua lesionaba el principio-derecho de libertad, ya que

> (...) si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

15. Este Colegiado considera que la cadena perpetua es incompatible con el principio-derecho de dignidad humana, puesto que detrás de los fines constitucionales de la pena –reeducación, rehabilitación y reincorporación– también se encuentra necesariamente una concreción del derecho-principio de dignidad de la persona (artículo 1° de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal. Precisamente, dicho derecho-principio, en su dimensión negativa, impide que los seres humanos sean tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada persona, incluso la que delinque, debe ser considerada como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

[1] STC 0010-2002-AI/TC, fundamentos 182 y 183.

16. Por ello, la política de persecución criminal de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo[2]; es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su *status* en tanto tales, de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. Evidentemente, esta concepción no puede ser asumida dentro de un Estado que se funda, por un lado, en el derecho-principio de dignidad humana y, por otro lado, en el principio político democrático.

17. No obstante, ello no quiere decir tampoco que el Derecho penal constitucional se convierta en un Derecho penal "simbólico", sino que debe responder eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En ese sentido, la cadena perpetua, sin posibilidades de revisión, no es conforme con el derecho-principio de dignidad de la persona humana ni tampoco con los fines constitucionales de las penas. De ahí que la ejecución de política de persecución criminal del Estado se debe realizar, necesariamente, respetando los principios y valores constitucionales así como los derechos fundamentales de las personas. Precisamente, la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y en que en su seno las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes lo detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirlo.

18. Sin embargo, pese a todas estas consideraciones, el Tribunal Constitucional no declaró la inconstitucionalidad de la pena de cadena perpetua, bajo el criterio de que todas las objeciones que suscitaba su establecimiento en el sistema penal podían subsanarse si se introducía una serie de medidas que revirtieran su carácter intemporal. La sentencia que se dictó, por ello, fue de una de mera incompatibilidad, en la que únicamente se exhortaba al legislador para que realice las modificaciones legislativas pertinentes, haciendo hincapié en que

> (...) actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, (...) se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de

[2] JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. pp. 21 y ss.

> semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.
> En ese sentido, debe recordarse que el Estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo N.° 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua[3].

19. Se sugirió, igualmente, la posibilidad de que el legislador pueda

> (...) introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización[4].

para concluir en que,

> [e]n definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal (...).

20. Con posterioridad al dictado de la STC 0010-2002-AI/TC, mediante la Ley 27913 el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar mediante decretos legislativos, entre otros temas, la adecuación del régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto por este Tribunal en la referida STC 0010-2002-AI/TC. Este Colegiado advierte que, en mérito de dicha ley autoritativa, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto Legislativo 921, cuyo artículo 1° incorporó la institución de la revisión de la pena de cadena perpetua al cumplirse los 35 años de privación de libertad. Asimismo, el Tribunal observa que en virtud del artículo 4° del mismo Decreto Legislativo 921, se dispuso la incorporación de un Capítulo en el Código de Ejecución Penal, denominado "Revisión de la Pena de Cadena Perpetua", que tiene por finalidad precisar el procedimiento de dicha revisión.

21. Así, el Capítulo V establece que dicha pena será revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de libertad, para lo cual se someterá al interno a exámenes mentales y físicos y se formará un cuaderno, corriéndose traslado al Ministerio Público y a la parte civil. Se precisa además que, en audiencia privada, se actuarán las pruebas ofrecidas, se examinará al interno y el órgano jurisdiccional resolverá, atendiendo a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, a efectos de establecer si se han cumplido los fines del tratamiento penitenciario. El Tribunal Constitucional considera que el régimen jurídico de la cadena perpetua establecido en el Decreto Legislativo 921 ha salvado las objeciones de inconstitucionalidad y, por ello, cumple lo dispuesto en la STC 0010-2002-AI/TC. Y constata que el legislador ha introducido diversos mecanismos para hacer que una pena, *prima facie*, sin límites temporales, como la cadena perpetua, sea susceptible de devenir en temporalmente limitada a través del referido procedimiento de revisión.

---

[3] STC 0010-2002-AI/TC, fundamentos 191-192.
[4] STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 193.

Reserva de jurisdicción y revisión de la cadena perpetua

22. No obstante, debe enfatizarse que una de las impugnaciones que los demandantes hacen a la cadena perpetua no se relaciona tanto con el hecho de que se la mantenga en el ordenamiento penal, sino de que el procedimiento establecido en el Decreto Legislativo 921 habría dejado a la libre y arbitraria decisión del órgano jurisdiccional la posibilidad de declarar cumplida la pena. Desde la perspectiva de los demandantes, tal circunstancia no levantaría el cuestionamiento del Tribunal expresado en la STC 0010-2002-AI/TC, acerca de la ausencia de límites temporales de la cadena perpetua, por lo que debería declararse su inconstitucionalidad.

23. La objeción debe ser desestimada. En efecto, el Tribunal observa que la iniciación del procedimiento de revisión de la pena de cadena perpetua, transcurrido los 35 años de privación de la libertad, no supone, *per se*, que se cancele la pena. Al igual que lo que sucede con otros beneficios penitenciarios, el transcurso de dicho lapso de privación de la libertad sólo constituye el cumplimiento del supuesto legalmente previsto para que se dé inicio al procedimiento contemplado en el artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, siendo su concesión una posibilidad derivada del cumplimiento de los fines constitucionales de la pena, a cargo de la interpretación que el Juez Penal realice de la ley, de conformidad con lo resuelto en la STC 4220-2005PHC/TC.

24. En la sentencia precitada este Colegiado, recordando jurisprudencia precedente, reiteró que

> (...) la posibilidad de que el legislador autorice la concesión de determinados beneficios penitenciarios, (...) es compatible con los conceptos de reeducación y rehabilitación del penado. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que estos principios suponen, intrínsecamente, la posibilidad de que el legislador autorice que los penados, antes de que cumplan las penas que les fueron impuestas, recobren su libertad si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos (...) En efecto, si mediante los beneficios penitenciarios (...), se autoriza legalmente que la pena impuesta por un juez pueda eventualmente suspenderse antes de su total ejecución, tal autorización está condicionada a que los fines de la pena se hayan cumplido (...)[5].

25. Para determinar si los objetivos de la pena se han cumplido en los términos previstos por el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución, ciertamente, existe algún grado de discrecionalidad judicial, si es que por ella se entiende la existencia de un margen de apreciación jurídica que el ordenamiento delega en el Juez para que éste evalúe en cada caso concreto si se han cumplido las condiciones de rehabilitación y resocialización para conceder un beneficio penitenciario; lo cual, sin duda, comporta un mandato ineludible: la obligación del Juez de motivar su resolución aplicando al caso concreto la ley y la Constitución.

[5] STC 4220-2005-PHC/TC, fundamentos 3 y 4, respectivamente.

26. Por ello, con el propósito de que ese margen de apreciación no se desvíe del sentido constitucionalmente adecuado en el que debe ejercerse esta competencia judicial, se ha dispuesto también la formación de un expediente al cual debe adjuntarse una serie de documentos enumerados por el artículo 54° del Código de Ejecución Penal, como refiere el inciso 1) del artículo 59-A del mismo cuerpo de leyes, introducido por el artículo 4º del Decreto Legislativo 921; a ello debe sumarse el establecimiento de un parámetro que debe observar la decisión judicial, previsto en el inciso 4) del mismo artículo 59-A. Este dispositivo establece que

> (...) se tendrá en consideración las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno que permitan establecer que se han cumplido los fines del tratamiento penitenciario.

27. El Tribunal aprecia, igualmente, que algunos de los requisitos contemplados en el artículo 54° del Código de Ejecución Penal, como los relativos al certificado de conducta, cómputo laboral o estudio y grado de readaptación del interno de acuerdo a la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario, se encuentran orientados a permitir que el órgano jurisdiccional, en su momento, evalúe razonablemente si se han cumplido efectivamente los fines constitucionales de la pena y, luego, determine si debe mantenerse la condena o si, por el contrario, se declare cumplida, ordenándose la excarcelación del interno. Por ello es que este Colegiado concluye en que, en abstracto, no es inconstitucional el inciso 4) del artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, introducido por el artículo 4º del Decreto Legislativo 921; por lo que este extremo de la pretensión debe desestimarse.

Supuesta reintroducción de la cadena perpetua mediante el artículo 1º del Decreto Legislativo 921 y principio de irretroactividad de la ley penal

28. Dos son las observaciones que este Tribunal debe efectuar en torno a esta pretensión. En primer lugar, que la pena de cadena perpetua para el delito de terrorismo se encuentra contemplada en el artículo 3º del Decreto Ley 25475. Dicha pena no fue declarada inconstitucional por la STC 00010-2002-AI/TC. En aquella oportunidad, luego de advertir su incompatibilidad con la Ley Fundamental, este Tribunal se limitó a expedir una sentencia de mera incompatibilidad, exhortando al legislador para que realice las modificaciones legislativas a que hubiera lugar. En la misma STC 00010-2002-AI/TC, el Tribunal precisó que en una sentencia de este tipo se advierte

> (...) una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal [pero] el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado).

29. En segundo lugar, que mediante el Decreto Legislativo 895 se modificó el artículo 29° del Código Penal. Este Decreto Legislativo, a su vez, fue declarado inconstitucional, en su integridad, mediante la STC 0005-2001-AI/TC. En la medida que por la declaración de inconstitucionalidad no recobran su vigencia las normas derogadas o modificadas, el artículo 29° del Código Penal quedó sin efecto al día siguiente de la publicación de la STC 00005-2001-AI/TC en el diario oficial *El Peruano*. Sin embargo, a diferencia de lo

que sostienen los demandantes, tal declaración de inconstitucionalidad no tuvo como efecto secundario la expulsión de la cadena perpetua del ordenamiento jurídico peruano. En lo que ahora importa, con relación al delito de terrorismo, dicha pena estaba (y está) contemplada por el artículo 3º del Decreto Ley 25475.

30. Por tanto, este Colegiado no comparte el argumento de que la pena de cadena perpetua ha sido reintroducida por el Tribunal Constitucional (sic) con la STC 00010-2002-AI/TC. Tampoco que la misma pena haya sido reintroducida por el artículo 1º ó 3º del Decreto Legislativo 921. Igualmente, el Tribunal descarta la posibilidad de volverse a pronunciar en torno a la validez constitucional del artículo 3º del Decreto Ley 25475 y, en todo caso, se remite a las consideraciones expresadas en su oportunidad en la STC 0010-2002-AI/TC.

31. En lo que toca a la supuesta violación del principio de irretroactividad, las consideraciones precedentes respecto al artículo 1º del Decreto Legislativo 921 impiden considerar que esta sea así. Dicho precepto legal, en efecto, no contiene una pena para algún delito. Se limita a establecer el lapso mínimo que debe transcurrir para que una persona condenada a cadena perpetua pueda acogerse al beneficio penitenciario regulado en el Código de Ejecución Penal. En la medida que ella no regula la pena de ningún delito, es imposible jurídica y materialmente que pueda violar la prohibición de retroactividad a la que se refiere el artículo 103° de la Constitución Política del Estado.

32. En cuanto a la alegada violación del principio de irretroactividad de la ley penal por parte del artículo 3º del Decreto Legislativo 921, conviene anotar que el artículo 103° de la Constitución establece que

> "(...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo".

33. El artículo 3º del Decreto Legislativo 921 no tiene la vocación de aplicarse a hechos acaecidos durante el lapso que no estuvo vigente. Este dispositivo se limita a establecer que

> "La pena máxima establecida para la reincidencia contemplada en el artículo 9 del Decreto Ley Nº 25475 será cadena perpetua".

34. Su aplicación, por tanto, de conformidad con el artículo 103° de la Constitución, deberá realizarse para los hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia. Sin embargo, los demandantes objetan que el artículo 3º del Decreto Legislativo 921 pueda ser aplicado retroactivamente. Aquí conviene recordar que el problema de determinar cuál es la ley penal que regule la pena máxima para los diversos delitos vinculados con el terrorismo, no es uno que este Tribunal tenga que absolver en el seno de un proceso como el de inconstitucionalidad de las leyes, en el que no se discuten casos concretos. Tan sólo ha de recordar que para los hechos delictivos cometidos hasta el día anterior en que entró en vigencia el Decreto Legislativo 895, el régimen de la pena máxima aplicable era el que se encontraba regulado en el original artículo 29° del Código Penal.

35. A su vez, la pena máxima para los ilícitos cometidos desde el día en que entró en vigencia el Decreto Legislativo 895, hasta el día anterior en que entró en vigencia el Decreto Legislativo 921, será la mínima contemplada en el Decreto Ley N.º 25475. Es decir, en ese lapso, la pena mínima deberá entenderse también como la pena máxima, salvo que los tipos penales correspondientes del Decreto Ley 25475 contemplaran otra pena máxima, como sucede, por ejemplo, con la cadena perpetua. Al realizar estas apreciaciones, el Tribunal recuerda que simplemente se está limitando a precisar cuál es la ley aplicable en el tiempo, de modo que no constituyen criterios que, *ex novo* y en sustitución de una ley penal, se pueda estar estableciendo jurisprudencialmente. Por lo expuesto, el Tribunal considera que debe desestimarse este extremo de la pretensión.

Principio de publicidad judicial y audiencia privada en el procedimiento de revisión de la pena de cadena perpetua

36. Por otro lado, en cuanto al mismo procedimiento de revisión de la pena de cadena perpetua contemplado en el artículo 59-A del Código de Ejecución Penal, los recurrentes alegan que su inciso 3) violaría el artículo 139.4 de la Constitución Política del Estado. En concreto, que lesionaría el principio de publicidad de los procesos judiciales pues, a juicio de los recurrentes, se ha establecido que el procedimiento a seguirse para la revisión de la pena de cadena perpetua deba realizarse en una "audiencia privada", dentro de la cual se actuarán las pruebas ofrecidas, se examinará al interno, se formularán alegatos orales y se expedirá la resolución correspondiente.

37. El inciso 4) del artículo 139° de la Constitución establece lo siguiente:

> "Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
> Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
> (...)
> 4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley.
> Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos. (subrayado agregado).

38. Uno de los principios que informan y limitan el ejercicio de la función jurisdiccional, sin duda, es el principio de publicidad, establecido en el artículo 139.4 de la Ley Fundamental. Dicho principio no es sino la concreción del principio general de publicidad y transparencia al cual se encuentra sujeto la actividad de todos los poderes públicos en un sistema democrático y republicano de gobierno. En efecto, en una sociedad democrática y constitucional, la publicidad de la actuación de los poderes públicos debe entenderse como regla, mientras que la reserva o confidencialidad como excepción, que sólo se justifica en la necesidad de proteger otros principios y valores constitucionales así como los derechos fundamentales.

39. Precisamente, a través de esta disposición constitucional, el poder constituyente ha reservado la aplicación del principio de publicidad, como *conditio sine qua non*, para los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, para los delitos

cometidos por medio de la prensa y para los que se refieren a derechos fundamentales. No obstante, para los demás procesos judiciales, la aplicación del principio de reserva o confidencialidad puede ser establecido por el legislador; claro está, siempre que este principio se aplique con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, es decir que exista un fin constitucionalmente legítimo, además de que se garantice el respeto del derecho a la defensa y al debido proceso.

40. En ese sentido, el Tribunal Constitucional no comparte el cuestionamiento que realizan los demandantes del procedimiento de revisión de la cadena perpetua; por el contrario estima que es razonable y proporcional. En efecto, el hecho que el legislador haya previsto que tal revisión se realice en audiencia privada, *per se*, no comporta una violación del artículo 139º, inciso 4 de la Constitución, por varias razones. En primer lugar, porque no pone al interno en un estado de indefensión, en la medida que se ha previsto la actuación de las pruebas ofrecidas y las que el órgano jurisdiccional hubiera dispuesto.

41. En segundo lugar, porque el órgano jurisdiccional tiene la obligación de examinar al interno, lo que implica que dicho órgano valore, motivada y objetivamente, el grado de reeducación y resocialización del interno para su reincorporación a la sociedad; en tercer lugar, porque está prevista la intervención del Ministerio Público que, en nuestro ordenamiento constitucional, tiene el deber, según el artículo 159º inciso 2, de "[v]elar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia".

42. En cuarto lugar, se reconoce el derecho de impugnar la decisión del órgano jurisdiccional y no cierra la posibilidad de que, en caso de que se resuelva mantener la condena, el interno puede solicitar nuevamente la revisión de la pena; y, finalmente, porque así como existe un deber del Estado de proteger los derechos fundamentales –que no son derechos absolutos– también está en la obligación de tutelar otros bienes constitucionales, tales como la protección de la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución), frente a actos que conllevan a la comisión de delitos tan graves como el de terrorismo.

§2.Reincidencia y delitos de terrorismo

Análisis de constitucionalidad del artículo 9 del Decreto Ley N.º 25475

43. El análisis del artículo 9 del Decreto Ley N.° 25475, que incorpora la reincidencia como criterio para la determinación de las penas en los casos de delitos de terrorismo, implica determinar su correspondencia o contradicción con el principio *ne bis in idem*. Ello en razón de que constituye el cuestionamiento enarbolado por los demandantes. Estos cometidos se abordarán constitucionalmente, determinando, en primer lugar, la noción de reincidencia, los alcances de su configuración en el ordenamiento jurídico nacional y, en último término, el análisis de su incidencia en cada uno de los intereses constitucionales

que pudieren ser vulnerados. Esto permitirá conocer aquellas aristas que guarden arreglo constitucional y aquellas que no lo hagan.

La noción de reincidencia y sus alcances en el ordenamiento jurídico del Perú

44. La reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito y que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con miras a determinar la graduación de las penas. Por ello, se ha señalado que:

> (...) la reincidencia se ocupa de los problemas de las disposiciones legales que habilitan mayor poder punitivo en razón de que la persona, con anterioridad, haya sido condenada o sufrido pena por otro[6]

45. Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior. Dependiendo de la opción de política criminal de cada Estado, la reincidencia puede considerarse existente en cualquiera de estas dos situaciones: (1) cuando el imputado ha cumplido en su totalidad el tiempo de internamiento en que consiste la pena que se le impuso, o (2) bien cuando se ha cumplido cierto plazo de la misma, el cual es determinado por ley.

46. El artículo 9 del Decreto Ley 25475 establece concretamente que la reincidencia se configura cuando se ha cometido un "nuevo delito". Respecto a los alcances de esta terminología, existen dos posibles interpretaciones que obedecen, al igual que en el caso anterior, a dos tendencias de política criminal para delimitar el supuesto. La primera de ellas le otorgaría el sentido de que se trata de la perpetración del mismo delito por el cual se sancionó al individuo en un primer momento. La segunda entiende que se trata de un delito distinto al cometido por vez primera, es decir, que no es preciso que el segundo delito comparta con el primero la misma tipología penal.

47. Este Tribunal suscribe la primera propuesta, recurriendo a la aplicación de un método interpretativo sistemático por ubicación: el dispositivo analizado no se halla inserto dentro de un régimen general aplicable a toda clase de delitos, como es el caso de los dispositivos contenidos en el Título Preliminar del Código Penal, sino en una norma que tiene una específica materia de tratamiento, un Decreto Ley que versa sobre el delito de terrorismo. En tal sentido, se entenderá que la reincidencia se ha producido cuando existe identificación entre las tipologías penales del primer y segundo delito cometidos. Por lo tanto, y considerando los alcances del artículo 9 del Decreto Ley 25475, la figura de la reincidencia consiste en la nueva comisión del delito de terrorismo, producida dentro de los diez primeros años de cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta por la anterior comisión de este mismo delito.

48. Si se consideran los alcances del texto de la norma, se comprende que la reincidencia consiste en una calificación de la conducta delictiva, adicional a la calificación ya

[6] Zaffaroni, Eugenio R., *Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 1057.

prevista por el tipo penal. Esto quiere decir que ante la presunta realización de un delito, el juzgador evalúa, en un primer momento, si la conducta puede subsumirse en los elementos que conforman el tipo penal; si se produce dicha subsunción, la conducta es calificada con el *nomen iuris* que corresponde al delito (primera calificación). En un segundo momento, el juzgador evalúa nuevamente la conducta para establecer si califica o no como reincidencia, en función a la existencia de antecedentes del imputado por cometer anteriormente el mismo delito (segunda calificación). Una vez que se constata la comisión del delito y su carácter reincidente, se produce la atribución de la sanciones: una sanción por la comisión *per se* del delito y la agravación de dicha sanción como consecuencia de haberse identificado el carácter reincidente de la persona.

La reincidencia y el principio ne bis in ídem

49. Teniendo en cuenta que los demandantes denuncian la inconstitucionalidad de la reincidencia por atentar contra el principio *ne bis in ídem*, resulta imperioso conocer el contenido de este principio para luego contrastarlo con los alcances de la reincidencia, de modo que se pueda identificar la existencia de lesión sobre aquél. El principio de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, o principio *ne bis in ídem,* ha sido tratado por este Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC (fundamento 2) donde señaló que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, contemplado en el artículo 139°, numeral 3 de la Constitución. Esta pertenencia y dotación de contenido se produce en virtud a la aplicación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

50. En la referida sentencia, se sostuvo que el principio *ne bis in idem* ostenta una doble configuración: una de carácter material y otra de carácter sustantivo. La primera de ellas alude a la proscripción de que sobre un mismo sujeto recaigan dos sanciones respecto a un mismo hecho o conducta sancionable; mientras que la segunda alude a la prohibición de que se una persona sea objeto de dos procesos distintos respecto a un mismo hecho. Siendo que la reincidencia prevé posibilidad de agravar la pena por la comisión de un delito en caso de que existan antecedentes de su anterior consumación, corresponde centrar la atención en la primera configuración del principio materia de este apartado; esto es, la prohibición de la doble sanción respecto a un mismo hecho. Este Tribunal la ha desarrollado en el fundamento 3.a de la sentencia antes aludida, en los siguientes términos:

> 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 ídem* 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.° 0002-2001-AI/TC, fundamento 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 en un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.

51. Con tales alcances, debe enfatizarse que el análisis para determinar si el principio es objeto de vulneración debe circunscribirse a un solo acto delictivo y a un solo sujeto perpetrador. Si se constata que sobre el mismo sujeto y respecto a un mismo delito concurren las aplicaciones de dos penas, se configurará un supuesto de vulneración del principio *ne bis in ídem*. Pero no será así en el caso de que se trate de una pena con sanciones múltiples. Desde esta lógica, lo que comporta la reincidencia es la manera como se ha constatado anteriormente la agravación de la pena impuesta para un mismo acto delictivo y para un mismo sujeto, sobre la base de valorar la existencia de antecedentes de comisión del mismo delito en una oportunidad anterior.

52. El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración- no recibe una pena adicional ni una agravación de ésta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento- no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal. Atendiendo al razonamiento expuesto, este Tribunal considera que la consagración de la reincidencia como causal agravante de la pena atribuible al delito de terrorismo no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in ídem*. En este particular extremo, el artículo 9° del Decreto Ley 25475 no adolece de vicio de constitucionalidad.

La reincidencia y el principio de culpabilidad

53. El principio de la culpabilidad es uno de los pilares sobre los que descansa el Derecho Penal. Concretamente, constituye la justificación de la imposición de penas dentro del modelo represión que da sentido a nuestra legislación en materia penal y, consecuentemente, a la política de persecución criminal, en el marco del Estado constitucional. El principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió. La *reprobabilidad* del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado.

54. El principio de culpabilidad se materializa cuando concurren una serie de elementos:

> [e]n términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido[7]

55. Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad se engarza directamente con la reprobabilidad de una persona por cierto comportamiento, no con la sanción por aquella. La reprobación acarrea inevitablemente el establecimiento de una pena; evidente, por eso, es que existe entre ellas una estrecha ligazón. Pero esto no puede llevar a identificar o confundir una con otra, pues de lo contrario se estaría entrando al terreno del principio del *ne bis in idem*., que se refiere al tema de la sanción. La reprobación es una valoración de la conducta que se hace de modo aislado, mientras que la pena es un acto estatal sancionatorio.

56. El principio que se comenta no está expresamente recogido en el texto de la Constitución. Sin embargo, su existencia se desprende de otros principios sí consagrados. El primero de ellos es el principio de legalidad en materia penal, el cual es recogido en el literal "d" del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución. Su texto es el siguiente:

> "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".

57. Este Tribunal ha establecido en la sentencia recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC (fundamento 44 *et passim*) algunos de los alcances de este principio. Uno de ellos es el mandato de determinación legal del delito, por el cual éste debe ser claramente determinado por ley, de modo expreso e inequívoco *(lex certa),* evitando la promulgación de leyes que contemplen tipos penales con características poco definidas o abiertas, pudiendo existir un margen limitado de indeterminación como consecuencia de la propia naturaleza del lenguaje.

58. De lo vertido se desprende que –tipificado previa y claramente el delito y cometido éste- el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. Así, principio de legalidad penal restringe a la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal.

---

[7] Bacigalupo, Enrique. "Justicia Penal y Derechos Fundamentales", Marcial Pons, Madrid, 2002

59. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprobable al sujeto que lo realiza. En este aspecto se aprecia la convergencia entre el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad anteriormente descrito y que consiste en la calificación de reprobable que debe recaer sobre cierta conducta humana y su consecuente tipificación, para poder ser objeto de punición estatal. Por ello, al consagrarse expresamente el principio de legalidad, de modo implícito queda a su vez consagrado el principio de culpabilidad.

60. El segundo principio del que se deriva el principio de culpabilidad en el ordenamiento constitucional es el principio de proporcionalidad de las penas. Este Tribunal se ha expresado anteriormente sobre el tema en la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, (fundamento 138 *et passim*) señalando que el principio de proporcionalidad de las penas ha sido constitucionalizado en el artículo 200° de la Constitución, en su último párrafo. Este principio tiene implicancias en las diversas etapas del proceso dirigido a la imposición de una sanción penal, como son la determinación legal de la pena, la determinación judicial o, si corresponde, la determinación administrativa penitenciaria de la pena.

61. Dentro de ellos, el contexto relevante para efectos del cuestionamiento hecho por los accionantes es el de determinación de la pena, es decir, el momento en que el legislador genera una norma que establece un tipo penal y le impone un cierto tipo de sanción. En este escenario, el principio de proporcionalidad de las penas es una limitación dirigida al ejercicio de las facultades legislativas en materia penal, revelada como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable prevista por ley. Este principio ha sido descrito en la aludida sentencia (fundamentos 197 y 198) en los siguientes términos:

> En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer.
> (...)
> El Tribunal Constitucional considera que, en materia de determinación legal de la pena, la evaluación sobre su adecuación o no debe partir necesariamente de advertir que es potestad exclusiva del legislador (determinar), junto (con) los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprensibles, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, la proporción entre las conductas que pretende evitar, así como las penas con las que intenta conseguirlo. En efecto, en tales casos el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución.

62. En tal sentido, el principio de proporcionalidad significa que las penas establecidas por el legislador aplicables a las conductas delictivas no deberían ser tan onerosas que superen la propia gravedad del delito cometido, ni tan leves que signifiquen una infrapenalización de los delitos y una desvalorización de los bienes jurídicos protegidos que fueren afectados. Esto siempre en el marco constitucional de libre configuración que tiene el legislador. De este principio se deriva el principio de culpabilidad: toda pena debe guardar proporción y correspondencia con el nivel de reprobabilidad jurídica y social del acto sancionado, es decir, debe sancionar el acto en tanta dimensión como tan reprobable resulte el acto respecto a la persona responsable.

63. De este modo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con los principios de legalidad penal y de proporcionalidad de las penas, derivándose aquél de estos. En tal sentido, la constitucionalización de los últimos permite afirmar que el principio de culpabilidad se encuentra constitucionalizado y es un principio rector de nuestro ordenamiento jurídico. Corresponde, ahora, establecer si la reincidencia como factor a considerar para establecer la pena por delito de terrorismo vulnera el principio de culpabilidad.

64. Ha sido señalado que la reincidencia consiste en una circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado. El principio de culpabilidad clásico previsto para delitos comunes exige que el grado de reprobación de una persona por un acto ilícito sea configurado desde la valoración de tal acto y no otro. En virtud de este principio, el límite para saber qué conductas deben evaluarse y cuáles no, lo establece el propio tipo penal que subsuma la conducta. Esto acarrea la proscripción de evaluar circunstancias ajenas a la conductas descrita en el tipo penal, como podrían ser otros delitos anteriormente perpetrados.

65. Pero el principio de culpabilidad constitucional, que se configura para el delito de terrorismo, considera la figura de la reincidencia del siguiente modo: para determinar el grado de reprobabilidad de una persona respecto a un delito de terrorismo "A", la figura de la reincidencia faculta al juez evaluar otros delitos de terrorismo anteriormente cometidos, a los que llamaremos "B", para considerar el nivel de reprobabilidad de la conducta delictiva del procesado. Si el juez comprueba que existe "B", esto constituirá un elemento que agravará la reprobabilidad del delito "A", y la persona que lo ha cometido recibirá, por lo tanto, un nivel una reprobación mucho mayor al que le correspondería si se considerase el delito "A" de modo aislado.

66. Una interpretación constitucional del delito de terrorismo, contemplado en los artículos 2º inciso 24 literal "f", 37º, 140º y 173º de la Constitución, conduce a concluir que el principio de culpabilidad no puede ser evaluado aisladamente, sino en conjunto con otras conductas que forman parte de los antecedentes del inculpado, a fin de que se pondere de

modo proporcional el nivel de reprobabilidad que merece el procesado. Por tal argumento, el artículo 9 del Decreto Ley N° 25475, que consagra la reincidencia en materia de delito de terrorismo, es constitucional.

La reincidencia y el principio de proporcionalidad

67. Los demandantes afirman que artículo 3º del Decreto Legislativo 921, al prever que la pena máxima establecida para la reincidencia en el delito de terrorismo es la cadena perpetua, vulnera el derecho a la igualdad, en tanto que esto no ha sido previsto para los demás delitos. Si bien los demandantes plantean este argumento en términos del derecho a la igualdad, el Tribunal Constitucional advierte más bien que la cuestión de fondo, en este extremo, consiste en determinar si la intervención del legislador, al sancionar la reincidencia con la pena máxima de cadena perpetua, ha respetado o no el principio de proporcionalidad, lo que a continuación será objeto de análisis.

68. Es evidente que los comportamientos de las personas que se tipifiquen como delitos y el establecimiento de la pena que corresponda a ellos, constituirá una intervención en los derechos fundamentales por parte del legislador, por cuanto la Constitución reconoce, por un lado, el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2º inciso 24) el cual se concreta también en que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohibe. Esto no significa, sin embargo, que las intervenciones del legislador o las restricciones que recaigan en los derechos fundamentales sean ilimitadas o absolutamente abiertas, sino, por el contrario, deben de ser plenamente justificadas –proporcionales– respecto a la protección de otros derechos fundamentales o de otros bienes o valores constitucionales.

69. Siendo ello así, se debe aplicar en el control constitucional del artículo 3º del Decreto Legislativo 921 el principio de proporcionalidad, en su variante de *prohibición o interdicción de exceso,* a fin de determinar la legitimidad constitucional de la disposición antes aludida. En primer lugar, se debe efectuar el análisis a la luz del principio de idoneidad. Este subprincipio exige que la ley penal, dado que interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, tiene que ser idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo; lo cual exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.

70. A juicio de este Tribunal, el artículo 3º del Decreto Legislativo 921 cumple con el subprincipio de idoneidad. En efecto, el legislador ha previsto, a través de talñ dispositivo, un objetivo constitucionalmente legítimo si se considera que son deberes fundamentales del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, de acuerdo con el artículo 44º de la Constitución. Asimismo, es claro que existe una relación fáctica entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido.

71. En segundo lugar, el subprincipio de necesidad impone que la intervención del legislador en los derechos fundamentales, a través de la legislación penal, sea necesaria; esto es, que estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado. Desde esta perspectiva, cabe evaluar si es que el legislador debió advertir la existencia de otras alternativas igual de idóneas pero menos gravosas que la establecida en el artículo 3° del Decreto Legislativo 921. Este Tribunal estima la inexistencia de otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia del delito de terrorismo, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad– como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger.

72. En tercer lugar, el subprincipio de proporcionalidad, en sentido estricto, implica que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la libertad personal. Este Tribunal advierte que el artículo 3° del Decreto Legislativo 921 cumple también con este subprincipio. Y es que así como el Estado constitucional de Derecho tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal, del mismo modo tiene que asumir activamente un rol tutelar de otros bienes constitucionales, como la seguridad o la paz de los ciudadanos frente a delitos como el de terrorismo, que no sólo subvierte el orden público constitucional, sino que también afecta derechos fundamentales de las personas, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la paz, entre otros.

73. En ese sentido, cabe señalar que

> "[d]os aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su 'nocividad social'). (...) un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de 'nocividad social' del ataque al bien jurídico"[8].

74. La cuestión, por tanto, de si la adjudicación de una pena a una persona reincidente ha cumplido o no su finalidad, no es una cuestión ajena a la sociedad democrática. Ella tiene un interés sustancial en conocer si la ejecución de la pena ha cumplido con los objetivos perseguidos por el inciso 22) del artículo 139° de la Constitución. En definitiva, el Tribunal es de la opinión que la intervención del legislador en el derecho a la libertad personal, a través del artículo 3° del Decreto Legislativo 921, no infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de *prohibición o interdicción de exceso*; por lo que dicha disposición ha de ser considerada como constitucionalmente legítima.

---

[8] Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general.* Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 7.ª edición, 2005. p. 137.

6.2.2. Presunta inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 922

El derecho a formular peticiones y su presunta vulneración por el artículo 3º del Decreto Legislativo 922

A) Alegatos de los demandantes

75. Los demandantes afirman que el artículo 3° del Decreto Legislativo 922 es inconstitucional porque vulnera el derecho fundamental a formular peticiones. Sostienen que el Tribunal Constitucional precisó en el fundamento 230 (sic) de la STC 0010-2002-AI/TC, que los procesos judiciales llevados a cabo en el fuero militar, mediante los cuales se hubiese condenado a personas por delito de traición a la patria al amparo del Decreto Ley 25659, no quedaban automáticamente anulados por efectos de la referida sentencia, sino que una vez que el legislador regule el cauce procesal adecuado, la posibilidad de plantear un nuevo proceso penal estará condicionada a la previa petición del interesado.

76. No obstante ello, refieren, el artículo 3° del Decreto Legislativo 922 faculta a la Superior Sala declarar de oficio la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria seguidos ante la jurisdicción militar, así como sus respectivas sentencias, soslayando el derecho del interesado a poder solicitar la realización de nuevos procesos, e inobservando, así, el mandato de la sentencia precitada.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

77. La Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros sostiene que si bien en la STC 0010-2002-AI/TC el Tribunal dispuso que los nuevos procesos penales debían iniciarse a pedido de parte, sin embargo, se consideró como un acto de justicia que se declare la nulidad de todos los procesos y las sentencias dictadas en el fuero militar. Recuerda, asimismo, que no está en cuestión el derecho de petición, puesto que el nuevo juzgamiento ante los tribunales civiles debía realizarse por el delito de terrorismo y no por el de traición a la patria, que fue el que se juzgó ante los tribunales militares. En ese sentido, precisa que la persecución judicial de los delitos es una facultad del Estado.

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

78. El Tribunal estima que dos son las cuestiones que subyacen en esta pretensión de los demandantes. En primer lugar, que el hecho de no haber incluido en el artículo 3° del Decreto Legislativo 922 el requisito de la solicitud previa para la realización de nuevos procesos, incumpliría el fundamento 103 de la STC 0010-2002-AI/TC; y, en segundo lugar, que dicha omisión constituiría una violación del derecho de petición.

79. A) Sobre el primer aspecto, en el fundamento 103 de la STC 010-2002-AI/TC, este Tribunal consideró que, pese a la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones legales que autorizaban el juzgamiento de civiles por tribunales militares, así como de la invalidez del tipo penal de traición a la patria creado por el Decreto Ley 26569[9],

[9] STC 0010-2002-AI/TC, fundamentos 102 y 103.

> (...) la presente sentencia (0010-2002-AI/TC) no anula automáticamente los procesos judiciales donde se hubiera condenado por el delito de traición a la patria al amparo de los dispositivos del Decreto Ley N° 25659 declarados inconstitucionales. Tampoco se deriva de tal declaración de inconstitucionalidad que dichos sentenciados no puedan nuevamente ser juzgados por el delito de terrorismo, pues como expone este Tribunal en los fundamentos N° 36, 37 y 38, los mismos supuestos prohibidos por el Decreto Ley 25659 se encuentran regulados por el Decreto Ley 25475.
> En consecuencia, una vez que el legislador regule el cauce procesal señalado en el párrafo anterior, la posibilidad de plantear la realización de un nuevo proceso penal ha de estar condicionada en su realización a la previa petición del interesado[10].

80. Sin embargo, como refieren los demandantes, el Decreto Legislativo 922, mediante el cual se regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria y el proceso penal aplicable, en su artículo 3 estableció que:

> "Artículo 3.- Nulidad de las sentencias y del proceso penal militar.
> La [Superior Sala], progresivamente, en un plazo no mayor de sesenta días hábiles desde la vigencia del presente decreto legislativo, *por el sólo mérito de la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 010-2002-AI/TC, declarará la nulidad de la sentencia y del proceso seguido ante la jurisdicción militar por delito de traición a la patria, respecto de los condenados y por los hechos objeto de condena.* La nulidad se extenderá a los casos de acusados ausentes y contumaces por los hechos materia de acusación fiscal.
> Los autos de nulidad conforme a la parte resolutiva de la sentencia citada en el párrafo precedente, no tendrán como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes y la excarcelación sólo se producirá en los supuestos previstos en los artículos 5° y 6° del presente Decreto Legislativo o cuando el juez penal no dicte mandato de detención" (cursivas añadidas).

81. El Tribunal advierte que entre ambas fórmulas -la expresada por el Tribunal en la STC 0010-2002-AI/TC y la opción recogida por el legislador en el artículo 3° del Decreto Legislativo 922- existe, como han expresado los demandantes, una diferencia. Aprecia, igualmente, que la diferencia del tratamiento formulado por el legislador en el artículo 3° del Decreto Legislativo no está dirigido a enervar los alcances del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sino a introducir una regla procesal más favorable para todos aquellos que fueron condenados por el delito de traición a la patria contemplado en el Decreto Ley 26569, declarado inconstitucional.

82. Si el legislador estaba facultado, o no, para introducir una regla procesal más favorable, es una cuestión que este Tribunal ha de absolver afirmativamente recordando que las indicaciones y directrices que este Tribunal formula en una sentencia constitucional, como la expresada en la STC 0010-2002-AI/TC, son apenas pautas de cómo un problema de inconstitucionalidad puede ser solucionado por el legislador, ejercicio que se efectúa

[10] STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 103.

en el marco de la función de colaboración de la jurisdicción constitucional con la función legislativa, pues, como se sostuvo en la STC 00030-2005-AI/TC,

> Al comprender que la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, se comprende también que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, no su enemiga.
> El principio de separación de poderes, recogido en el artículo 43° de la Constitución, busca asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38°, 45° y 51°)[11].

83. Por ello, este Tribunal considera que, a no ser que en la misma sentencia se exprese que las exhortaciones formuladas constituyen las únicas alternativas que salvarían la situación de inconstitucionalidad advertida, en aquellas donde este Tribunal no lo haya declarado así, la solución que puede brindar el legislador al problema derivado de una sentencia de inconstitucionalidad (advertida o declarada) ha de adoptarse dentro del margen de discrecionalidad con que éste cuenta en el ejercicio de la función legislativa. Lo que quiere decir que si en la solución de un problema de inconstitucionalidad, además de la opción planteada por el Tribunal Constitucional, existen otros medios o medidas con las que pudiera remediarse tal situación y sean igualmente conformes con la Constitución, la adopción de alguna de ellos es una facultad que corresponde, en exclusiva, al legislador. Así las cosas, el Tribunal es de la opinión que la opción asumida por el artículo 3° del Decreto Legislativo 922 no puede considerarse como un incumplimiento de la STC 0010-2002-AI/TC.

84. B) El otro extremo de la pretensión está relacionado con la denuncia de violación del derecho de petición. Dicho derecho se encuentra reconocido por el inciso 20) del artículo 2° de la Constitución Política del Estado, según el cual

> "Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
> (...)
> 20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.
> Los miembros de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición".

85. En la STC 1042-2002-AA/TC este Tribunal ha delimitando el ámbito del derecho de petición, señalando que su contenido constitucionalmente protegido se halla compuesto por dos aspectos: el primero, la libertad de cualquier persona de formular pedidos ante la autoridad competente; el segundo, la obligación de la autoridad de otorgar una respuesta. De estos dos aspectos se despliegan, a su vez, un conjunto de derechos y obligaciones,

[11] STC 00030-2005-PI/TC, fundamentos 50-51.

entre los que se destacan los siguientes: a) facilitar los medios y eliminar las trabas innecesarias o absurdas para que la persona ejercite el derecho; b) abstenerse de cualquier modo de sanción al peticionante por el solo hecho de ejercer el derecho; c) admitir a trámite el petitorio; d) resolver en el plazo legal que corresponda, fundamentando la decisión; y e) notificar debidamente de la decisión al peticionante[12].

86. Desde esta perspectiva, el derecho de petición se hace efectivo con la formulación de la petición, encontrándose la administración obligada únicamente a recibirla y dar respuesta a ella, en la medida que su contenido constitucional consiste en la libertad y el derecho de formular una solicitud ante la autoridad pública, cuya decisión en cuanto a su otorgamiento es graciable, esto es, queda sujeta a la discrecionalidad de la autoridad requerida. Como se sostuvo en la STC 1578-2005-PA/TC,

> (...) el derecho de petición ha sido configurado como una facultad constitucional que se ejerce individual o colectivamente, y que no se encuentra vinculado con la existencia en sí de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que necesariamente origina la petición". Por tanto, el derecho de petición se puede otorgar graciosamente, pues está sujeto a la consideración discrecional dentro de un ámbito competencial de cualquier órgano investido de autoridad pública, situación que no se presenta en el caso de autos"[13].

87. Así precisado el contenido constitucionalmente protegido del derecho de petición, la cuestión de si la decisión adoptada por el legislador bajo el margen de discrecionalidad al que antes se ha hecho referencia, impide que los procesados y sentenciados por el delito de traición a la patria conforme al Decreto Ley 26569, puedan ejercer el referido derecho de petición, ha de resolverse en forma negativa. No sólo en razón de los argumentos a los que antes se ha hecho referencia sobre la validez de la decisión legislativa contemplada en el artículo 3° del Decreto Legislativo 922, sino también en atención a que la realización de un nuevo juzgamiento (esta vez por el delito de terrorismo y ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria), no se deriva del ejercicio (o no) del derecho de petición que puedan hacer los que hubieran resultado perjudicados con la aplicación de las disposiciones legislativas declaradas inconstitucionales por la STC 0010-2002-AI/TC.

88. Como se ha expresado en la contestación de la demanda, un proceso judicial realizado ante tribunales incompetentes y sobre la base de una ley penal incompatible con la Ley Fundamental es un proceso nulo, cuya declaración como tal tiene la virtualidad de reabrir la capacidad del Estado para ejercer el *ius puniendi* mediante sus órganos constitucionalmente facultados para ello. Ciertamente, la iniciación de un nuevo proceso penal, luego de la declaración de nulidad de otro previo, no está sujeta a la voluntad del procesado. Éste tiene el derecho de ser juzgado conforme a un proceso que respete las reglas del debido proceso. Al Estado le corresponde, en cambio, ejercer el *ius puniendi* si es que se hubieran lesionado bienes jurídicos tutelados por la ley penal. Por tanto, en la medida que el artículo 3° del Decreto Legislativo 922 no constituye una intervención en

[12] STC 1042-2002-AA/TC, fundamento 2.2.4.
[13] STC 1578-2005-PA/TC, fundamento 3.

el ámbito constitucionalmente declarado del derecho de petición, el Tribunal considera que también este extremo de la pretensión debe desestimarse.

Presunta violación de la libertad personal por el artículo 3°, segundo párrafo, y por el artículo 4° del Decreto Legislativo 922

A) Alegatos de los demandantes

89. Los recurrentes sostienen que el segundo párrafo del artículo 3° del Decreto Legislativo conculca el derecho a la libertad individual garantizado por el artículo 2.24. b) de la Constitución. Dicho párrafo dispone que:

> "(...) Los autos de nulidad conforme a la parte resolutiva de la sentencia citada en el párrafo precedente, no tendrán como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes y la excarcelación sólo se producirá en los supuestos previstos en los artículos 5° y 6° del presente Decreto Legislativo o cuando el juez penal no dicte mandato de detención".

90. A juicio de los recurrentes, se vulnera la libertad individual puesto que no obstante que el precepto en mención anula la sentencia y el proceso seguido ante la jurisdicción militar, sin embargo, impide la libertad de las personas inconstitucionalmente privadas de su libertad. Igualmente, consideran que es inconstitucional el artículo 4° del mismo Decreto Legislativo porque dispone que el plazo límite de detención se inicia a partir del auto de apertura de instrucción del nuevo proceso; y que, con ello, no se toma en cuenta el tiempo que una persona ha estado privada de su libertad por virtud de un proceso que era nulo de pleno derecho.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

91. Al contestar la demanda, la Procuradoría no se pronuncia sobre las objeciones realizadas al segundo párrafo del artículo 3° del Decreto Legislativo 922. En lo que se refiere al cuestionamiento del artículo 4° del mismo cuerpo de leyes, sostiene que dicha limitación se sustenta en la disposición expuesta en la sentencia del Tribunal Constitucional, en la última parte del fallo.

92. Igualmente, precisa que no existe la violación del precepto constitucional invocado porque tal dispositivo no restringe la libertad personal, sino más bien establece parámetros cuyo objeto es computar la concesión de beneficios penitenciarios; y que dicha fórmula legal se sustenta en los efectos de anulación de actos procesales y de la instauración de un nuevo proceso, debiéndose considerar que la *ratio legis* del artículo 137° del Código de Procedimientos Penales es fijar límites en el tiempo a la tramitación de un proceso penal. Añade que en el caso, se trata de nuevos procesos penales, por lo que su plazo inicial debe considerarse desde su instauración[14].

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

[14] Escrito de contestación de la demanda, folios 20.

93. Los demandantes aducen que el segundo párrafo del artículo 3º del Decreto Legislativo 922 transgrede el ordinal b) del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución. Dicho precepto constitucional establece que:

> "Toda persona tiene derecho
> (...)
> 24. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:
> (...)
> b) No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidos la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas".

94. El Tribunal advierte que el problema constitucional planteado por los recurrentes, según el cual pese a haberse anulado un proceso "seguido ante la jurisdicción militar por haber sido inconstitucional, sin embargo, (se) impide la libertad de las personas inconstitucionalmente privadas de su libertad" (sic), no se deriva directamente del segundo párrafo del artículo 3º del Decreto Legislativo 922, sino de las normas (sentidos interpretativos) que se derivan de su articulación con el artículo 5º del mismo Decreto Legislativo 922, a tenor del cual

> "Declarada la nulidad, se remitirá el expediente al Fiscal Provincial Penal Especializado en el plazo de veinticuatro horas. El Fiscal dentro del plazo de tres días, se pronunciará formalizando o no denuncia ante el Juez Penal Especializado. Si no formaliza denuncia, la resolución inmediatamente se elevará en consulta al Fiscal Superior, quien se pronunciará sin trámite alguno en el plazo de cuarentiocho horas y, si es aprobada, se procederá a la excarcelación inmediata".

95. El derecho a la libertad personal se encuentra reconocido por el inciso 24) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, en los siguientes términos:

> "Toda persona tiene derecho:
> 24. A la libertad y seguridad personales (...)"

96. Dicho derecho garantiza a todos, nacionales o extranjeros, no sufrir injerencias ilegales o arbitrarias en su libertad física que puedan perturbar el desarrollo de su vida individual, familiar o social. El ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal no es ajeno a la existencia de límites, es decir, de restricciones a su ejercicio derivadas del propio contenido del derecho o de sus relaciones con otros bienes constitucionalmente protegidos. Consolidada es la jurisprudencia de este Tribunal que refrenda este criterio, que se decanta claramente de una noción absolutista e irrestricta en el ejercicio de los derechos, que entrañaría la quiebra previsible de los bienes y principios que a la Constitución fundamentan.

97. Como se ha visto ya, el ordinal "b" del artículo 2.24 de la Constitución prohíbe las restricciones de la libertad personal que se ejecuten con violación de la reserva de ley que dicho dispositivo consagra. Cualquier restricción, en efecto, sólo se ha de realizar en los casos "previstos por la ley" y de conformidad con el procedimiento en ella contemplado. Sin embargo, el derecho a la libertad personal no solo prohíbe las restricciones al margen

de la ley; también proscribe las restricciones arbitrarias. Una restricción deviene en arbitraria cuando, a pesar de haberse efectuado por un supuesto contemplado en la ley y de conformidad con el procedimiento que ella indica, es irrazonable o desproporcionada en su configuración y/o aplicación.

98. En el caso de la interpretación conjunta del segundo párrafo del artículo 3º con el artículo 5º del Decreto Legislativo 922, el Tribunal advierte que el legislador ha contemplado un supuesto fáctico de restricción de la libertad de una persona durante el lapso que va desde que se produce la anulación del proceso inválido y se inicia uno nuevo, en el que eventualmente se puede dictar también un nuevo mandato de detención. La cuestión de si dicha restricción es inconstitucional por violar el ordinal "b" del artículo 2.24 de la Constitución, el Tribunal ha de absolverla negativamente. A tal efecto, este Tribunal subraya que una restricción de la libertad personal como la prevista por las disposiciones impugnadas, no puede considerarse como un supuesto de restricción ilegal por, entre otras, las siguientes razones.

99. Por un lado, porque, como los propios demandantes han argumentado en la demanda, dicho supuesto de restricción se encuentra contemplado en una fuente legal, como el Decreto Legislativo 922, que tiene rango de ley. Dicha circunstancia satisface, de suyo, las exigencias del principio de reserva de ley que consagra el ordinal "b" del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución.

100. Por otro, porque se trata de una norma con rango de ley que no es incompatible con el mandato previsto en el tercer párrafo del ordinal "f" del artículo 2.24 de la Ley Fundamental, puesto que, como se ha expresado anteriormente, la restricción se prolonga por un lapso que no excede los 7 días. En el párrafo tercero precitado del texto constitucional se prevé que, en casos de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas, la restricción se puede prolongar hasta por 15 días. La delimitación temporal de la duración de la detención (inferior a los 15 días) dota a la norma de razonabilidad y proporcionalidad, pues no desborda los márgenes que acota la Constitución.

101. Finalmente, y no menos importante, porque el supuesto de restricción de la libertad personal no tiene una ocurrencia aberrante y contraria a la legislación supranacional en materia de derechos fundamentales. Así, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 7°, desarrolla las restricciones que autoriza respecto de los derechos y libertades que consagra (léase libertad personal). Conviene, al efecto, advertir que

> (...) según la Convención [art. 29.a)] es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de uno cualquiera de los derechos proclamados por ella. En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los Estados (art. 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y

supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención [arts. 16.3, 29.a) y 30][15].

102. En cuanto a si la restricción bajo análisis constituye una limitación arbitraria de la libertad, el Tribunal hace notar, de un lado, que en el proceso abstracto de inconstitucionalidad de las leyes no se efectúa un control concreto de los actos que se pudieran haber realizado en la aplicación de la ley; y de otro, desde un punto de vista abstracto, que la situación de restricción de la libertad en la que queda una persona tras la declaración de nulidad de los procesos a los que se refiere el artículo 3º del Decreto Legislativo 922, es una consecuencia de haberse procesado penalmente en el fuero militar, debiendo desarrollarse en el proceso común.

103. Una situación sin duda excepcional como la descrita en el párrafo anterior requería de un tratamiento *ad hoc* por parte del legislador, que atendiera a la singularidad fáctica suscitada y que, por ello, tuviese como impulso normativo **la naturaleza de las cosas**, como así se contempla en el artículo 103 de la Ley Fundamental. En la STC 0001-2003-AI/TC, sobre este tema, el Tribunal señaló que

> (...) La cosa (a la que se refiere el artículo 103 de la Constitución) no puede ser vista como un objeto físico, sino como todo elemento vinculado a la juridicidad: inmanente pero real; objetivo pero intrínsecamente vinculado a las relaciones interpersonales. [Ella] es, pues, la materia del Derecho y, por tanto, puede aludir a una relación jurídica, un instituto jurídico, una institución jurídica o simplemente un derecho, un principio, un valor o un bien con relevancia jurídica.
>
> De otro lado, la materia jurídica es poseedora de un dinamismo en orden a su trascendencia. Dicho dinamismo surge desde su contenido o sustancia y se proyecta hacia su finalidad. La "naturaleza" de la "cosa" está informada tanto de su contenido como de su finalidad.
>
> 8. [Esta] naturaleza (...), se encuentra inserta en una realidad social que puede tender hacia la disfuncionalidad de la cosa, esto es, a desvirtuar su finalidad. En estos casos, el orden constitucional debe permitir a la ley incidir en aquella realidad de hecho y componer la funcionalidad de la naturaleza de las cosas. Así pues, cuando el artículo 103° de la Carta Fundamental estipula que pueden expedirse leyes especiales "porque así lo exige la naturaleza de las cosas", no hace sino reclamar la razonabilidad objetiva que debe fundamentar toda ley, incluso, desde luego, las leyes especiales. Respetando el criterio de razonabilidad legal, el Estado queda facultado para desvincular a la ley de su vocación por la generalidad y hacerla ingresar en una necesaria y razonable singularidad. Necesaria, porque está llamada a recomponer un orden social que tiende a desvirtuarse, y razonable, porque se fundamenta en un elemento objetivo, a saber, la naturaleza de las cosas.

104. La "cosa" regulada por las disposiciones impugnadas es la situación jurídica en la que se encuentra una persona como consecuencia de haberse declarado la nulidad del proceso

[15] Ventura, Manuel E. y Zovatto, Daniel: *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios 1982-1987*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Civitas. Madrid. 1989, p. 202.

penal al que fue sometida, y su contenido y finalidad son los de garantizar bienes y principios constitucionales que pudieran resultar afectados por el rebrote de prácticas subversivas, y/o que se frustre el ejercicio legítimo del *ius puniendi* estatal sobre personas que han sido encontradas responsables del delito de terrorismo, aunque su juzgamiento haya sido realizado ante juez incompetente y sin las garantías que informan el derecho al debido proceso. Por tanto, en la medida que las disposiciones impugnadas no son irrazonables, el Tribunal considera que éstas no constituyen un supuesto de restricción inconstitucional de la libertad personal, por lo que este extremo de la demanda debe desestimarse.

6.2.3. Presunta inconstitucionalidad de la consulta prevista en los artículos 5º y 6º del Decreto Legislativo 922

A) Alegatos de los demandantes

105. Los demandantes alegan que los artículos 5º y 6º del Decreto Legislativo 922 son incompatibles con el artículo 146°, inciso 1), de la Constitución Política del Perú, ya que obligan a que se efectúe una consulta previa al superior para la excarcelación, si el fiscal no denuncia y si el juez no abre instrucción. El artículo 5º del Decreto Legislativo 922 establece que:

> "Declarada la nulidad, se remitirá el expediente al Fiscal Provincial Penal Especializado en el plazo de veinticuatro horas. El Fiscal, dentro del plazo de tres días, se pronunciará formalizando o no denuncia ante el Juez Penal Especializado. Si no formaliza denuncia, la resolución inmediatamente se elevará en consulta al Fiscal Superior, quien se pronunciará sin trámite alguno en el plazo de cuarentiocho horas (...)".

106. Por su parte, el artículo 6º del mismo Decreto Legislativo 922 prevé que:

> "El Juez Penal, dentro del plazo de tres días de formalizada la denuncia dictará la resolución que corresponda de conformidad con el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales.
> La resolución que deniega la apertura de instrucción se elevará en consulta inmediatamente (...)".

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

107. La Procuradoría aduce que en los preceptos impugnados no existe vicio de inconstitucionalidad que afecte la autonomía de la función jurisdiccional que tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público son órganos jerárquicamente estructurados, y que las decisiones de carácter jurisdiccional son susceptibles de ser revisadas por una instancia superior. Precisa, además, que un procedimiento de consulta semejante, en torno a determinadas materias, se encuentra también previsto en el Código Procesal Civil, disposición que conforme lo establece la Primera Disposición Complementaria y Final del mismo cuerpo de leyes, se aplica supletoriamente a los demás ordenamientos procesales.

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

108. El Tribunal observa que la consulta establecida en los artículos 5º y 6º del Decreto Legislativo 922 supone la introducción de un mecanismo excepcional de revisión de lo resuelto por un órgano jurisdiccional de inferior grado por uno superior, sin que medie la interposición de un medio impugnatorio. Su establecimiento es un requisito legal que impide que lo decidido por el Fiscal Provincial o, a su turno, por el Juez Penal de Primera Instancia, no cause ejecutoria, sino hasta que éste sea revisado oficiosamente por una autoridad jurisdiccional jerárquicamente superior.

109. El Tribunal aprecia también que el establecimiento de este mecanismo de consulta se ha previsto como una medida excepcional frente a un delito tan grave para la sociedad democrática como, en efecto, lo es el delito de terrorismo. En el marco del Estado Constitucional de Derecho es legítimo que ante ilícitos de tal envergadura, el ordenamiento procesal se asegure que la decisión jurisdiccional de no enjuiciar determinados hechos, antes de causar ejecutoria, pase por el tamiz de una revisión por un órgano jurisdiccional superior. Su finalidad no puede ser otra que la de evaluar si la decisión jurisdiccional de las instancias inferiores se ha sustentado en una debida interpretación y aplicación de la ley penal.

110. Si el establecimiento de dicho instituto procesal viola o no el principio de independencia judicial, es una cuestión que este Tribunal debe absolver teniendo en cuenta el contenido constitucionalmente garantizado de dicho principio, consagrado por el inciso 1) del artículo 146° de la Constitución Política del Estado, según el cual

> "(...) El Estado garantiza a los magistrados judiciales:
> 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y a la l ey",

y el inciso 2) del artículo 139° de la misma Ley Fundamental

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

111. A tal efecto, el Tribunal recuerda que, en diversas oportunidades, ha destacado la capital importancia del principio de independencia judicial en una sociedad democrática. Su efectividad no sólo es una garantía, orgánica y funcional, a favor de los órganos y funcionarios a quienes se ha confiado la prestación de tutela jurisdiccional, sino que constituye también un componente esencial del modelo constitucional de proceso diseñado por la Constitución.

112. La independencia, en su acepción constitucional clásica, no es sino la ausencia de vinculación del funcionario jurisdiccional con la orden de otro cualquiera en el ejercicio de su función jurisdiccional. Asimismo, se expresa también como la imposibilidad de que las decisiones judiciales sean revisadas, a excepción de que lo sean por otro juez o Tribunal mediante los medios que legalmente se hayan podido prever. En ese sentido, el Tribunal ha declarado que

> La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y

haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley (...).

El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial *per se*, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia[16].

113. Igualmente, el Tribunal ha destacado la necesidad de individualizar dos dimensiones en el principio de independencia jurisdiccional, y cuyos alcances han sido últimamente sido expuestos en la STC 0004-2006-AI/TC, de la siguiente manera:

(...) que el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones:

a) Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta.

En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía, entre otros casos.

(...)

b) Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el principio de independencia judicial prohibe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una

[16] STC 0023-2003-AI/TC, fundamentos 28, 29, 31 y 33; últimamente, STC 0004-2006-AI/TC, fundamento 17.

> determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio, las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho, o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.
> (...)[17].

114. En aquella ocasión el Tribunal circunscribió la posibilidad de que una instancia judicial superior revise lo decidido por un órgano inferior, al hecho de que su competencia se habilite por la interposición de un medio impugnatorio. Tal declaración, sin embargo, no puede entenderse como que, fuera de los medios impugnatorios, el legislador procesal no pueda propiciar la revisión de una decisión judicial a través de otros instrumentos procesales. Desde que la Constitución no establece cuáles puedan ser los medios para propiciar la revisión por una instancia superior de la decisión efectuada por una inferior, el Tribunal considera que el legislador tiene libertad para configurar los instrumentos procesales que estime pertinente para ello, sin más límite que el respeto de otros derechos fundamentales.

115. El principio de independencia judicial prohíbe, sí, que esos otros medios puedan constituir instrumentos de sometimiento de los jueces inferiores. El instituto de la consulta, previsto en los artículos 5º y 6º del Decreto Legislativo 922, no tiene esa finalidad encubierta. Su objeto es permitir que el órgano jurisdiccional superior revise si el derecho fue debidamente interpretado y aplicado por las instancias de menor grado, y que, en aquellos casos en los que considere que no se ha obrado correctamente, disponer que se rectifique sobre la base de estrictas consideraciones jurídicas. Por lo expuesto, el Tribunal es de la opinión que este extremo de la pretensión también debe desestimarse.

6.2.4. Presunta inconstitucionalidad del artículo 8º del Decreto Legislativo 922

A) Alegatos de los demandantes

116. Los demandantes consideran que el artículo 8º del Decreto Legislativo 922 viola el derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Dicho artículo 8º del Decreto Legislativo 922 establece que:

> "En los nuevos procesos instaurados conforme al presente Decreto Legislativo será de aplicación el fundamento jurídico Nº. 160 de la sentencia del Tribunal Constitucional.
> Los elementos probatorios, sin perjuicio del derecho de contradicción que asiste a las partes, serán valorados con arreglo al criterio de conciencia conforme al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, entre otros:
> 1. Los dictámenes o informes técnicos o periciales, los documentos y los informes solicitados a entidades públicas o privadas.
> 2. Las actas de las declaraciones de los arrepentidos llevadas a cabo de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley Nº. 25499 y su Reglamento.

[17] STC 0004-2006-AI/TC, fundamentos 18 y 19, respectivamente.

> 3. Los actos de constatación documentados insertos en el Atestado Policial, tales como las actas de incautación, de registro, de hallazgo, de inspección técnico policial, entre otros.
> 4. Las manifestaciones prestadas ante la Policía, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62 y 72 del Código de Procedimientos Penales".

117. A su juicio, tal violación se produciría porque el Decreto Legislativo 922 ha dispuesto que en los nuevos procesos se aplique el fundamento 160 de la sentencia del Tribunal Constitucional, el cual refiere que: "Las pruebas actuadas con los procesos ante la jurisdicción militar no resultan viciadas o inutilizables por el hecho de que se haya violado el derecho al juez competente". Arguyen que de este modo se da validez a pruebas nulas y que el Decreto Legislativo 922 es, por ello, inconstitucional, ya que avala esta aberración jurídica que contraviene el principio de legalidad de la prueba, que en la doctrina tiene su sustento en la teoría del "fruto del árbol envenenado", acogido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lori Berenson contra la República del Perú.

118. Asimismo, según los demandantes, es improcedente e inmoral que para el hallazgo de la verdad se tenga que recurrir a la versión de delincuentes, es decir de quienes se encuentran arrepentidos luego de reconocer que han cometido un delito, y que "esto lo hacen para lograr inclusive la exención o remisión de la pena" (sic). Aducen que, con ello, el Poder Judicial está consagrando la impunidad[18]. Igualmente, sostienen que las manifestaciones prestadas ante la Policía carecen de valor por imperativo del ordinal "h" del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución, dado que se obtuvieron mediante la tortura física y sicológica y, en muchos casos, se efectuaron durante la vigencia del artículo 6º del Decreto Ley 25659, que impedía a los detenidos o procesados por delito de terrorismo o traición a la patria acceder a las acciones de garantía. Añaden que el artículo 12.F sólo autorizaba la intervención del abogado defensor a partir del momento en que el detenido rendía su manifestación policial, y que, antes de ello, se encontraba en total indefensión, por lo que finalmente era sometido a todo tipo de torturas.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

119. La Procuradoría señala que el artículo 8º del Decreto Legislativo 922 se sujeta al criterio establecido en los fundamentos 157 y 159 de la STC 0010-2002-AI/TC, donde se precisa que las pruebas actuadas en los procesos cuya nulidad se declaró,

> (...) recibirán el mérito que las reglas de la sana crítica y el criterio de conciencia del juzgador les asigne, al igual que todas las demás que se actúen en los procesos[19].

C) Apreciaciones del Tribunal Constitucional

[18] Escrito de demanda, folios 55.
[19] Escrito de contestación de la demanda, folios 21 del escrito.

Manifestación ante la Policía Nacional del Perú

120. El Tribunal Constitucional toma nota que entre las diversas disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo 922, los demandantes han cuestionado directamente la contemplada en el inciso 4) del referido artículo 8º, que se refiere a las manifestaciones prestadas ante la Policía. Sin embargo, observa que cuando se ha argumentado acerca de los vicios de inconstitucionalidad que tendría dicho inciso 4) del artículo 8º del Decreto Legislativo 922, en esencia, se ha hecho referencia a que las manifestaciones prestadas ante la Policía Nacional del Perú se habrían practicado bajo determinadas situaciones fácticas. En los términos expresados por los recurrentes, "(...) bajo tortura física y psicológica, y sin que se haya permitido que los manifestantes prestaran sus declaraciones en presencia de su abogado defensor".

121. El Tribunal Constitucional recuerda que en el seno del proceso de inconstitucionalidad no se resuelve si un acto concreto de aplicación de una norma con rango de ley se ha efectuado con violación de derechos fundamentales, sino si la disposición legal impugnada (en este caso, el inciso 4) del artículo 8º del Decreto Legislativo 922) es compatible, o no, con la Ley Fundamental del Estado. Así, por ejemplo, en la STC 00020-2005-PI/TC, este Tribunal recordó que

> Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes y las normas con rango de ley. En él, quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, *prima facie*, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino `la defensa de la Constitución como norma jurídica suprema'[20].

122. En la misma STC 00020-2005-PI/TC, el Tribunal advirtió que esa dimensión esencialmente objetiva del proceso de inconstitucionalidad no impedía reconocer en él la existencia de una dimensión subjetiva,

> (...) en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del CPConst[21].

123. Sin embargo, al identificar dicha dimensión subjetiva, inmediatamente el Tribunal advirtió que ello no terminaba por convertir a este proceso de inconstitucionalidad en uno dentro del cual se pueda evaluar los actos de aplicación de leyes pues, en cualquier caso, la protección de derechos fundamentales se conseguía mediatamente, mediante el impedimento de su aplicación como consecuencia de su declaración de inconstitucionalidad:

> (...) no puede olvidarse (...) que aunque el control concentrado de las normas tiene una finalidad inmediata, que es defender la supremacía normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan, tiene, como fin mediato, impedir su aplicación, es decir,

[20] STC 00020-2005-PI/TC, fundamento 16.
[21] STC 00020-2005-PI/TC, fundamento 16.

> impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos. Pudiendo, incluso, en determinados casos, declarar la nulidad de aplicaciones pasadas[22].

124. Por ello, ante la imposibilidad de realizar un análisis concreto y caso por caso respecto a si las declaraciones prestadas ante la Policía Nacional del Perú se efectuaron bajo torturas físicas o psicológicas, o sin contarse con el asesoramiento de un abogado defensor, el Tribunal se ve en la necesidad de volver a recordar su doctrina establecida en el fundamento 157 de la STC 0010-2002-AI/TC, sentada a propósito del atestado policial, y que es perfectamente aplicable al caso de las manifestaciones prestadas ante la Policía Nacional del Perú contempladas en el inciso 4) del artículo 8º del Decreto Legislativo 922, según la cual

> (...) el atestado policial no tiene, ni ha tenido en el pasado, el carácter de prueba plena. Excepcionalmente, el artículo 62 del mismo cuerpo adjetivo (Código de Procedimientos Penales) le ha conferido la calidad de elemento probatorio, siempre que en la investigación policial hubiera intervenido el representante del Ministerio Público, en cuyo caso su apreciación se sujeta a la norma anteriormente citada.

125. La norma a la que se hacía referencia en el fundamento 157 de la STC 0010-2002-AI/TC, es el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, a propósito del cual se sostuvo que:

> En nuestro ordenamiento interno, y concretamente, en el proceso penal, no existe el sistema de la prueba tasada o prueba plena, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, existe la libertad de apreciación por el Juez de todas las pruebas, la que deberá efectuarse bajo el criterio de conciencia[23].

126. Igualmente, el Tribunal recuerda que cualquier elemento probatorio obtenido a partir de la violación de derechos fundamentales carece de valor, pues, como también se afirmó en la STC 0010-2002-AI/TC,

> La validez o invalidez de una fuente de prueba depende exclusivamente de que su obtención se haya llevado a cabo con estricto respeto de los derechos fundamentales[24].

127. Por lo demás, de la disposición prevista en el inciso 4) del artículo 8º del Decreto Legislativo 922 no se infiere ningún sentido interpretativo del cual se concluya que la manifestación prestada ante la Policía Nacional del Perú resulta válida aun cuando haya sido realizada con violación de derechos fundamentales. Por tanto, el Tribunal considera que también debe desestimarse este extremo de la pretensión.

---

[22] STC 00020-2005-PI/TC, fundamento 17.
[23] STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 156 "b".
[24] STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 162.

Validez de las pruebas actuadas ante la jurisdicción militar

128. Por otro lado, tras la denuncia de inconstitucionalidad del artículo 8° del Decreto Legislativo 921, sobre la base del argumento de que las pruebas actuadas en los procesos seguidos ante la jurisdicción militar son nulas por haberse violado el derecho al juez predeterminado por la ley, el Tribunal Constitucional advierte que los demandantes persiguen cuestionar los criterios que se expusieron en la STC 0010-2002-AI/TC. En aquella sentencia, este Tribunal observó que

> (...) en los casos que corresponda, (...) las pruebas actuadas en los procesos ante la jurisdicción militar no resultan viciadas o inutilizables por el hecho de que se haya violado el derecho al juez competente. En efecto, la eventual lesión de tal derecho constitucional no afecta de manera automática la validez de los medios de prueba que hubiesen sido recopilados o actuados antes de que se declare la existencia de ese vicio[25].

129. Tal criterio se afirmó luego de destacarse la diferencia entre "fuentes de prueba" y "medio de prueba":

> (...) mientras (...) las primeras son realidades extra procesales cuya existencia es independiente al proceso, los segundos son actos procesales y por ende constituyen una realidad interna del proceso. De este modo las fuentes de prueba ingresan al proceso para dar lugar a los medios de prueba, pero la nulidad del proceso, dada la diferenciación recién expuesta, sólo puede acarrear la invalidez de los medios de prueba, es decir, la proposición, admisión, práctica y valoración de las pruebas en el proceso, pero no la invalidez de las fuentes de prueba (...)[26].

130. El Tribunal también observa que al expedirse el Decreto Legislativo 922, mediante el cual se regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria y además se establecen normas sobre el proceso penal aplicable, el legislador dispuso en el artículo 8° del Decreto Legislativo 922 que,

> "En los nuevos procesos instaurados conforme al presente Decreto Legislativo será de aplicación el fundamento jurídico N°. 160 de la sentencia del Tribunal Constitucional (...)".

131. Igualmente, toma nota de que en el segundo párrafo del mismo artículo 8° del Decreto Legislativo 922,

> [según el cual "Los elementos probatorios, sin perjuicio del derecho de contradicción que asiste a las partes, serán valorados con arreglo al criterio de conciencia conforme al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales (...)]",

el legislador reprodujo el criterio general sentado por este Tribunal en el fundamento 156 "b" de la STC 0010-2002-AI/TC, al que antes se ha hecho referencia.

132. En mérito a dichas razones, y a las que en su momento se sostuvieron en la STC 0010-2002-AI/TC, en lo que concierne a las fuentes de prueba y la validez de su actuación en

[25] STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 160.
[26] STC 0010-2002-AI/TC, fundamento 162.

los nuevos procesos que se sigan como consecuencia de la declaración de nulidad de los procesos seguidos por el delito de traición a la patria, el Tribunal Constitucional es de la opinión que también debe desestimarse este extremo de la pretensión.

Validez de las declaraciones de los arrepentidos

133. Por otro lado, se ha objetado también la constitucionalidad del artículo 8.2 del Decreto Legislativo 922, según el cual:

> "En los nuevos procesos instaurados conforme al presente Decreto Legislativo será de aplicación el fundamento jurídico N°. 160 de la sentencia del Tribunal Constitucional.
> Los elementos probatorios, sin perjuicio del derecho de contradicción que asiste a las partes, serán valorados con arreglo al criterio de conciencia conforme al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, entre otros:
> (...)
> 2. Las actas de las declaraciones de los arrepentidos llevadas a cabo de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley N°. 25499 y su Reglamento".

134. El Tribunal observa que un cuestionamiento semejante se ha efectuado al impugnarse también diversas disposiciones del Decreto Legislativo 925. En esa medida, el Tribunal se pronunciará sobre la constitucionalidad de la disposición aquí puesta en cuestión cuando analice las referidas disposiciones del Decreto Legislativo 925.

Presunta inconstitucionalidad del artículo 12° del Decreto Legislativo 922 por violar el derecho a no ser desviado del procedimiento predeterminado por la ley, el derecho de ser asistido por un defensor, a no ser condenado en ausencia y al juez predeterminado por la ley

A) Alegatos de los demandantes

135. Los demandantes sostienen que el artículo 12° del Decreto Legislativo 922 transgrede el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución y, concretamente, el derecho a no ser desviado del procedimiento predeterminado por la ley.

136. En esencia, consideran que se viola dicho precepto constitucional porque en el artículo 12° del Decreto Legislativo 912 se establecen nuevas reglas procesales específicas para los procesos anulados, consignándose medidas limitativas de derecho, incomunicación en sede policial, investigaciones policiales complementarias, facultades disciplinarias, restricciones a la publicidad de la audiencia que, en conjunto, configuran un procedimiento distinto al que se aplica en el fuero común y que viola el debido proceso; asimismo, aducen que la norma faculta al juez, pese a haberse iniciado el proceso, a ordenar a la Policía la realización de investigaciones complementarias, contraviniendo la Constitución cuando dispone en el artículo 139.2 que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional; que, de este modo, se autoriza la existencia de investigaciones paralelas, una a cargo del juez y otra a cargo de la Policía, que incluso puede realizar hallazgos, aseguramiento de documentos, etc.; y que lo más grave es la vulneración del derecho de defensa cuando se conmina con sanciones al

abogado defensor y cuando se autoriza la sentencia en ausencia, violándose flagrantemente el artículo 139.12 de la Constitución.

137. Finalmente, arguyen que la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 922 y su artículo 2º, autorizan la creación de órganos jurisdiccionales de excepción, lo que viola los artículos 139.3 y 143° de la Constitución Política del Estado.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

138. La Procuradoría expresa que la disposición impugnada no viola el derecho de defensa; que las sanciones allí contempladas se enmarcan en las facultades disciplinarias de los jueces; que no existe juzgamiento en ausencia sino únicamente la posibilidad de que se dé lectura a la sentencia en ausencia del procesado, pero con la presencia de su abogado defensor en caso de grave alteración del orden en la audiencia; y que de ninguna manera comporta el juicio en sí mismo, que es lo que debe protegerse, con asistencia personal y directa del procesado y su defensa. Por otro lado, en mérito a diversos precedentes del Tribunal Constitucional, señala que no hay violación del derecho al juez predeterminado por la ley por el hecho de que el juzgamiento del delito de terrorismo se haya centralizado en órganos jurisdiccionales especializados.

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

139. El segundo párrafo del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución prescribe que

> "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción no por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

140. El Tribunal Constitucional recuerda que en dicho párrafo constitucional se encuentran reconocidos dos derechos fundamentales distintos, cada uno con un contenido constitucionalmente protegido también distinto. Por un lado, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley -también denominado derecho al juez preconstituido por ley o, incorrectamente, derecho al juez natural- y, por otro, el derecho a no ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos por la ley.

141. Respecto al contenido constitucionalmente declarado de éste último derecho, el Tribunal ha destacado que

> (...) éste no garantiza que se respeten todas y cada una de las reglas del procedimiento que se hayan establecido en la ley, de modo que cada vez que éstas se hayan infringido sea posible, desde un punto de vista sustancial, su protección en sede constitucional. En la STC 2928-2002-HC/TC, en efecto, precisamos que éste "no protege al sometido a un procedimiento por cualquier transgresión de ese procedimiento, sino sólo vela porque las normas de procedimiento con las que se inició su investigación, no sean alteradas o modificadas con posterioridad" (fundamento 3).
>
> Ciertamente, el ámbito constitucionalmente garantizado de este derecho no se orienta a impedir que, en abstracto, el legislador pueda modificar o alterar las reglas que regulan la realización del proceso judicial. La discrecionalidad

> legislativa con la que cuenta el Congreso de la República para diseñar, en lo que aquí interesa, los procesos judiciales ordinarios, no tiene más límites que el modelo constitucional del proceso y el respeto de los derechos fundamentales procesales que se hayan reconocido en la Constitución. De modo que no existiendo un derecho a la petrificación de las reglas a las que está sometido un procedimiento judicial, la garantía que éste ofrece es que, de producirse una modificación del procedimiento judicial, su aplicación no devenga en arbitraria (...)[27].

142. La cuestión de cuándo la aplicación de una modificación legislativa a las reglas del proceso judicial puede devenir en arbitraria, por irrazonable o desproporcionada, es una que este Tribunal se ha negado a establecer en abstracto y con carácter general; y ha reclamado, en cambio, la necesidad de realizar un análisis en función de cada caso concreto. Aún así, ha recordado también que al encontrarse garantizado el hecho de que una persona sea sometida a un proceso bajo reglas procesales previamente determinadas, dicho derecho

> (...) proscribe (...) que una persona pueda ser juzgada bajo reglas procesales *ad hoc* o dictadas en atención a determinados sujetos procesales[28].

143. No es esa la situación jurídica del artículo 12° del Decreto Legislativo 922. Las reglas procesales que en él se establecen no han sido contempladas en forma *ad hoc* para el enjuiciamiento de una persona en particular, sino para ser aplicadas en el juzgamiento de un tipo especial de delito, como es el de terrorismo. El Tribunal aprecia, igualmente, que esas reglas procesales aplicables para los procesos que se sigan por el delito de terrorismo tienen, *in suo ordine*, carácter general.

144. Frente a la objeción, como parece desprenderse de la demanda, de que tales reglas no deberían aplicarse a los procesos que se inicien como consecuencia de la declaración de nulidad de los procesos por traición a la patria, sino que deben aplicarse las que estuvieron vigentes en el momento en que se cometieron los hechos por los que se juzgan, el Tribunal ha de recordar que un planteamiento de esa naturaleza ha sido constantemente rechazado en su jurisprudencia.

145. La aplicación del principio *tempus dilicti comissi*, que late en un argumento de esa naturaleza, ha sido circunscrita por este Tribunal al caso de normas sancionatorias, y no para el caso de normas procesales, para las que rige el principio *tempus regis actum*. Así, por ejemplo, en la STC 2822-2004-HC/TC, el Tribunal recordó que, a su vez, en la STC 01594-2003-HC/TC, se estableció

> (...) que no son de aplicación retroactiva las disposiciones que tienen carácter sancionador, como, por ejemplo, las que tipifican infracciones, establecen sanciones o presupuestos para su imposición, o las restrictivas o limitativas de derechos. La aplicación de la norma vigente al momento de la comisión del hecho delictivo constituye, en efecto, una consecuencia del principio de legalidad penal, en su variante de *lex praevia*. La exigencia de ley previa

[27] STC 2298-2005-AA/TC, fundamentos 6 y 7, respectivamente.
[28] STC 1600-2004-AA/TC, fundamento 4.

constituye una garantía emergente de la propia cláusula del Estado de derecho conforme a lo dispuesto por él artículo 43° de la Constitución, que permite al ciudadano conocer el contenido de la prohibición y las consecuencias jurídicas de sus actos. En cambio, tratándose de disposiciones de carácter procesal, ya sea en el plano jurisdiccional o netamente administrativo penitenciario, el criterio a regir, con las especificaciones que más adelante se detallarán, es el de la eficacia inmediata de la ley procesal".

6. Siendo que aquello que se discute no es la aplicación de una ley penal material sino de una ley penal procesal, no rige el principio *tempus dilicti comissi*, sólo aplicable al derecho penal material, pues "(...) el problema de la ley aplicable en el tiempo (...) [a normas de derecho penal procesal] ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley, proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento (...), no debe aplicarse (...)". (Fundamentos 9 y 10, STC 2196-2002-HC/TC)".

146. Demás está decir que un supuesto como al que se hacía referencia en la última parte de la STC 2822-2004-HC/TC, relativo a una eventual modificación de una regla procesal, ya iniciado un proceso, no es aplicable al supuesto contemplado por el artículo 12° del Decreto Legislativo 922, que contempla, conforme dispone su artículo 1°, que

"(...) las normas aplicables a la nulidad de los procesos por traición a la patria derivados de la sentencia del Tribunal Constitucional Expediente 010-2002-AI/TC, además, las reglas de competencia y reglas procesales específicas aplicables a los nuevos procesos, así como la revisión de las penas y adecuación del tipo penal en el caso del artículo 316 segundo párrafo del Código Penal y el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475".

147. Por estas consideraciones, el Tribunal es de la opinión que el artículo 12° del Decreto Legislativo 922 no es incompatible con el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado y, *mutatis mutandis*, tampoco es incompatible con el principio de irretroactividad de las leyes.

Investigación policial y avocamiento de causas pendientes ante el Poder Judicial

148. Por otro lado, se ha cuestionado que el artículo 12.3 del Decreto Legislativo 922 transgreda el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 139 de la Ley Fundamental. El referido artículo 12.3 del Decreto Legislativo 922 dispone que:

"3. Iniciado el proceso penal, el Juez Penal podrá ordenar a la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional, bajo la conducción del Ministerio Público, la realización de investigaciones complementarias sobre puntos específicos materia de la instrucción o para el hallazgo y, en su caso, aseguramiento de documentos o de pruebas practicadas por la propia Policía u otro órgano del Estado, fijando el plazo correspondiente, a cuya culminación deberá elevar un Informe documentado conteniendo todas las diligencias que hubiera realizado. Las partes podrán intervenir en las diligencias practicadas por la Policía y tendrán acceso a las actuaciones complementarias realizadas".

149. Entre tanto, el artículo 139.2 de la Constitución, en su parte pertinente, dispone que:

> "(...) Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones (...)".

Dicho párrafo del artículo 139.2 de la Ley Fundamental contiene dos normas prohibitivas. Por un lado, la proscripción de avocarse el conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional; y, de otro, la interdicción de interferir en el ejercicio de la función confiada al Poder Judicial.

150. Por lo que hace al avocamiento, en su significado constitucionalmente prohibido, consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel. La prohibición de un avocamiento semejante es una de las garantías que se derivan del principio de independencia judicial, puesto que como este Tribunal recordó en la STC 00023-2003-AI/TC,

> (...) El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso" [fundamento 26. Cf. igualmente, STC 0004-2006-AI/TC, fundamentos 17-18].

151. En efecto, el principio de independencia judicial no sólo exige la ausencia de vínculos de sujeción o de imposición de directivas políticas por parte de los otros poderes públicos o sociales, sino también la imposibilidad de aceptar intromisiones en el conocimiento de los casos y controversias que son de conocimiento del Poder Judicial. Pero, de otro lado, la prohibición del avocamiento de causas pendientes ante el Poder Judicial también es una garantía compenetrada con el derecho al juez predeterminado por la ley, cuyo contenido constitucionalmente declarado excluye que una persona pueda ser juzgada por órganos que no ejerzan funciones jurisdiccionales o que, ejerciéndolas, no tengan competencia previamente determinada en la ley para conocer de un caso o controversia.

152. Por ello, la cuestión de si el artículo 12.3 del Decreto Legislativo 922 afecta la prohibición del avocamiento de causas pendientes ante el Poder Judicial, el Tribunal ha de absolverla en forma negativa. A tal efecto, el Tribunal recuerda que de conformidad con la Ley 27238, Ley de la Policía Nacional, entre las finalidades fundamentales de la Policía Nacional del Perú, a la cual pertenece la Dirección contra el Terrorismo, se encuentra la prevención, investigación y combate de la delincuencia. Con tal propósito, se ha previsto, entre otras funciones, las de

> "(...) Cumplir con los mandatos escritos del Poder Judicial (...) en el ejercicio de sus funciones" (art. 7, inciso 10 de la Ley 27238)

así como

"Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución y las leyes" (art. 7, inciso 16 de la Ley Nº. 27238)

153. La función confiada por el artículo 12.3 del Decreto Legislativo 922 se inserta dentro de las funciones que puede ser confiada a la Policía Nacional. En ese sentido, el Tribunal aprecia que la realización de investigaciones complementarias a cargo de la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional, y confiadas por un órgano judicial que se ha dispuesto por el referido artículo 12.3 del Decreto Legislativo 922, no constituye ni comporta la posibilidad de que el juzgamiento por el delito de terrorismo se efectúe por dicha institución policial.

154. Como en la disposición impugnada se indica, ésta sólo alcanza a la investigación de "puntos específicos materia de la instrucción", o "el hallazgo y, en su caso, aseguramiento de documentos o de pruebas practicadas por la propia Policía u otro órgano del Estado" que son materia de instrucción en el proceso penal, y que, por lo mismo, se realiza bajo la conducción del Ministerio Público, para cuyo desarrollo se ha previsto el acceso de las partes en las diligencias que se practiquen. Dado que realizar investigaciones o asegurar documentos o pruebas, por encargo del Juez Penal no puede ingresar dentro de la prohibición de avocamiento de causas pendientes, el Tribunal considera que también este extremo de la pretensión debe ser desestimado.

Derecho de defensa y prohibición de dictar sentencia en ausencia

155. Por otro lado, también se ha alegado que el artículo 12.7 del Decreto Legislativo 922 viola los derechos de defensa y a la prohibición de sentenciar en ausencia del procesado, reconocidos en el artículo 139°, incisos 12) y 14) de la Constitución. Las disposiciones del artículo 12° del referido Decreto Legislativo 922 vinculadas con los motivos impugnatorios expuestos, son las siguientes:

"(...)
9. Facultad disciplinaria de la Sala Penal.
a. Corresponde a la Sala mantener el orden y el respeto durante la audiencia (...).
Si el defensor es el expulsado, será reemplazado por el que se designe en ese acto o en su caso por el de oficio.
(...)
b. La inasistencia del defensor del acusado a dos sesiones consecutivas no frustrará el juicio oral (...).
c. El acusado [tendrá el derecho de exponer] lo que estime conveniente a su defensa [el] tiempo (...) fijado (...). En caso de incumplimiento podrá darse por terminada su exposición y, en caso grave, disponerse se le desaloje (...). En este último supuesto, la sentencia podrá leerse no estando presente el acusado pero estando su defensor o el nombrado de oficio (...)".

156. Por lo que hace al derecho de defensa, el Tribunal observa que el artículo 139°, inciso 14 de la Constitución, reconoce como derecho de todo justiciable, el de

"(...) no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un

defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad".

157. El Tribunal tiene dicho que la observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un proceso debido, propio de una democracia constitucional, que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia. Este derecho garantiza que un justiciable no quede en estado de indefensión en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, como se expresa en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

158. Entre los atributos que éste garantiza, se encuentra el derecho de todo procesado a elegir libremente a un abogado defensor y a ser asistido por éste, además de poderse comunicar libre y privadamente con él. Tal atributo tiene un fin instrumental, pues con su libre ejercicio se permite que una persona sometida a una investigación penal tenga la oportunidad dialéctica de alegar y justificar, técnica y procesalmente, los cargos que se le imputan en el proceso.

159. En el caso de los ordinales "a" y "b" del artículo 12.9 del Decreto Legislativo 922, el Tribunal advierte que ellos contemplan la posibilidad de que, en ejercicio de sus facultades disciplinarias, la Sala Penal pueda expulsar de la audiencia a un abogado defensor a fin de preservar el orden y el respeto durante una audiencia judicial, y disponer su reemplazo por el que designe el acusado o por un abogado de oficio; y, a su vez, que determine su relevo, en caso no asistiese tres ocasiones consecutivas, por un defensor de oficio o por otro que nombre el acusado.

160. Advierte el Tribunal que una medida así constituye una limitación del derecho a ser asistido por un abogado defensor de libre elección. Pero, como en innumerables oportunidades se ha advertido, la limitación de un derecho no es sinónimo de su violación. Los derechos fundamentales (y, entre ellos, el derecho aquí en cuestión) no son absolutos. Pueden ser restringidos cuando así lo demande la necesidad de armonizar su ejercicio con otros derechos fundamentales y/o bienes constitucionalmente relevantes[29].

161. El Tribunal observa que en una medida de esta naturaleza existen fines constitucionales que se buscan optimizar. En el caso del ordinal "a" del artículo 12.9, esa finalidad no es otra que la de garantizar que la prestación de tutela jurisdiccional, a cargo de la Sala Penal, se realice adecuada y eficazmente. A su vez, en el caso del ordinal "b", la finalidad es evitar que se frustre el ejercicio del *ius puniendi* estatal y, adicionalmente, que se preste de modo pronto y eficaz, la tutela jurisdiccional.

162. En cualquiera de ambos casos, las disposiciones impugnadas no prevén que, en supuestos como los allí descritos, el acusado se quede sin la posibilidad de tener asistencia letrada

[29] Cf. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Öcalan contra Turquía, sentencia del 12 de marzo de 2003, párrafo 140.

para su defensa. Ambas disposiciones prevén, en efecto, que, producida la expulsión o, a su turno, determinado el relevo del abogado defensor, por no asistir en tres ocasiones, será el mismo acusado quien nombre libremente a un nuevo abogado defensor, y si es que no lo hace, el Estado le proporcionará uno de oficio, pues de conformidad con el ordinal "e" del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos,

> "(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
> (...)
> e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley".

163. El Tribunal, por la propia naturaleza objetiva del proceso de inconstitucionalidad, no puede determinar en abstracto si en el momento de su aplicación ambas disposiciones puedan ser interpretadas y aplicadas de manera contraria al significado de este derecho fundamental. Tal posibilidad siempre existe. Pero la eventualidad de una aplicación así, es decir, prescindiendo de los alcances de los principios *pro homine* y de proporcionalidad, no determina la invalidez constitucional de las disposiciones impugnadas. Y es que la sola posibilidad de no quedar privado de contar con defensa legal no llega a constituir una violación de este derecho, como *mutatis mutandis*, se puede desprender de la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresada en el Caso Castillo Páez c/. Perú [párrafo 79]. Por tanto, el Tribunal es de la opinión que este extremo de la pretensión debe rechazarse.

Derecho a no ser condenado en ausencia

164. Se aduce también que el ordinal "c" del artículo 12.9 del Decreto Legislativo 922 viola el artículo 139.12 de la Ley Fundamental, ya que posibilita que la Sala Penal pueda leer una sentencia condenatoria en ausencia del acusado, en circunstancias excepcionales como las allí contempladas. El artículo 139.12 de la Constitución reconoce, como principio y derecho de la función jurisdiccional,

> "El principio de no ser condenado en ausencia".

165. La prohibición de que se pueda condenar *in absentia* es una garantía típica del derecho al debido proceso penal. Es el corolario de una serie de garantías vinculadas con el derecho de defensa que tiene todo acusado en un proceso penal. Como ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si un acusado tiene el derecho a defenderse por sí mismo, a interrogar o hacer interrogar a testigos, a hacerse asistir gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia, el ejercicio de esos derechos

> "(...) no se concibe apenas sin su presencia" [Sentencia del 12 de febrero de 1985, Caso Colozza c/. Italia, párrafo 27; Sentencia del 1 de marzo de 2006, Caso Sejdovic c/.Italia, párrafo 81].

166. La cuestión de si la prohibición de condena en ausencia se extiende a la realización de todo el proceso penal o sólo al acto procesal de lectura de sentencia condenatoria, el

Tribunal ha de absolverla en los términos que lo hace el ordinal "d" del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual

> "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
> (...)
> d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección (...)".

167. De esta forma, el derecho en mención garantiza, en su faz negativa, que un acusado no pueda ser condenado sin que antes no se le permita conocer y refutar las acusaciones que pesan en su contra, así como que no sea excluido del proceso en forma arbitraria. En su faz positiva, el derecho a no ser condenado en ausencia impone a las autoridades judiciales el deber de hacer conocer la existencia del proceso así como el de citar al acusado a cuanto acto procesal sea necesaria su presencia física.

168. El Tribunal observa, sin embargo, que la ausencia de una persona en el desarrollo del proceso y, en forma particular, durante el juicio, no sólo puede tener por causa el desconocimiento que tenga de aquél, sino también la rebeldía o renuncia expresa a la comparecencia. En el ámbito del proceso penal, el desconocimiento que el acusado tenga de la existencia de un proceso genera un supuesto de "ausencia"; mientras que la resistencia a concurrir al proceso, teniendo conocimiento de él, se denomina "contumacia".

169. En el caso, el ordinal "c" del artículo 12.9 del Decreto Legislativo 922 faculta a la Sala Penal, entre otras cosas, que pueda dictar una sentencia condenatoria sin contar con la presencia del acusado, cuando en el acto procesal de lectura de sentencia éste incurra en una falta de carácter grave. El Tribunal aprecia que, en el contexto en que dicha facultad puede ejercitarse, no se está frente a un supuesto de condena en ausencia o de contumacia. El acusado no ha sido ajeno a la existencia del proceso. Tampoco ha sido rebelde a participar en él, conociendo de la existencia del proceso. En la hipótesis abstracta a la que se refiere la disposición impugnada, el acusado ha estado presente en el desarrollo del proceso y aun en el acto procesal de lectura de sentencia, en la que incluso ha podido expresar los argumentos que mejor han convenido para su defensa. Su desalojo, que presupone su participación en la audiencia de lectura de sentencia, por el contrario, se origina en una falta grave por él cometida, que perturba la culminación eficaz del proceso.

170. Ciertamente, el principio/derecho reconocido en el artículo 139.12 de la Ley Fundamental también garantiza que un acusado esté presente en el acto de la lectura de una sentencia condenatoria. Pero este derecho no puede entenderse en términos absolutos, al extremo de que el acusado pueda frustrar indeterminadamente la lectura, valiéndose para ello de la realización de actos graves cada vez que se programe el referido acto procesal. La expulsión del acusado, en tales circunstancias, no tiene la finalidad de dejarlo en indefensión, sino de impedir indebidas perturbaciones con la impartición de la justicia penal. En ese sentido, el desalojo de la sala, *prima facie,* no puede considerarse como una exclusión arbitraria, en los términos del artículo 139.12 de la Constitución.

171. El Tribunal no pierde de vista que tras la expulsión de la audiencia y la subsiguiente lectura de la sentencia condenatoria, se encuentra también en cuestión el ejercicio de otros derechos fundamentales de orden procesal, que pueden resultar restringidos. En particular, el derecho a la interposición de medios impugnatorios y, con ello, el derecho de defensa, que, como este Tribunal ha señalado, es uno que atraviesa transversalmente todo el proceso judicial. Sin embargo, en cualquiera de los tres derechos intervenidos con una medida como la dispuesta en el ordinal "c" del artículo 12.9 del Decreto Legislativo 922, el Tribunal advierte que el legislador ha previsto la adopción de medidas razonables que hacen que dichas restricciones no puedan considerarse como una afectación del contenido esencial de los derechos comprometidos.

172. Así, en primer lugar, el desalojo de la sala de audiencia está establecida como una medida excepcional, de aplicación sólo en casos particularmente graves y extremos. En segundo lugar, se trata siempre de una medida temporal, que no comporta la exclusión del acusado del proceso, sino sólo para la realización del acto procesal cuya realización se pretendía perturbar. En tercer lugar, siendo una medida excepcional y temporal, adicionalmente, el legislador ha previsto que la lectura de la sentencia condenatoria necesariamente deba realizarse con la presencia del abogado defensor del acusado o del abogado nombrado de oficio, de modo que no se postre al acusado en un estado de indefensión. Finalmente, se ha previsto la obligación de notificar la sentencia condenatoria bajo determinadas exigencias de orden formal, a fin de que el condenado decida si hace uso o no de los medios impugnatorios que la ley procesal pueda haber previsto. Por estas razones, el Tribunal considera que este extremo de la pretensión también debe rechazarse.

Juez natural y Superior Sala

173. Finalmente, se ha denunciado que la Tercera Disposición Complementaria así como el artículo 2º del Decreto Legislativo 922 violarían el derecho al juez natural, reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución. El referido artículo 2º del Decreto Legislativo 922 establece:

> "El Consejo Supremo de Justicia Militar, en el plazo de diez días desde la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, bajo responsabilidad y con todas las medidas de seguridad correspondientes, concluirá la remisión a la Superior Sala, en el estado en que se encuentren, de los expedientes por delito de traición a la patria previstos en los Decretos Leyes Nºs. 25659 y 25880".

174. Por su parte, la Tercera Disposición Complementaria del mismo Decreto Legislativo 922 prevé que:

> "Para los efectos de los artículos 5 y 6 de este Decreto Legislativo, serán competentes las Fiscalías y Juzgados Penales Especializados de Lima para conocer el delito de terrorismo. Dictado el auto de apertura de instrucción, el juez penal podrá de oficio transferir competencia cuando las circunstancias de la instrucción lo ameriten".

175. En la medida que se ha cuestionado que dichos preceptos legislativos infringirían el contenido constitucionalmente protegido del derecho al juez natural, este Tribunal vuelve a recordar que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado no es el derecho al juez natural, sino el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Ya en la STC 01934-2003-HC/TC, este Tribunal acotó que si bien en su jurisprudencia ambos términos se habían abordado en forma indistinta como referidos al derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Ley Fundamental, sin embargo, se trata de dos derechos distintos, por lo que su equiparación no era de ámbitos constitucionalmente protegidos, sino de una simple concesión a la tradición aceptada en la comunidad jurídica nacional.

176. En efecto, el derecho reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución no garantiza que un procesado en la justicia penal tenga el derecho a ser juzgado por un juez especializado en el delito por el que se le investiga; por un juez hipotéticamente más idóneo que los demás; por un juez culturalmente más próximo al procesado o, entre otras variables, por el juez del lugar donde se cometieron los hechos. Se sostuvo, por el contrario, que el derecho al juez predeterminado por ley o, lo que es lo mismo, el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley, constituye una

> (...) manifestación del derecho al `debido proceso legal´ o, lo que con más propiedad, se denomina también `tutela procesal efectiva´[30],

cuya finalidad es

> (...) evitar que se juzgue a un individuo por `órganos jurisdiccionales de excepción´ o por `comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación´. En ese sentido, exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional. Se garantiza, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación. De esa manera se impide que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse el conocimiento de asuntos que deban ser ventilados ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido[31].

177. Igualmente, el Tribunal advirtió que

> La noción de juez "excepcional", que el derecho en referencia prohíbe, no debe confundirse con la de jurisdicciones especializadas. En efecto, sin perjuicio de reconocerse la unidad de la jurisdicción estatal, nuestro derecho nacional (...) admite que, además de los jueces ordinarios, puedan haber jueces especiales (...).
> Tampoco la idea de juez "excepcional" debe asociarse a la de jueces "especializados" existentes en el seno del Poder Judicial. Esto es, a la existencia de jueces y salas, al interior del Poder Judicial, cuya competencia venga restringida a un determinado ámbito de materias.

[30] STC 1013-2003-HC/TC, fundamento 3.
[31] STC 0290-2002-HC/TC, fundamento 8; STC 0658-2005-HC/TC, fundamento 11.

> En segundo lugar, el derecho en referencia exige que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley. Ello, por un lado, comporta la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc.*
> Y por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcionalmente, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139°, inciso 3), y 106° de la Constitución[32].

178. El alegato de que la Tercera Disposición Complementaria y el artículo 2º del Decreto Legislativo 922 violan el derecho al juez predeterminado por la ley, bajo el supuesto de que los juzgados penales especializados en terrorismo y la Superior Sala constituyen órganos jurisdiccionales de excepción -fueros antiterroristas-, con una normatividad distinta al fuero común, así como con un criterio unificador destinado a condenar y a repetir draconianas penas, debe ser rechazado a la luz de lo expuesto en los fundamentos precedentes.

179. En primer lugar, el Tribunal advierte que los órganos jurisdiccionales penales especializados en el juzgamiento de delitos de terrorismo, en cualquiera de sus instancias, no constituyen órganos *ad hoc* o manifestaciones de una jurisdicción de excepción, en los términos que prohíbe el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. Estos, en efecto, no son órganos ajenos al Poder Judicial, y por ello no pueden considerarse como instituidos *extra ordinem* para el enjuiciamiento de estos delitos. Los jueces y magistrados que los integran pertenecen al Poder Judicial y están sujetos al mismo régimen jurídico que regula el *status* de todos los otros jueces y magistrados.

180. En segundo lugar, el Tribunal observa que los órganos jurisdiccionales a los que se refieren las disposiciones legales impugnadas han sido dotados de una competencia *ratione materiae*: el juzgamiento de todas aquellas conductas que se encuentren tipificadas en el ordenamiento como parte del delito de terrorismo. En tal medida, más que de jueces de excepción, en realidad, se tratan de jueces penales "especializados" en el juzgamiento de determinados delitos. Conforme a su jurisprudencia, el Tribunal recuerda que la especialización de los jueces no es incompatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley[33], puesto que como dijimos en la STC 1076-2003-HC/TC, es legítima la

> (...) sub-especialización en el ámbito de la justicia penal, si es que los motivos que la justifican persiguen garantizar la protección de otros bienes constitucionalmente relevantes. Por lo demás, su objetividad está fundamentada en consideraciones tales como la complejidad del asunto, la carga procesal y las `particulares exigencias del servicio´[34].

---

[32] STC 0290-2002-HC, fundamento 8.
[33] Cf. STC 1330-2002-HC/TC, STC 1076-2003-HC, STC; STC 1013-2003-HC/TC, STC 1934-2003-HC/TC, etc.
[34] STC 1076-2003-HC/TC, fundamento 8.

181. En el caso de las disposiciones legislativas impugnadas, el Tribunal constata que la asignación de la competencia de los fiscales y jueces penales especializados de Lima para conocer el delito de terrorismo, así como de la Superior Sala, se origina en la nulidad de los procesos por traición a la patria derivados de la STC 0010-2002-AI/TC. El juzgamiento de un delito de esas características, dentro de un contexto en el que se declararon la nulidad de decenas de procesos seguidos ante un órgano incompetente por el procesamiento de un delito considerado inconstitucional, a juicio del Tribunal, constituye un motivo suficiente y razonable para disponer que no sólo se lleve a cabo en un lapso razonable, sino también para que esté a cargo de jueces especializados.

182. Igualmente el Tribunal recuerda que el hecho de que dicha competencia especializada haya sido prevista en virtud de un Decreto Legislativo y, antes, en virtud de una resolución administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, no constituye una violación del principio de reserva de ley orgánica en los términos de lo que se ha expuesto en el fundamento 128 de esta sentencia. Como este Tribunal tiene declarado,

> (...) los alcances del principio de reserva de la ley orgánica, a los que ha de vincularse el derecho a la jurisdicción preestablecida por ley, sólo aluden: a) al establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional (antes, este mismo Tribunal, por ejemplo, declaró que era inconstitucional el establecimiento de jueces y Salas de Derecho Público mediante una fuente distinta a la ley orgánica); y, b) a la institución de diferentes niveles jurisdiccionales y a la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso, pues es evidente que la unidad del Poder Judicial no impide, en modo alguno, la especialización orgánico-funcional de juzgados y tribunales por razón de la materia[35].

183. En ese sentido, se ha sostenido que

> (...) la creación de juzgados y de una sala sub-especializada en lo penal no están sujetas a una reserva de ley orgánica, pues el artículo 82°, inciso 28), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, autoriza al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial una competencia, discrecional, pero reglada, que encuentra en el propio ordenamiento judicial sus límites, para disponer la creación de Salas y Juzgados cuando así lo requiera una más rápida y eficaz administración de justicia[36].

184. En definitiva, el Tribunal es de la opinión que, en la medida que la predeterminación del juez por la ley se refiere únicamente al órgano jurisdiccional, y no a la creación anticipada de los juzgados y salas especializadas que deban conocer del proceso, mismas que se encuentran dotadas *ex lege* de la misma competencia material, basta que estos existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad, para concluir en que no se configura violación del derecho reconocido en el

[35] STC 1076-2003-HC/TC, fundamento 9.
[36] STC 1076-2003-HC/TC, fundamento 9; STC 1320-2002-HC/TC.

inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Como de forma reiterada este Tribunal ha considerado [así, por ejemplo, en la STC 1013-2003-HC-TC],

> La predeterminación del juez no puede interpretarse rígidamente, de suerte que impida que las normas de carácter general sobre la organización judicial y competencia de los jueces y tribunales adquieran efectos temporales inmediatos, pues ello no sólo crearía importantísimas disfuncionalidades en la administración de justicia (...) sino también porque esa rígida comprensión del concepto predeterminación no se corresponde con el espíritu y finalidad que inspira el derecho fundamental cuestionado, en tanto no resulte comprometida la imparcialidad del juzgador o se desvirtúe la razonable presunción de que ésta no queda afectada dadas las características en la que se inserta la modificación operada (STC de España, N.° 381/1992, fundamento 4).

Por lo expuesto, el Tribunal es de la opinión que este extremo de la pretensión debe ser rechazado.

6.2.5. Presunta inconstitucionalidad del artículo 4° del Decreto Legislativo 923

A) Alegatos de los demandantes

185. Los recurrentes aducen que el artículo 4° del Decreto Legislativo 923 es inconstitucional porque viola el derecho de igualdad y el debido proceso. Dicho precepto establece, suscintamente, que:

> "Además de las facultades establecidas en la Ley de Defensa Judicial del Estado -Decreto Ley N°. 17537 y en el Código de Procedimientos Penales respecto a la parte civil-, el Procurador Público Especializado para Delitos de Terrorismo está facultado para:
> 1. Participar en las investigaciones preliminares o complementarias llevadas a cabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional bajo la conducción de aquel (...).
> 2. Interponer recurso de queja contra la resolución del Fiscal que deniega la formalización de denuncia penal (...).
> 3. Interponer las impugnaciones que la ley faculta.
> 4. Apersonarse ante el órgano jurisdiccional que conoce del delito de terrorismo (...) Requerir, de ser el caso, la notificación de las resoluciones y actuaciones judiciales que no le fueron puestas en su conocimiento oportunamente.
> 5. Solicitar se dicten toda clase de medidas cautelares o limitativas de derechos e intervenir en los incidentes referidos a su modificación, ampliación o levantamiento. También intervendrá en los incidentes de excarcelación del imputado.
> 6. Las resoluciones que ponen fin a la instancia serán elevadas en consulta al órgano jurisdiccional superior en grado cuando sean desfavorables al Estado (...).
> 7. Solicitar a toda Institución Pública la información y/o documentación requerida para la defensa del Estado, para delitos de terrorismo.
> 8. En caso que el Procurador (...) tome conocimiento de la comisión del delito, podrá denunciar el hecho ante la autoridad competente sin necesidad de resolución autoritativa previa (...).

9. Delegar en todo o en parte sus facultades a los abogados auxiliares".

186. Asimismo, refieren que los procuradores tienen un poder amplio, extremado y privilegiado para hacer lo que les parezca, desde denunciar y quejar, hasta recurrir a la autoridad jurisdiccional para que sea notificado en caso de que no se le hubiera hecho, pasando por tener autoridad sobre toda entidad pública o privada para obtener información, con la facultad de denunciar sin necesidad de autorización. Por último, precisan que la norma coloca al Procurador o parte civil del Estado en condiciones por encima de la otra parte, del fiscal y del propio Poder Judicial. Igualmente, consideran que el mismo artículo 4º del Decreto Legislativo 923 afecta el debido proceso porque la parte civil, que es el Estado, está en ventaja y tiene privilegios, en contra de lo establecido por el artículo 57º del Código de Procedimientos Penales.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

187. En opinión de la Procuradoría Pública encargada de los asuntos judiciales de la Presidencia del Consejo de Ministros, las facultades otorgadas a los Procuradores Públicos no son `superiores´ a las del Ministerio Público, pues ellos se ocupan de la defensa del Estado, resguardo que debe entenderse dentro de una perspectiva deontológica, de los fines o metas que persigue alcanzar el Estado, como es el caso de la libertad, el bienestar común, la seguridad, etc., que se ven seriamente lesionados por el accionar subversivo y que, evidentemente, no sólo se garantiza dentro de un proceso judicial, sino, incluso y conforme a lo establecido en el Decreto Ley 17537, de forma previa a la actuación jurisdiccional.

188. Por otro lado, y en lo que concierne a la posibilidad de que puedan interponer recurso de queja, sostiene que ello se sustenta en el principio de pluralidad de la instancia, que es concordante con el artículo 12° del Decreto Legislativo 052 (Ley Orgánica del Ministerio Público, modificado por la Ley 25037). Igualmente, aduce que siendo las procuradorías públicas parte del Poder Ejecutivo y representante de sus intereses, es natural que estén facultadas para solicitar todo tipo de información a las entidades del Estado, mas no a particulares. Añade que tal facultad es equivalente al derecho que tienen los particulares de requerir a la administración pública todo tipo de información (excepto aquella que se señala en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 27806).

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

189. El artículo 47º de la Constitución Política del Estado establece que:

"La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley. El Estado está exonerado del pago de gastos judiciales".

Este precepto constitucional no delimita el ámbito de actuación de la procuradoría pública, es decir, si la defensa de los intereses del Estado sólo se ha de efectuar en el ámbito estrictamente judicial o, por el contrario, si éste puede también realizarse en la etapa previa (vg. en los procedimientos previos a la formulación de la denuncia). Según el

artículo 47° de la Ley Fundamental, la determinación de dicho ámbito de competencia públicas se encuentra sujeta a reserva de ley.

190. Los artículos 1° y 2° del Decreto Ley 17537 han previsto las funciones y el marco de actuación de las procuradorías públicas. Según su artículo 1°,

> "La defensa de los intereses y derechos del Estado se ejercita judicialmente, por intermedio de los Procuradores Generales de la República a cargo de los asuntos de los diferentes Ministerios.
> (...)".

191. En tanto que, conforme a su artículo 2°,

> "Los Procuradores Generales de la República tienen la plena representación del Estado en juicio y ejercitan su defensa en todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante, demandado, denunciante o parte civil".

192. El Tribunal observa que de conformidad con el artículo 5° del Decreto Ley 17537, los artículos 7° y 25° del Decreto Ley 25993, Ley Orgánica del Sector Justicia, y el artículo 1° del Decreto Supremo 002-2002-JUS -Reglamento del Consejo de Defensa Judicial del Estado-, los procuradores públicos forman parte del Consejo de Defensa Judicial del Estado:

> "El Consejo de Defensa Judicial del Estado, es el órgano del Ministerio de Justicia, constituido por los Procuradores Públicos titulares, cuya función principal es la de velar por la defensa de los intereses del Estado, conforme a ley" [artículo 1° del Decreto Supremo 002-2002-JUS].

193. En tanto que el artículo 2° del mismo Decreto Supremo 002-2002-JUS, prevé que:

> "El Consejo de Defensa Judicial del Estado coordina y supervisa la defensa del Estado; además, es un órgano de consulta y asesoramiento respecto de las cuestiones legales sobre los asuntos relacionados con dicha materia".

194. El Tribunal observa, igualmente, que las facultades conferidas a los procuradores públicos por el artículo 14 del Decreto Ley 17537, han sido modificadas por el artículo 3° del Decreto Legislativo 959, del siguiente modo:

> "Facultades de los Procuradores Públicos.
> 1. La defensa del Estado comprende la intervención de los Procuradores Públicos, ante el Ministerio Público y todas las instancias de la jurisdicción ordinaria y militar, así como también ante el Tribunal Constitucional.
> 2. En materia penal, sin perjuicio de las facultades que le reconoce la legislación procesal penal respecto de la parte civil y del derecho de informarse de cualquier diligencia e intervenir en ellas, salvo las declaradas secretas por el Juez y lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, el Procurador Público tendrá las siguientes facultades:
> a) Participar en las investigaciones preliminares o complementarias llevadas a cabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional bajo la conducción de aquél, para lo que deberá ser debidamente notificado. El Procurador Público puede ofrecer pruebas y solicitar la realización de actos de investigación, así

como intervenir en las declaraciones de testigos y en las demás diligencias de investigación, todo ello sin menoscabo de las funciones y acciones que corresponden al Ministerio Público como titular de la acción penal.
b) Interponer recurso de queja contra la resolución del Fiscal que deniega la formalización de denuncia penal e intervenir en el procedimiento recursal ante el Fiscal Superior. Todas las decisiones que se dicten en este procedimiento le serán notificadas.
c) Interponer las impugnaciones que la ley faculta.
d) Requerir al órgano jurisdiccional, de ser el caso, la notificación de las resoluciones y actuaciones judiciales que no le fueran puestas en su conocimiento oportunamente.
e) Requerir a toda institución pública la información y/o documentos necesarios para la defensa del Estado.
f) Delegar en todo o en parte sus facultades a los abogados auxiliares".

195. El recuento de todas estas disposiciones legales permite concluir a este Tribunal que las facultades y atribuciones con las que cuentan los procuradores públicos en delitos de terrorismo son semejantes a las que, con posterioridad, se ha conferido a los procuradores públicos en general para la defensa de los intereses del Estado. En ese marco, el Tribunal estima conveniente precisar que el ámbito de actuación de la procuradoría pública en defensa de los intereses del Estado, no sólo opera una vez que se ha iniciado un proceso penal, sino también en el procedimiento preliminar. Bien sea en la realización de investigaciones preliminares, bien en la formulación de la denuncia penal, cuando ese sea el caso, y ciertamente se prolonga durante todo el proceso penal cuando se ha constituido en parte civil, incluyendo, desde luego, las investigaciones complementarias que se ordenen, una vez iniciado el proceso[37].

196. Finalmente, el Tribunal pone de relieve que, en materia de terrorismo, el artículo 2° del Decreto Legislativo 923, bajo los alcances de la reserva de ley contemplada en el artículo 47 de la Constitución, ha previsto que corresponde a la Procuradoría Pública Especializada para delitos de terrorismo,

> "(...) la defensa de los intereses del Estado en las investigaciones preliminares y procesos judiciales por delitos de terrorismo y conexos".

En definitiva, las facultades con las que se ha investido a la Procuradoría Pública especializada en delitos de terrorismo, satisfacen el principio de reserva de ley previsto en el artículo 47° de la Ley Fundamental.

197. No obstante, los recurrentes sostienen que el ejercicio de tales facultades constituiría una violación del principio de igualdad procesal, ya que se les estaría otorgando facultades por encima de una de las partes que es el inculpado, acusado o procesado, incluso hasta superiores a las que tiene el Ministerio Público. La objeción es infundada. El Tribunal recuerda que el inciso 1) del artículo 4° del Decreto Legislativo 923 es una disposición destinada a regular las competencias de la Procuradoría Pública especializada en delitos

[37] También en el ámbito de los procesos penales por terrorismo, conforme dispone el artículo 12° del Decreto Legislativo 922.

de terrorismo en el marco de las investigaciones preliminares y complementarias. Por su propia naturaleza, ella no tiene el objeto de disciplinar o regular las facultades, atribuciones y derechos que puedan tener las partes en el marco de un proceso penal, tarea que en última instancia corresponde desarrollar a la ley procesal penal correspondiente.

198. El Tribunal llama la atención, además, sobre el hecho de que cualquier ausencia de participación del denunciado o acusado en el marco de las investigaciones preliminares no podría ser considerada, *per se*, ilegítima, habida cuenta que entre tanto la investigación tenga el carácter de "preliminar", es decir, no haya sido judicializada, no existe ni denunciado ni acusado. No es ajeno a este Tribunal que, en determinado casos, en la realización de esas investigaciones preliminares, puede citarse al investigado para recabar determinada información que el Ministerio Público pueda considerar relevante para el mejor cumplimiento de su función de titular de la acción penal. Sin embargo, ante supuestos de esta naturaleza, el Tribunal ha llamado la atención sobre la necesidad de garantizar al investigado determinados derechos fundamentales de orden procesal,

> (...) siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1° de la Constitución (...) [STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 32].

199. En particular, del respeto escrupuloso del derecho a la presunción de inocencia, derecho que impone al Ministerio Público no sólo la obligación de no realizar

> (...) a) actividades caprichosas, vagas, infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica" [STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 30],

sino también la de investigar las circunstancias que puedan enervar las denuncias que recaen sobre el denunciado.

200. No es ése el caso, por cierto, de lo regulado por la disposición que se ha impugnado. La facultad de ofrecer pruebas y solicitar la realización de actos de investigación en el procedimiento de investigación preliminar, como se ha dicho, debe entenderse como parte de las atribuciones de la procuradoría a cargo de los delitos de terrorismo, en el marco de la "defensa de los intereses del Estado" que el artículo 47 de la Ley Fundamental le ha encomendado. Y, en dicho contexto, el Tribunal considera que no es incompatible con la defensa de dichos intereses patrimoniales, sino, antes bien, un lógico corolario, que dicha Procuradoría Pública pueda intervenir en las declaraciones de los testigos y en las demás diligencias de investigación; intervención que, como recuerda el artículo 4.1 del Decreto Legislativo 923, en ningún modo puede entenderse como una atribución que se superponga o desplace al Ministerio Público en su condición de titular de la acción penal.

201. *Mutatis mutandis*, son aplicables las mismas consideraciones a la facultad de interponer queja por denegatoria de formulación de la denuncia penal correspondiente, que los demandantes reclaman que no se ha concedido al inculpado o acusado. El Tribunal

recuerda que la posibilidad de formular un recurso de queja cuando se decida, a nivel del Ministerio Público, no formular denuncia penal, es una facultad que se concede en términos generales a toda persona -natural o jurídica- que formula una denuncia de parte y no logra persuadir al representante del Ministerio Público para que formalice la denuncia penal correspondiente. Así, por ejemplo, se encuentra contemplado en el artículo 12 del Decreto Legislativo 052, modificado por la Ley 25037, según el cual

> "La denuncia a que se refiere el artículo precedente puede presentarse ante el Fiscal Provincial o ante el Fiscal Superior. Si éste lo estimase procedente instruirá al Fiscal Provincial para que la formalice ante el Juez Instructor competente. Si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el Fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la Resolución denegatoria. Consentida la Resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del Superior, en su caso, termina el procedimiento".

202. Esta facultad de interponer el recurso de queja ante un supuesto de esa naturaleza, también ha sido previsto en el inciso 2), ordinal b) del artículo 14 del Decreto Ley 17537, modificado por el artículo 3º del Decreto Legislativo 959, según el cual son:

> "Facultades de los Procuradores Públicos.
> (...)
> 2. En materia penal, sin perjuicio de las facultades que le reconoce la legislación procesal penal respecto de la parte civil y del derecho de informarse de cualquier diligencia e intervenir en ellas, salvo las declaradas secretas por el Juez y lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, el Procurador Público tendrá las siguientes facultades:
> (...)
> b) Interponer recurso de queja contra la resolución del Fiscal que deniega la formalización de denuncia penal e intervenir en el procedimiento recursal ante el Fiscal Superior. Todas las decisiones que se dicten en este procedimiento le serán notificadas".

203. En la medida que el recurso de queja que se plantea por la no formalización de la denuncia penal sólo puede comprenderse tomando en consideración al sujeto que presenta una denuncia de parte -y no en relación a quien se imputa la comisión de un delito-, el Tribunal Constitucional considera que no existe una infracción al principio/derecho de igualdad del inciso 2) del artículo 4º del Decreto Legislativo 923. Por estas razones, el Tribunal desestima este extremo de la pretensión.

204. Por último, tampoco el Tribunal Constitucional considera que el inciso 7) del artículo 4º del Decreto Legislativo 923 sea inconstitucional, por transgredir el principio/derecho de igualdad. Tal dispositivo faculta a la Procuradoría Pública de Terrorismo a:

> "Solicitar a toda institución Pública, la información y/o documentación requerida para la defensa del Estado, para delitos de terrorismo."

205. El Tribunal destaca que, de conformidad con el artículo 47° de la Constitución, la Procuradoría Pública de Terrorismo, como las demás procuradorías, tienen como fin constitucionalmente asignado la defensa de los intereses del Estado. El cumplimiento de dicha atribución impone a los poderes públicos no sólo de la obligación de organizarla de modo tal que pueda cumplir efectivamente con sus funciones, sino también la de dotarla de todas las atribuciones que sean necesarias para el adecuado cumplimiento de sus fines. En ese sentido, una defensa óptima de los intereses del Estado requiere que los entes afectados por los ilícitos terroristas asistan, informativa y documentalmente, a la procuradoría cuya defensa de sus intereses patrimoniales asume.

206. La atribución que le confiere el inciso 7) del artículo 4° del Decreto Legislativo 923, desde luego, no comprende información y documentación cuya expedición pudiera comprometer los principios de autonomía, independencia, e imparcialidad judiciales; y generar, además, una situación de desventaja entre las partes del proceso penal. El Tribunal, por lo demás, advierte que el riesgo de que esta disposición pudiera interpretarse en el sentido que se acaba de desechar es más ficticio que real, no bien se advierte que la solicitud de información sobre actos procesales en el seno de un proceso judicial, se encuentra regulada por el inciso 4) del artículo 4° del Decreto Legislativo 923. Se trata, en este último caso, de requerimientos de notificación que, de cualquier manera, lo tiene cualquier parte en el seno de un proceso penal. Por estas razones, el Tribunal es de la opinión que también este extremo de la pretensión debe desestimarse.

6.2.6. Presunta inconstitucionalidad del artículo primero del Decreto Legislativo 924

A) Alegatos de los demandantes

207. Los recurrentes consideran que el artículo primero del Decreto Legislativo 924 viola el inciso 3) del artículo 2° de la Constitución. A su juicio, esta modificación del Código Penal restituye el delito de apología del terrorismo, que fue declarado inconstitucional mediante la STC 00010-2002-AI/TC, criminalizando de esa manera la opinión, como lo hacía el artículo 7° del expulsado Decreto Ley 25475. Asimismo, refieren que el dispositivo impugnado aumenta penas con la diferencia que no restituye la pena de la pérdida de la nacionalidad, pero sí es igual en cuanto a la determinación del mínimo y el máximo de la pena de 6 a 12 años, creando dos penas más por el mismo hecho, la de multa y la de inhabilitación; es decir, 3 penas para sancionar la apología del delito de terrorismo, lo que vulnera el principio de proporcionalidad de la pena. Por otro lado, aducen que esta triple pena constituye un supuesto de pena cruel, prohibida por el artículo 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y violatoria del principio *ne bis in ídem*.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

208. La Procuradoría Pública sostiene que el Decreto Legislativo 924 sólo se ha limitado a establecer una modalidad agravada del delito de apología contemplado en el artículo 316° del Código Penal, atendiendo a la extrema gravedad de los actos terroristas y a que su exaltación impone un tratamiento punitivo diferenciado. Igualmente, arguye que no se trata de un delito de opinión, sino más bien de un delito contra la tranquilidad pública, ya

que la exaltación de las acciones delictivas podría afectar el normal desenvolvimiento de la vida social en paz y tranquilidad.

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

209. El Tribunal aprecia que tras el cuestionamiento formulado al artículo primero del Decreto Legislativo 924, los recurrentes denuncian que el legislador ha introducido un tipo penal que este Tribunal declaró inconstitucional mediante la STC 0010-2002-AI/TC. El referido artículo primero del Decreto Legislativo 924 establece:

> "Agrégase al artículo 316 del Código Penal, el siguiente párrafo:
> `Si la apología se hace del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años. Además se le impondrá el máximo de la pena de multa previsto en el artículo 42 e inhabilitación conforme a los incisos 2, 4, y 8 del artículo 36 del Código Penal'".

210. El Tribunal toma nota de que mediante dicha disposición se ha agravado la pena del delito de apología contemplado en el artículo 316 del Código Penal, cuando ésta se hace del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe. La cuestión de si tal agravamiento de la pena constituye la reintroducción del delito de apología de terrorismo declarado inconstitucional mediante la STC 00010-2002-AI/TC, burlando de esa forma la cualidad de cosa juzgada que asumió dicho pronunciamiento en los términos del actual artículo 82 del Código Procesal Constitucional, este Tribunal ha de absolverla negativamente.

211. A tal efecto, el Tribunal recuerda que en el fundamento 88 de la STC 0010-2002-AI/TC, consideró

> (...) que el artículo 7 del Decreto Ley N°. 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley N°. 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología del terrorismo, en su versión genérica y agravada.

212. Dicho artículo 7º del Decreto Ley 25475 prescribía que:

> "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, el que públicamente a través de cualquier medio hiciere la apología del terrorismo o de la persona que lo hubiere cometido. El ciudadano peruano que cometa este delito fuera del territorio de la República, además de la pena privativa de libertad, será sancionado con la pérdida de la nacionalidad peruana".

213. En tanto, el artículo 1º del Decreto Ley 25880 establecía que:

> "El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor de delito de traición a la Patria, reprimiéndosele con la pena máxima de cadena perpetua, quedando la pena mínima a discreción del Juez, de acuerdo con la gravedad de la acción delictiva.
> Asimismo será de aplicación la pena accesoria de inhabilitación conforme a los incisos 2), 4), 5) y 8) del Artículo 36 del Código Penal".

214. Las razones por las cuales en aquella oportunidad este Tribunal declaró la inconstitucionalidad de las referidas disposiciones legales, en esencia, fueron las siguientes. En primer lugar, porque

> (...) dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades [STC 00010-2002-AI/TC, fundamento 88).

215. En segundo término, porque su tipificación en dos normas penales, además, constituía

> (...) una innecesaria sobrecriminalización, al encontrarse contemplado dicho ilícito en el artículo 316 del Código Penal (...) [STC 00010-2002-AI/TC, fundamento 88].

216. Sin embargo, al declararse la inconstitucionalidad del artículo 7º del Decreto Ley 25475 y del artículo 1º del Decreto Ley 25880, este Tribunal señaló que la tipificación del delito de apología del terrorismo en sí misma no era inconstitucional. Como se expresó en aquella oportunidad,

> Que, en abstracto, el legislador haya previsto como un ilícito penal la apología del terrorismo, no es, *per se*, inconstitucional, toda vez que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, como el libre desenvolvimiento de la personalidad (...), a la par que bienes y valores constitucionalmente protegidos, como la preservación del orden democrático constitucional, sin el cual no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales. [STC 00010-2002-AI/TC, fundamento 86).

217. Al mismo tiempo, se recordó que tras la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 7º del Decreto Ley 25475 y 1º del Decreto Ley 25880, no cabía entenderse que aquellas conductas prohibidas por dichos tipos penales hubieran quedado descriminalizadas, pues éstas se encontraban contempladas en el artículo 316° del Código Penal [Cf. STC 00010-2002-AI/TC, fundamento 88].

218. De lo expuesto, por tanto, es posible colegir lo siguiente: a/. El Tribunal declaró la inconstitucionalidad de los artículos 7º del Decreto Ley 25475 y 1º del Decreto Ley 25880; b/. Tal declaración de inconstitucionalidad no supuso una despenalización del delito de apología del terrorismo, el cual se encuentra subsumido en el artículo 316° del Código Penal, incluso con anterioridad a la modificación efectuada por el artículo primero del Decreto Legislativo 924; c/. Con la entrada en vigencia del referido artículo primero del Decreto Legislativo 924, el legislador penal no ha reintroducido (ni introdujo, *ex novo*) un tipo penal nuevo, en virtud del cual se criminalice el delito de apología de terrorismo; d/. Dicha disposición legislativa sólo se ha limitado a agravar la pena. Por tanto, no habiéndose reintroducido el delito de apología de terrorismo, como se ha alegado en la demanda, sólo resta evaluar la constitucionalidad del agravamiento de la pena dispuesto por el artículo primero del Decreto Legislativo 924.

219. Con tal propósito, lo primero que este Tribunal está en la obligación de declarar es que la determinación del *quantum* de la pena por la comisión de un delito que afecta o pone en peligro bienes jurídicos constitucionales o de relevancia constitucional, es un asunto que ordinariamente corresponde adoptar al legislador penal. Su establecimiento forma parte del amplio margen de discrecionalidad que debe reconocerse al titular de la política criminal del Estado, en virtud del principio de separación y distribución de funciones en el Estado Constitucional de Derecho. En ejercicio de dicha discrecionalidad, corresponde al legislador penal determinar la graduación de las penas aplicables, su magnitud o, lo que es lo mismo, el *quántum* correspondiente a los delitos y la intensidad del daño social generado por la infracción a un bien jurídico digno de tutela por la ley penal.

220. El reconocimiento de una amplia discrecionalidad legislativa a favor del legislador penal en la configuración de la política criminal, sin embargo, no significa que sobre la ley penal no pueda efectuarse un control de validez constitucional. En reiteradas ocasiones este Tribunal ha recordado que siendo la Constitución la Ley Fundamental de la sociedad y del Estado [STC 0976-2001-AA/TC], vincula a todos los poderes públicos (y, entre ellos, al legislador penal); y, en ese sentido, tiene la propiedad de actuar como una norma que limita el ejercicio del *ius puniendi* estatal, correspondiéndole a este Tribunal verificar que esos límites no hayan sido sobrepasados.

221. En el ámbito concreto de las penas, que es el problema que se ha planteado a este Tribunal con la impugnación del artículo primero del Decreto Legislativo 924, ese control de constitucionalidad, desde luego, no ha de realizarse sobre la base de juicios de oportunidad, conveniencia o valor, que son los criterios que corresponde ponderar en exclusiva al legislador penal; como lo ha expresado la Corte Constitucional de Colombia,

> (...) a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fijas las condignas sanciones (...) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio legislador lo considere políticamente necesario y conveniente, por lo cual dentro de ciertos límites son posibles entonces diferentes y desarrollos de la política criminal [Sentencia C-609, de 1996].

222. Descartada, pues, la hipótesis de un control en esos términos, pues ello comportaría inmiscuirse en un ámbito constitucionalmente reservado del legislador penal, corresponde precisar que el control debe efectuarse sobre la base de los derechos fundamentales que pudieran resultar comprometidos con la amenaza de sanción. Más específicamente, debe realizarse asentado en los derechos fundamentales que pudieran resultar intervenidos como consecuencia de la sanción penal prevista, para lo cual es necesario determinar, en primer lugar, cuáles son los derechos intervenidos; en segundo lugar, si se produce una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho; y, en tercer lugar, si existe una justificación constitucional de la intervención.

Determinación de los derechos comprometidos con la amenaza de pena

223. Por lo que hace al derecho fundamental que pudiera resultar intervenido o comprometido con el agravamiento de pena dispuesta por la disposición impugnada, el Tribunal advierte

que ese derecho es la libertad física. El derecho a la libertad personal se encuentra reconocido en el inciso 24) del artículo 2º de la Constitución y, en su faz negativa, garantiza a todos, nacionales o extranjeros, no ser objeto de injerencias ilegales o arbitrarias en la libertad física que puedan perturbar el desarrollo de la vida individual, familiar o social.

Intervención de la pena en el ámbito prima facie garantizado por la libertad personal

224. La pena prevista en el artículo primero del Decreto Legislativo 924 representa una potencial privación de la libertad personal para todas las personas que pudiesen ser halladas responsables del delito previsto en el artículo 316° del Código Penal, modificado por la disposición impugnada. En efecto, según se observa del artículo primero del Decreto Legislativo 924, si la apología tipificada en el artículo 316° del Código Penal es del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años. Existen razones, por tanto, para entender, *prima facie*, y más allá de su aplicación en un caso concreto, que la imposición de una pena de esa naturaleza, no constituirá una simple restricción de la libertad física (lo que desde ya significa una intervención), sino, concretamente, una restricción de ella.

Justificación de la intervención

225. La intervención en el ámbito *prima facie* protegido por un derecho fundamental, no obstante, no se constituye como una violación. Los derechos pueden ser limitados; sin embargo, para que una limitación no devenga en una violación constitucionalmente prohibida, es preciso que la intervención se encuentre justificada. La justificación constitucionalmente necesaria de una intervención en el ámbito de un derecho fundamental depende del régimen jurídico al que el derecho limitado se encuentre sujeto. En el caso de la libertad física, intervenido con la eventual aplicación de la pena contemplada en la disposición impugnada, esa justificación debe absolverse desde una doble perspectiva.

Principio de legalidad de las penas y autorización para legislar en materia de delito de terrorismo

226. En primer término, ha de observarse si la disposición impugnada respeta el principio de legalidad de las penas [*nullum poena sine legge*]. De conformidad con este principio, la amenaza de una sanción penal debe estar prevista, previa y claramente, en la ley penal. En el caso de la agravación de la pena para el delito de apología del terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, ésta se encuentra prevista en el artículo primero del Decreto Legislativo. Este Decreto tiene rango de ley y ha sido dictado al amparo de la delegación de facultades legislativas hecha por el Parlamento mediante el artículo 1º de la Ley 27913. En efecto, mediante este último precepto legal, se delegó

> "(...) facultades legislativas en el Poder Ejecutivo por el plazo de treinta días hábiles para que mediante decretos legislativos reemplace la legislación correspondiente a fin de concordar el régimen jurídico de la cadena perpetua con lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente 010-2002-AI/TC), establecer los límites máximos de las penas de los delitos regulados por los artículos 2, 3 incisos b) y c), 4, 5 y 9 del Decreto Ley Nº

25475, y finalmente a regular la forma y modo cómo se tramitarán las peticiones de nuevos procesos y los procesos mismos a que se refiere la antes citada sentencia, así como ordenar la legislación sobre terrorismo que mantiene vigencia, y legislar sobre derecho penal material, procesal penal, ejecución penal y defensa judicial del Estado relacionados con terrorismo" [subrayado agregado].

227. Apreciándose, pues, que el Poder Ejecutivo se encontraba autorizado para legislar, entre otras materias, sobre derecho penal material, y que a su amparo se dictó el Decreto Legislativo 924, el Tribunal considera que se han satisfecho las exigencias derivadas del principio de legalidad penal.

Finalidad de la intervención y principio de proporcionalidad abstracta de las penas

228. En segundo lugar, debe evaluarse si la intervención abstracta en el ámbito de la libertad física por efecto del artículo primero del Decreto Legislativo 924 satisface las exigencias del principio de proporcionalidad. La evaluación de conformidad con ese test presupone la existencia de un fin constitucional. Sin embargo, no es suficiente que se haya invocado la consecución de una finalidad constitucional legítima, sino que es preciso, además, que exista una relación entre el objetivo que se busca conformar y el fin que se persigue alcanzar. Como en esta misma sentencia hemos sostenido, un fin es legítimo cuando no está prohibido, expresa o implícitamente, por la Ley Fundamental. En cambio, existe una relación entre objetivo y fin cuando puede establecerse una conexión razonable entre el fin declarado y la situación jurídica cuya realización se persigue garantizar (objetivo).

229. La finalidad de la pena contemplada en el artículo primero del Decreto Legislativo 924 es la protección de diversos bienes constitucionales o de relevancia constitucional mediante la criminalización de las conductas previstas en el artículo 316 del Código Penal: tales como la dignidad, vida humana, integridad física y psíquica, que, a través de la incitación a violarlos, son puestos en un grave peligro. No obstante, los recurrentes alegan que el fin perseguido por el legislador penal es inconstitucional, pues la pena allí prevista es consecuencia de la criminalización del ejercicio de la libertad de opinión. Y, de conformidad con el inciso 3) del artículo 2º de la Constitución,

"(...) No hay delito de opinión (...)".

(i) Finalidad constitucionalmente legítima

230. Tal objeción es infundada. La libertad de opinión garantiza el derecho de toda persona a tener y mantener sus ideas y convicciones, y a poderlas manifestar libremente. Como tal, se trata de un derecho que tiene dos dimensiones. Una primera, de carácter interno, mediante la cual se garantiza el derecho de toda persona a adoptar libremente su concepción del hombre, la sociedad y el mundo, ya sea en términos políticos, filosóficos o morales. Como concreción de la dignidad humana que es, en virtud de ella nadie puede ser forzado a asumir o prestar su adhesión a un determinado ideario, provenga éste del Estado o, incluso, de los privados. Impide, de esta forma, que el Estado pueda sentirse autorizado a inculcar o adoctrinar política, filosófica o moralmente y, correlativamente, que su ordenamiento pueda valorar positiva o negativamente las diferentes ideas y convicciones que una persona se pueda formar. Por ello, el inciso 3) del artículo 2º de la

Constitución garantiza que nadie pueda ser perseguido por razón de sus ideas o creencias y que el legislador, dentro del amplio margen que tiene para configurar los comportamientos prohibidos por el ordenamiento penal, y que tampoco se criminalice la opinión, así ésta sea disidente o minoritaria.

231. En su dimensión externa, el ejercicio de la libertad de opinión se encuentra estrechamente relacionado al ejercicio, a su vez, de la libertad de expresión. Mediante ella se garantiza que toda persona pueda actuar o comportarse de manera acorde con su cosmovisión del hombre, la sociedad y del mundo, o divulgarla públicamente, siempre que dicho ejercicio no afecte el orden público constitucional. En la STC 2677-2004-AA/TC, este Tribunal dejó entrever que el reconocimiento, ejercicio y respeto de las libertades de opinión y expresión tienen una importancia superlativa para una sociedad democrática, pues no sólo contribuyen con el proceso de formación de la voluntad-política estatal, sino que también contribuyen con

> (...) la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática, [lo que] hace de [ella], a su vez, [una] garantía (...) institucional (...) de ésta" [fundamento 12].

232. En efecto, las libertades de opinión y expresión son libertades fundamentales sobre las cuales se asienta una sociedad democrática fundada en el respeto de las minorías, así como en el principio del pluralismo, que comporta la tolerancia con las ideas, pensamientos y convicciones de grupos minoritarios. Sin embargo, al igual que otras libertades, tanto la dimensión externa de la libertad de opinión como el ejercicio de la libertad de expresión, no pueden considerarse como absolutas, en el sentido que garanticen cualquier contenido del discurso. Pueden ser limitadas cuando su ejercicio pretenda exteriorizar pensamientos u opiniones que alaben, elogien o exalten comportamientos calificados como ilícitos, y cuya finalidad sea la de afectar la vida humana y destruir los cimientos en los que se asienta una sociedad democrática.

233. Esta limitación se ha expresado positivamente en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Así, por ejemplo, con carácter general, el artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que:

> "Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él".

234. Con el mismo carácter general, el ordinal a) del artículo 29° de la Convención Americana de Derechos Humanos, establece que:

> "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
> a) Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella".

235. Por lo que hace en particular al ejercicio de las libertades de opinión y expresión, el artículo 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

> "La libertad de manifestar (...) las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás"[38].

236. Entre tanto, el artículo 12.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que:

> "La libertad de manifestar (...) las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades de los demás".

Y su artículo 13.5, que:

> "Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

237. En definitiva, el ámbito garantizado por las libertades de opinión (en su dimensión externa) y expresión, no prohíbe que el legislador penal pueda criminalizar determinados contenidos del discurso proscritos por los artículos 18.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12.3 y 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El Tribunal observa que esa es la finalidad, *prima facie*, de la disposición impugnada y del artículo 316° del Código Penal y, por ello, no puede reputarse que tenga fines constitucionalmente prohibidos.

(ii) Relación entre el objetivo que se busca conformar y el fin que se persigue alcanzar

238. El objetivo del artículo primero del Decreto Legislativo 924 es sancionar discursos que alaban la comisión del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe. Se sanciona una conducta consistente en incitar a la comisión de un nuevo delito terrorista, o hacer loa, alabanza o exaltación de un delincuente terrorista, ya sea en su condición de autor o partícipe. La finalidad de la pena allí prevista es preservar los bienes jurídicos tutelados por la ley penal, de valor o relevancia constitucional. Esos bienes que se busca garantizar son varios y de distinta entidad. En la STC 0010-2002-AI/TC, el Tribunal declaró que la

---

[38] En la Observación General Nº. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 18, Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, elaborado en el 48º período de sesiones (U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993), el Comité de Derechos Humanos señaló:

"1. El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (que incluye la libertad de tener creencias) en el párrafo 1 del artículo 18 es profundo y de largo alcance; abarca la libertad de pensamiento sobre todas las cuestiones, las convicciones personales y el compromiso con la religión o las creencias, ya se manifiesten a título individual o en comunidad con otras personas. El Comité señala a la atención de los Estados Partes el hecho de que la libertad de pensamiento y la libertad de conciencia se protegen de igual modo que la libertad de religión y de creencias (...).

2. El artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia. Los términos "creencias" y "religión" deben entenderse en sentido amplio".

> (...) dañosidad social [del delito de apología del terrorismo] radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo. (...). Las actividades delictivas cometidas por grupos armados o elementos terroristas crean un peligro efectivo para la vida y la integridad de las personas y para la subsistencia del orden democrático constitucional (STC 199/1987). La apología del terrorismo no es una conducta irrelevante desde el punto de vista de los bienes jurídicos atacados por esos delitos.

239. En otro pasaje de la misma STC 0010-2002-AI/TC, como antes ya se ha destacado, el Tribunal afirmó que:

> "(...) en abstracto, el legislador haya previsto como un ilícito penal la apología del terrorismo, no es, *per se,* inconstitucional, toda vez que se persigue, garantiza y protege otros derechos constitucionales, como el libre desenvolvimiento de la personalidad de los estudiantes, a la par que bienes y valores constitucionalmente protegidos, como la preservación del orden democrático constitucional, sin el cual no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales".

Por lo expuesto, el Tribunal considera que entre el objetivo perseguido por la ley penal y la finalidad constitucional que subyace a ella, existe una relación causal.

Evaluación del quántum de la pena conforme al principio de proporcionalidad

(a) Subprincipio de idoneidad

240. Según el subprincipio de idoneidad, el Tribunal debe evaluar si el *quántum* de la pena previsto en el artículo primero del Decreto Legislativo 924 es idóneo para combatir o prevenir las conductas prohibidas por la ley penal. El Tribunal observa que entre la medida adoptada por el legislador penal y el fin constitucionalmente legítimo, existe una relación fáctica. La amenaza de privación de la libertad física, prevista como pena en la disposición impugnada, en efecto, contribuye a que se disuada a cometer actos que afecten o pongan en peligro los bienes jurídicos constitucionales y de relevancia constitucional que se han tutelado en la ley penal, a través del delito de apología del terrorismo.

241. Del mismo modo, conforme a los fines que cumple la pena en un Estado Constitucional de Derecho, la prevista en la disposición impugnada sanciona la afectación de bienes jurídicos tutelados en la ley penal. Por tanto, el Tribunal considera que el medio empleado por el legislador penal contribuye con la protección de los bienes constitucionalmente protegidos que se buscan garantizar con el delito de apología del terrorismo.

(b) Subprincipio de necesidad

242. En virtud del subprincipio de necesidad, el Tribunal sólo podrá considerar la inconstitucionalidad del *quántum* de la pena cuando éste resulte manifiestamente excesivo, luego de analizar las sanciones que el mismo legislador hubiese considerado como necesarias para alcanzar fines de protección análogos a los previstos por la disposición impugnada. Al respecto, el Tribunal observa que la pena prevista para el delito de apología de cualquier delito o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, es no menor de un año ni mayor de cuatro años.

243. Del mismo, el Tribunal toma nota de que si la apología es de delitos contra la seguridad y tranquilidad pública, contra el Estado y la defensa nacional, o contra los poderes del Estado y el orden constitucional [es decir, para delitos que no constituyan el delito de terrorismo], el legislador ha previsto que ésta sea reprimida con una pena no menor de cuatro ni mayor de seis años. Entre tanto, si la apología se realiza del delito de terrorismo o de la persona que haya sido condenada como su autor o partícipe, la pena prevista por el legislador penal será no menor de seis ni mayor de doce años, además del máximo de la pena de multa previsto por el artículo 42° del Código Penal y la inhabilitación conforme a los incisos 2, 4 y 8 del artículo 36° del Código Penal. Apreciadas las sanciones que en los dos primeros párrafos del artículo 316° del Código Penal el legislador penal ha determinado para otras variantes del delito de apología, el Tribunal considera que la pena contemplada por el artículo primero del Decreto Legislativo 924 no es excesiva ni patentemente innecesaria, por lo que juzga satisfecho el juicio de necesidad.

(c) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

244. Finalmente, en cuanto al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, este Tribunal sólo podrá declarar la inconstitucionalidad del *quántum* de la pena en el supuesto que el grado de realización de los bienes jurídicos protegidos por la ley penal resulte notoriamente de menor importancia que el derecho que se verá afectado por la pena que se imponga. En el plano abstracto en el que en este proceso se analiza la validez constitucional del *quántum* de la pena, se evaluará la gravedad del delito que se sanciona a partir de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal, y la intensidad de la privación de la libertad que la ley penal contempla como pena. De esta forma, cuanto más grave sea un delito, el legislador estará tanto más autorizado para privar intensamente la libertad física de su autor.

245. En el caso del delito de apología del terrorismo, la importancia de los bienes jurídicos que con su criminalización se busca proteger puede ser calificado como de intensidad media. En efecto, mediante la apología del delito de terrorismo, el delincuente no afecta directamente diversos bienes jurídicos tutelados por la ley penal, sino se

> "(...) incita a la comisión de un nuevo delito terrorista, ya sea a través del elogio o de cualquier otra forma directa o indirecta (...) ".
>
> "(...) su dañosidad social radica en que acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo (...)".

246. No se trata de la legitimación de cualquier delito o delincuente. Se trata, ni más ni menos, que la exaltación o alabanza de conductas destinadas a afectar, entre otros, derechos fundamentales tales como la dignidad, la vida y la integridad física y psíquica de las personas, además, de la subsistencia del orden democrático y constitucional, escenario dentro del cual es posible el ejercicio pleno de los derechos esenciales del hombre. Por otro lado, el *quantum* de la pena previsto en el artículo primero del Decreto Legislativo 924 puede ser considerado también como de intensidad media. En efecto, si bien la pena contemplada en la disposición impugnada es la máxima entre las previstas para el delito de apología en los primeros 2 párrafos del artículo 316° del Código Penal, también lo es que ella ha sido contemplada en atención a la importancia de los bienes que se persigue garantizar mediante el delito de apología del terrorismo.

247. A diferencia de otros delitos, también vinculados con el terrorismo, para los cuales se ha contemplado penas cuya duración máxima excede las 2 décadas, en el caso del delito de apología del terrorismo el lapso de privación de la libertad se extiende, como máximo, a los 12 años. En consecuencia, siendo el grado de realización del fin constitucional de intensidad media, y el grado de afectación de la libertad física equivalente a aquella, es decir, también de intensidad media, el Tribunal considera que la intervención en la libertad física de las personas con el *quantum* de pena previsto en el artículo primero del Decreto Legislativo 924 para el delito de apología del terrorismo, no viola el principio de prohibición de exceso o, dicho de otra forma, no es desproporcionado. Por tanto, el Tribunal considera que este extremo de la pretensión debe ser rechazado.

***Ne bis in ídem* y pluralidad de penas**

248. Respecto del extremo en el cual se alega que la previsión de las penas privativa de libertad, multa e inhabilitación de manera conjunta para el delito de apología del terrorismo constituye una triple sanción vulneratoria del *ne bis in ídem*, este Tribunal debe señalar lo siguiente. A fin de determinar si la previsión de tres clases de penas resulta vulneratoria del *ne bis in ídem* (principio informador del *ius puniendi* que proscribe la imposición de más de una sanción cuando concurra la triple identidad de sujeto hecho y fundamento[39]), es útil establecer un concepto de sanción, así como un concepto de pena (conceptos entre los que hay una relación de género a especie). Así lo ha entendido este Tribunal, para el cual la sanción, por su propia naturaleza, comprende

> (...) la afectación de un derecho o interés derivado de la comisión de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico[40].

En tanto que la pena,

> (...) consiste en una privación de bienes jurídicos prevista en la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo[41].

---

39 Cfr. 2050-2002-AA/TC [Carlos Ramos Colque].
40 STF 1941-2002-AA/TC [Luis Felipe Almenara Bryson].
41 Serrano-Piedecasas Fernández, José Ramón. *Conocimiento científico y fundamentos del Derecho Penal*. Lima, Gráfica Horizonte, 1999, p. 49.

249. La pena prevista por el legislador en la ley para cada delito se denomina pena abstracta o pena conminada, la cual puede presentarse bajo diversas modalidades. Una de ellas es la pena compuesta:

> La pena abstracta (...) viene establecida expresamente en el precepto legal de la Parte Especial del Código penal. Esta pena abstracta puede presentar diversas modalidades (...) Llamaremos penas *cumulativas* a aquéllas que están constituidas por la acumulación de dos a más penas de distinta naturaleza que deberán aplicarse conjuntamente. En este caso no puede hablarse un una pluralidad de penas sino (...) lo que existe realmente es una pena compuesta[42].

250. Dado el concepto de sanción y de pena, una sola sanción podría comportar la restricción de más de un bien jurídico, de modo tal que podría configurarse una pena compuesta sin que ello implique la imposición de más de una pena. En nuestro ordenamiento, según el Código Penal, las penas pueden ser: 1) privativa de libertad, 2) restrictiva de libertad, 3) limitativa de derechos o 4) multa[43]. En atención a dicha variedad de penas que ha previsto la Parte General del Código Penal, el legislador puede configurar para determinado delito una reacción penal que se exprese a través de más de una manifestación, estableciéndose, por ejemplo, además de la pena privativa de libertad, la de inhabilitación o la de multa. Así se ha previsto por el legislador, además de la apología del terrorismo, para los delitos de tráfico ilícito de drogas [296 CP], contaminación ambiental [304 CP], pánico financiero [249 CP], delito informático [207 CP], abuso de poder económico [232 CP], desaparición forzada 320 CP], falsificación de documentos [427 CP], usura [214 CP], receptación [194 CP], contabilidad paralela [199 CP], entre otros.

251. En el caso de la apología del terrorismo, el legislador ha hecho uso también de una pena compuesta. De lo que se trata, por tanto, es de determinar si el recurso a la misma por parte del legislador comporta una vulneración del *ne bis in ídem*. El principio *ne bis in ídem* garantiza 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. Se impide, por tanto, que una persona sea sancionada más de una vez por una misma infracción cuando concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

252. Conforme lo ha señalado este Tribunal[44], el principio del *ne bis in ídem* sustantivo 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, garantiza 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.

---

42 Gracia Martín, Luis. [Coord.] *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 80.

43 Código Penal Art. 28°.

44 Exp. 2050-2002-AA/TC [Carlos Ramos Colque].

253. De ello se deduce que existe una conexión fundamental entre el *ne bis ídem* sustantivo, como interdicción de la doble sanción, y el principio de proporcionalidad, en la determinación legal de la pena. Con respecto al principio de proporcionalidad en la determinación legal de la pena, este Tribunal ha señalado que:

> (...) el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena[45].

254. Asimismo, este Tribunal ha acotado en la misma sentencia que el principio de proporcionalidad no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Es decir, impone al legislador que al momento de establecer las penas, estas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que señala que "la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)".

255. En ese sentido, el *ne bis in ídem* material, como expresión de la interdicción de la doble sanción, persigue evitar la desproporción que devendría de aplicar más de una sanción a una infracción, toda vez que ello significaría aplicar una sanción que sobrepase la responsabilidad por el hecho. Dicha desproporción se daría a través de la infracción del *ne bis in ídem* en los casos en los que el poder punitivo estatal se manifieste sobre una misma infracción más de una vez. *Contrario sensu*, es factible afirmar que la previsión legal de una pena compuesta, es decir que prevea la afectación del sujeto sancionado en más de un bien jurídico, no contravendría la interdicción del *bis in ídem* siempre que la misma corresponda a una sola manifestación del poder punitivo estatal.

256. Por esa razón, el Tribunal considera que no es posible confundir la interdicción de *bis in ídem,* como impedimento de doble sanción cuando concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, con la libertad que tiene el legislador para configurar la pena conminada en la ley penal. Debe tomarse en cuenta, además, el hecho de que la pena compuesta a la que recurre el legislador para algunos delitos constituye una única manifestación del poder punitivo estatal, sin configurar un *bis in ídem*. Como lo ha señalado este Tribunal [STC 010-2002-AI/TC], en la determinación legal de la pena el legislador goza, dentro de los límites fijados por la Constitución, de un amplio margen de libertad, atendiendo a los fines de la pena, así como a los bienes que se pretende proteger con la persecución penal de determinadas conductas.

257. Y es que, como también lo ha remarcado este Tribunal, el terrorismo constituye un delito muy grave, como también son muy graves los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que se afectan con su comisión, pues, sin importarle los medios, tiene la finalidad de afectar la vida, la libertad, la seguridad y la paz social, con el objeto de destruir el sistema constitucional. La dañosidad social del delito de terrorismo radica en que

---

45 Exp. 0010-2002-AI/TC.

> (...) acentúa las consecuencias del terrorismo, contribuyendo a legitimar la acción delictiva y, sobre todo, la estrategia de los propios grupos armados. Ese propósito de legitimación constituye un objetivo fundamental del terrorismo [0010-2002-AI/TC].

Por estas razones, este extremo de la pretensión debe desestimarse.

6.2.7. Presunta inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 925

A) Alegatos de los demandantes

258. Los recurrentes aducen que los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° del Decreto Legislativo 925 vulneran el artículo 1°, 2°, inciso 24), y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución[46]. Sin precisar la disposición concreta, argumentan que es una nueva ley de arrepentimiento, que ya perjudicó a miles de personas; que nuevamente el Estado ofrece la libertad a cambio de declaraciones interesadas y beneficiosas para el que se acoja a esta ley; y que esta confesión interesada carece tanto de validez legal como de validez probatoria, porque quien la presta tiene interés directo en sus resultados, pues obtendrá beneficios y recompensas.

259. Igualmente, arguyen que viola el artículo 132° del Código de Procedimientos Penales, puesto que promete al procesado la libertad si se autoinculpa o inculpa a otros encausados; y que, en realidad, mediante la promesa de libertad se le obliga a declarar contra sí mismo y contra otras personas, lo que ya ocurrió en todas las leyes de arrepentimiento dadas anteriormente, donde no sólo ha habido promesa de libertad sino que ha habido tortura y coacción física y moral. Por último, alegan que el Decreto Legislativo es violatorio del artículo 8.2g y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues, a su juicio, esta norma de colaboración eficaz es una modalidad de arrepentimiento bajo promesa de libertad, por lo tanto, nula de pleno derecho; presiona y obliga al detenido y/o procesado para que cambie su declaración e impute a otros conducta delictiva a cambio de su libertad; y presiona a los arrepentidos chantajeándolos nuevamente con promesas de libertad para que continúen autoinculpándose e imputar acción delictiva a otros procesados o contra otras personas no comprendidas en el proceso.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

260. La Procuradoría sostiene que el crecimiento de la criminalidad organizada, la sofisticación de su organización y la utilización de procedimientos crueles que evidencian el desprecio por la vida, han motivado que se establezcan, a nivel mundial, diversos mecanismos de protección de las personas que colaborarán con la justicia en la lucha y la represión de estas manifestaciones delictivas; y que una de ellas es la protección de los testigos, así como el otorgamiento de beneficios para aquellas personas que brinden colaboración eficaz en la lucha de la justicia contra flagelos delincuenciales.

---

[46] Escrito del 9 de septiembre de 2005, folios 4.

261. En ese sentido, precisa que los beneficios que se otorgan por la colaboración eficaz se han diseñado dentro del marco de las disposiciones constitucionales vigentes y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los que, conjuntamente, recuerdan que no es posible utilizar la coacción para obtener declaraciones. Asimismo, refiere que de la lectura de las disposiciones previstas en el Decreto Legislativo en cuestión no es posible advertir que se produzcan dichas situaciones proscritas, atendiendo a que las manifestaciones se producen por propia voluntad de las personas; y que el hecho de obtener beneficios no implica considerar que exista una situación violenta, sino, por el contrario, se basa en un incentivo premial que dista mucho de la coacción. Asimismo, en cuanto a la prohibición de declaración contra sí mismo, alega que la norma en cuestión no afecta tal derecho, ya que dispone un mandato imperativo de colaboración, sino que la persona tiene el libre albedrío de acogerse a no a los beneficios respectivos (sic).

262. Recuerda, igualmente, que en el Informe Especial sobre Terrorismo y Derechos Humanos, de octubre de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró admisible las declaraciones de testigos anónimos en los procesos por terrorismo (párrafo 251), siempre que existan suficientes razones para mantener el anonimato de un determinado testigo y la posibilidad de que la defensa sea, no obstante, capaz de impugnar las pruebas del testigo e intentar sembrar dudas sobre la confiabilidad de sus declaraciones, por ejemplo, mediante el interrogatorio por parte del abogado defensor.

263. Por otro lado, sostiene que si bien es cierto que la admisión y práctica de los denominados testigos o arrepentidos protegidos con la reserva de su identidad restringe en cierto modo el derecho de defensa en su vertiente de contradicción, en la medida que el defensor desconoce la identidad de quien prestará su declaración en juicio, también lo es que el legislador ha impuesto una cláusula especial para la valoración del testimonio de un testigo con reserva de identidad, siendo ésta la exigencia de que esté corroborada con otra prueba, tal como lo establece expresamente el artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley 27378.

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

Cuestiones preliminares

264. El Tribunal toma nota de que una de las objeciones en la que se sustenta la presunta inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 925, es su eventual contradicción con el artículo 132° del Código de Procedimientos Penales, es decir, una norma con rango de ley, semejante a la que tiene la cuestionada mediante la presente demanda. Al respecto, en la medida que un cuestionamiento como el que se ha formulado es ajeno al tipo de controversia constitucional que es propio del proceso de inconstitucionalidad, tal extremo de la pretensión debe desestimarse.

265. Por otro lado, el Tribunal observa que los motivos expuestos en torno a la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 925 no atañen a todos sus artículos. Así

sucede, por ejemplo, con el artículo 1° del referido Decreto Legislativo 925, que se limita a establecer cuál es el objeto de la norma.

> "El presente Decreto Legislativo establece las normas que regulan la colaboración eficaz en delitos de terrorismo y conexos, de apología del delito en el caso de terrorismo y de lavado de dinero en supuestos de terrorismo".

266. Lo mismo sucede con el artículo 3° del mismo Decreto Legislativo 925, que excluye la posibilidad de que determinadas personas se acojan al beneficio de colaboración eficaz en delitos de terrorismo y conexos, así como de apología del terrorismo y de lavado de dinero en supuestos de terrorismo; mientras que las razones por las cuales los demandantes han planteado que se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo se basan en la admisión al régimen jurídico de colaboración eficaz. Por tanto, el Tribunal no se pronunciará sobre la validez constitucional de ambas disposiciones.

267. Como es obvio, en casos de esta naturaleza el Tribunal no tiene la obligación de absolver pormenorizadamente problemas constitucionales que no se desprenden de la situación normativa derivada de las disposiciones y normas impugnadas. Por tanto, en lo que sigue, el Tribunal se detendrá únicamente en el análisis de validez de las disposiciones impugnadas relacionadas con los preceptos constitucionales y con las cuales guarde alguna conexión los motivos que se han expresado en la demanda.

Colaboración eficaz de los arrepentidos y determinación de derechos eventualmente comprometidos

268. Mediante el Decreto Legislativo 925 se ha regulado la colaboración eficaz en delitos de terrorismo y conexos, de apología del delito en el caso de terrorismo y de lavado de dinero en supuestos de terrorismo. La institución de la colaboración eficaz es un instituto del denominado "Derecho Penal Premial", mediante el cual se atenúa o exime de responsabilidad penal a la persona que colabora con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento y juzgamiento de delitos perpetrados en el ámbito de la criminalidad organizada, supuestos que se encuentran regulados por la Ley N°. 27378 y sus modificatorias.

269. En sí misma considerada, esta institución no genera problemas de orden constitucional. En el marco de su competencia de prevención y sanción de los delitos, el Estado goza de un amplio margen de apreciación para crear, organizar y regular las instituciones penales o procesales penales que mejor contribuyan con tales tareas. Al Tribunal Constitucional no le corresponde evaluar si éstas son oportunas, convenientes o eficaces en el marco de los fines para los cuales fueron creados. Su tarea se reduce a determinar si en la regulación de los institutos que lo conforman, se han puesto en entredicho derechos o principios constitucionales.

270. El instituto de la colaboración eficaz centra en la figura del colaborador, también denominado "arrepentido", la posibilidad de alcanzar los fines para el cual fue creado. Y es en las exigencias que se imponen para conceder el beneficio que su regulación puede

comprometer derechos fundamentales reconocidos en la Ley Fundamental. En efecto, el Tribunal observa que para acogerse al beneficio de la colaboración eficaz, y así obtener una exención o atenuación de pena, el arrepentido asume una situación singular en el proceso penal. Por un lado, tiene la condición de investigado o imputado, en la medida que confiesa su participación en cualquiera de los delitos para los cuales se ha previsto el beneficio. Pero, de otro, también asume la condición de inculpado-testigo, ya que para acogerse al beneficio proporciona información sobre actos criminales de terceros [artículo 3° de la Ley 27378[47]].

271. En el primer supuesto, es decir, cuando confiesa su culpabilidad o declara contra sí mismo, su colaboración en el proceso penal podría entenderse, *prima facie*, como que afecta el derecho a no autoinculparse. En el segundo supuesto, es decir, cuando asume la condición de inculpado-testigo, la información que facilita sobre los actos ilícitos de sus coinculpados podría comprometer su derecho/principio de presunción de inocencia, pues en su condición de inculpado-testigo no está obligado a decir la verdad. Es menester, por tanto, que este Tribunal se detenga en el análisis constitucional de esas dos situaciones.

Arrepentido y derecho a no autoincriminarse

272. El derecho a no autoincriminarse no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho fundamental de orden procesal que forma parte de los derechos implícitos que conforman el derecho al debido proceso penal, este último reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución. Su condición de derecho implícito que forma parte de un derecho expresamente reconocido, también se puede inferir a partir de la función que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están llamados a desempeñar en la interpretación y aplicación de las disposiciones por medio de las cuales se reconocen derechos y libertades en la Ley Fundamental (IV Disposición Final y Transitoria)[48]. Así por ejemplo el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que reconoce expresamente como parte de las "Garantías Judiciales" mínimas que tiene todo procesado, el

---

[47] Artículo 3.- Ámbito de la colaboración eficaz
La información que proporcione el colaborador debe permitir alternativa o acumulativamente:
1. Evitar la continuidad, permanencia o consumación del delito, o disminuir sustancialmente la magnitud o consecuencias de su ejecución. Asimismo, impedir o neutralizar futuras acciones o daños que podrían producirse cuando se está ante una organización criminal.
2. Conocer las circunstancias en las que se planificó y ejecutó el delito, o las circunstancias en las que se viene planificando o ejecutando.
3. Identificar a los autores y partícipes de un delito cometido o por cometerse o a los integrantes de una organización criminal y su funcionamiento, que permita desarticularla o menguarla o detener a uno o varios de sus miembros.
4. Averiguar el paradero o destino de los instrumentos, bienes, efectos y ganancias del delito, así como indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales.
5. Entregar a las autoridades los instrumentos, efectos, ganancias o bienes delictivos.
Para los efectos del numeral 1) del presente artículo, se entiende que disminuyen sustancialmente la magnitud o consecuencias de la ejecución de un delito cuando se indemniza a las víctimas o cuando se logra disminuir el número de perjudicados o la magnitud de los perjuicios que habrían de ocasionar los delitos programados o en curso, mediante el oportuno aviso a las autoridades, o se impide por este medio la consumación de los mismos.

[48] Cf. últimamente STC 4587-2004-HC/TC, fundamento 45.

"g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)".

273. Lo mismo sucede con el ordinal "g" del artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que entre las garantías mínimas que tiene una persona acusada de un delito, se encuentra el derecho

"g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".

274. Dicho derecho garantiza a toda persona no ser obligada a descubrirse contra sí misma (*nemo tenetur se detegere)*, no ser obligada a declarar contra sí misma (*nemo tenetur edere contra se)* o, lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a sí misma (*nemo tenetur se ipsum accusare)*. Sin embargo, su ámbito normativo no se agota en garantizar la facultad de no ser obligado a declarar contra sí mismo o a confesar su propia culpabilidad, de modo que pueda entenderse que, respecto a sus coinculpados, el imputado sí tenga la obligación hablar o acusar. La incoercibilidad del imputado comprende ambos supuestos y, en ese sentido, debe indicarse que este derecho garantiza la potestad del imputado o acusado de un ilícito penal a guardar silencio sobre los hechos por los cuales es investigado o acusado penalmente, tanto en lo que le atañe como en lo que incumbe a terceros.

275. Por cierto, el contenido *prima facie* protegido por el derecho a no declarar la culpabilidad contra sí mismo se encuentra relacionado con una serie de derechos fundamentales, de cuyo registro es posible individualizar una serie de obligaciones de abstención a cargo del Estado. Como ha recordado el Comité de Derechos Humanos, al examinarse este derecho

"(...) debe tenerse presente las disposiciones del artículo 7 y del párrafo 1 del artículo 10 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, concordante con el artículo 2.24. "h" de la Constitución] (...)"[49],

según los cuales

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos"; y,

"Toda persona privada de su libertad será tratada humanitariamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", respectivamente.

276. Por tanto, para los efectos de que este derecho no sufra un menoscabo que pueda ser calificado como arbitrario, el Estado está prohibido de ejercer violencia psíquica o física sobre el inculpado o acusado y ejecutar métodos engañosos o de naturaleza análoga que pudieran estar destinados a obtener involuntariamente información sobre los hechos criminales por los cuales se le investiga o acusa en un proceso penal. Del mismo modo, si el derecho a no autoincriminarse comprende el derecho a guardar silencio, en el ámbito jurisdiccional, los jueces y tribunales tienen la obligación de no asumir una aceptación tácita del silencio, pero sí a darle un sentido interpretativo del mismo que pueda ayudar a dilucidar la causa. Y es que sí existe un deber de respetar, cumplir y defender la

[49] Observación General Nº. 13, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 14 - Administración de justicia, 21º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154 (1984), párrafo 14.

Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación, según dispone el artículo 38º de la Constitución.

277. Desde luego, los jueces y tribunales también tienen la obligación de negar valor a las declaraciones obtenidas por la violencia, lo que no debe entenderse en términos restrictivos, con referencia únicamente a la violencia psíquica o física, sino en un sentido amplio, como omnicomprensiva de toda información obtenida del investigado o acusado sin su voluntad. Como se ha dicho antes, el derecho a no confesar la culpabilidad garantiza la incoercibilidad del imputado o acusado. Sin embargo, dicho ámbito garantizado no es incompatible con la libertad del procesado o acusado para declarar voluntariamente, incluso autoincriminándose.

278. Claro está, siempre que ello provenga del ejercicio de su autonomía de la voluntad o, dicho en sentido negativo, no sea consecuencia de la existencia de cualquier vestigio de coacción estatal o de autoincriminaciones inducidas por el Estado por medio del error, engaño o ardid. Un ejercicio de la libertad en ese sentido está también garantizado por el deber de no mentir, sino más bien de contribuir al cumplimiento de las normas legales. No obstante, para que una declaración autoinculpatoria pueda considerarse como libremente expresada a través de los órganos de control penal, el Estado tiene el deber de informar al investigado, denunciado, procesado o acusado las ventajas y desventajas que una conducta de esa naturaleza podría generar. Impone también a los órganos judiciales la obligación de no sustentar una pena sólo sobre la base de tal autoincriminación, puesto que, como ha expuesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,

> "(...) la carga de probar la culpabilidad del imputado corresponde al Estado y en tal contexto encuentra aplicación la regla *indubio pro reo*. Por tanto, es carga de la acusación producir una prueba suficiente para condenarlo" [Caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España, Sentencia del 6 de diciembre de 1988, párrafo 77].

Determinación de la intervención en el derecho a no autoincriminarse

279. Así expuesto el contenido *prima facie* garantizado por el derecho a no autoincriminarse, corresponde ahora que este Tribunal se pregunte si la concesión de beneficios por colaboración eficaz constituye una intervención en el ámbito de dicho derecho o si, por el contrario, se trata solamente de una regulación, en cuyo caso no sería preciso exigir del legislador ninguna justificación constitucional. Tal determinación ha de realizarse, en el plano abstracto que corresponde a este proceso, a partir de la siguiente interrogante: ¿En alguna forma, el beneficio de la colaboración eficaz puede generar como efecto doblegar la intención del procesado para no declarar contra sí mismo?

280. Al absolver tal cuestión, el Tribunal constata que de conformidad con la Ley 27378 [Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, que ha sido complementada por el Decreto Legislativo 925], los beneficios que se puedan proporcionar no se conceden como "premio" a la libertad de declarar contra sí mismo. En efecto, no todo investigado, procesado o acusado que se autoinculpe, por ese hecho, ha de acogerse a los beneficios. Su concesión está supeditada a un acuerdo

previo; que la colaboración se realice en determinados ámbitos (artículo 3° de la Ley 27378); satisfaga determinados fines (artículo 5° de la Ley 23738); y no verse sobre determinados delitos o no se tenga en la organización criminal un determinado *status* (artículo 7° de la Ley 27378).

281. No tratándose de un "premio" al ejercicio voluntario de la libertad de autoincriminarse, cabe preguntarse en qué medida el ofrecimiento de beneficios por colaboración eficaz pueda convertirse en un instrumento de intervención en el ámbito del derecho a no autoincriminarse; es decir, un medio a través del cual el Estado logre alcanzar que el investigado, procesado o acusado no ejerza abusivamente su derecho a guardar silencio y, en cambio, se autoincrimine y brinde información sobre la organización criminal o terceros, que de otro modo no haría. En un análisis de esta naturaleza, el Tribunal no puede perder de vista la relación que pueda existir entre la amenaza de pena que se cierne sobre el procesado o acusado, los efectos que para él importaría su eventual imposición, y los beneficios que obtendría al acogerse al beneficio de colaboración eficaz.

282. Por lo que se refiere a los delitos a los que se refiere el Decreto Legislativo 925, el Tribunal toma nota que, con excepción de muy pocos delitos, el *quántum* de la pena previsto ordinariamente para las diversas modalidades del delito de terrorismo oscilan entre 20 años como mínimo, y se extienden, en determinados casos, hasta la cadena perpetua. La amenaza de privación de libertad por un número de años tan considerable, y los efectos que ello acarrea en la vida personal y familiar del procesado si no se acogiera al beneficio de colaboración eficaz, constituye un factor constitucional que condiciona, en uno u otro sentido, el ejercicio que se pueda hacer del derecho a no autoincriminarse.

283. En tales casos, sólo desde una perspectiva formal podría señalarse que la decisión de confesar se realiza en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad, garantizado por el artículo 2° inciso 20 literal "a" de la Constitución, es decir, en ejercicio de la libertad a no estar obligado a ello. Esto vale tanto para el caso del investigado o acusado que realmente se encuentre arrepentido de los hechos ilícitos que se le imputan, como para aquel que con fines estrictamente utilitarios, ve en la concesión de los beneficios un medio para aplacar la intensidad de la privación de libertad que pende sobre él, tras la posible expedición de una sentencia condenatoria. En ambos casos, son disposiciones plenamente constitucionales, en la medida que se respete la autonomía de la voluntad y el deber de colaboración en el ordenamiento jurídico nacional. Por tanto, este extremo de la pretensión debe desestimarse.

Beneficio por colaboración eficaz y presunción de inocencia

284. Anteriormente, en esta misma sentencia, el Tribunal señaló que la información que pudiera proporcionar el colaborador eficaz podría comprometer también el derecho a la presunción de inocencia de los coinculpados del inculpado-testigo. Ello es así porque el inculpado o acusado que presta colaboración eficaz, por el hecho de acogerse a un beneficio de esta clase, no deja de tener la situación jurídica de inculpado. Y porque la tiene, en ejercicio del derecho a no confesar su responsabilidad, no tiene la obligación de decir la verdad. En ese sentido, si bien el Tribunal valora que la

colaboración de los denominados "arrepentidos" representa (y ha representado) en la lucha contra la delincuencia terrorista un medio constitucional para hacer frente en la prevención y sanción de los delitos de esta naturaleza, también observa que, en determinados casos, la información que se pueda obtener de los colaboradores puede ser falsa, manipulada o anidar venganza personal, al estar orientada sólo a obtener el beneficio de la exención o atenuación de la pena.

285. El Tribunal repara, sin embargo, que un problema de esta naturaleza no puede terminar con la declaración de invalidez constitucional de la disposición legislativa mediante la cual se autoriza que se puedan celebrar acuerdos para conceder/obtener beneficios por colaboración eficaz. A partir de la constatación de un problema en la aplicación de la ley no se deriva necesariamente un supuesto de incompatibilidad de la norma legal cuestionada con la cláusula constitucional mediante la cual se reconoce el principio/derecho de presunción de inocencia. En efecto, en la jurisprudencia constante de este Tribunal se ha insistido en la tesis de que no porque una norma legal pueda ser objeto de una aplicación inconstitucional, tal hecho convierte a la disposición en sí misma inválida. Sin embargo, ello no impide que este Tribunal pueda establecer, como criterio vinculante, determinados criterios de interpretación de la norma legal cuestionada a efectos de conseguir una aplicación conforme a la Ley Fundamental.

286. En ese sentido, y por lo que aquí importa, el Tribunal recuerda que para supuestos como los advertidos, pero también para aquellos casos en los que se efectúe una autoincriminación, o cuando la incriminación de terceros se efectúe sin faltar a la verdad, una exigencia mínima que se deriva del contenido constitucionalmente garantizado del principio/derecho de presunción de inocencia, es que la información proporcionada por los arrepentidos sólo se considere como prueba de cargo que sustente una pena, si se corrobora mínimamente con otras pruebas actuadas en el proceso penal[50], pruebas que, además, se hayan actuado en el proceso con el respeto de los derechos fundamentales procesales durante el juicio oral. Por tanto, el Tribunal considera que este extremo de la pretensión debe desestimarse. Y, *mutatis mutandis*, también la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del artículo 8.2 del Decreto Legislativo 922, cuyo pronunciamiento se reservó para ser analizado con las disposiciones analizadas del Decreto Legislativo 925.

6.2.8. Presunta inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 926

A) Alegatos de los demandantes

287. A juicio de los demandantes, los artículos 1°, 2° y 4° y Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 926 contravienen el artículo 2º, inciso 20, y 139º, incisos 11 y 13, de la Constitución Política del Estado. Alegan que el Decreto Legislativo en cuestión ha dispuesto la nulidad de los procesos penales seguidos ante jueces sin rostro, pero sólo a partir del acto procesal de acusación fiscal, sin comprender en dicha nulidad toda la etapa de la instrucción. Igualmente, refieren que, por las mismas

[50] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Labita contra Italia, Sentencia del 6 de abril de 2000.

razones, se infringe el artículo 7.5 de la Convención, que establece la obligación de llevar a todo detenido a un juicio en un plazo razonable o sino darle libertad para que en esa condición asista al juicio.

288. Denuncian también que la Superior Sala estaría aplicando el dispositivo impugnado por analogía y extensión, pese a que el Decreto Legislativo 922 no contempla anular procesos en los que fueron sobreseídos los procesados, vulnerándose con ello el principio general y universal de derecho de que nadie puede distinguir donde la ley no distingue. Añaden que con tal práctica se extiende los efectos de la nulidad de la sentencia recaídas en los inconstitucionales procesos seguidos en el fuero militar, por el llamado delito de traición a la patria a otros procesos en el fuero común que fueron sobreseídos. Por otro lado, con base en la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso De la Cruz Flores c/. Perú, aducen que el artículo 4° del Decreto Legislativo 926 viola el inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, y los numerales 1, 2, 3 y 5 del artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que dispone que la anulación de los procesos penales no tendrá como efecto la libertad de los imputados ni la suspensión de las requisitorias existentes.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

289. En lo que concierne a la alegada violación del derecho de petición, la demandada aduce que el Decreto Legislativo 926 permite a los procesados afectados por un proceso anulado la renuncia a los nuevos procesos, que es un efecto exactamente idéntico a que no ejerzan el derecho de petición; y que, si éste fuera ejercido, se deberían anular los procesos y someterse a los procesados a nuevos procesos. Agrega que en la norma esta es la regla, es decir, que se estatuye como regla general lo que en el caso de ejercicios individuales del derecho de petición serían casos independientes, y se obtiene vía renuncia a un nuevo proceso lo que sería el derecho de no ejercer la petición; y que, en consecuencia, se alcanza exactamente el mismo efecto sin afectar el derecho de nadie. Por otro lado, en cuanto a la denunciada violación del derecho a la libertad individual, alega que el Decreto Legislativo 926 está cumpliendo escrupulosamente lo establecido en la STC 0010-2002-AI/TC.

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

290. El Tribunal observa que entre los argumentos expresados en la demanda se ha aludido a diversos problemas de aplicación del Decreto Legislativo 926 que se habría efectuado por la Superior Sala. El Tribunal, una vez más, recuerda que en el seno del proceso de inconstitucionalidad no se juzga la validez de los actos que pudieran haberse practicado en aplicación de una ley o una norma con rango de ley. Su finalidad es juzgar en abstracto si una fuente del rango legal es incompatible, o no, con la Ley Fundamental. Por tanto, la alegada violación del principio *favor rei* y de no revivir procesos fenecidos, supuestamente realizados por los órganos de la jurisdicción ordinaria en la aplicación de diversos artículos del Decreto Legislativo 926, por los motivos antes expuestos, debe ser desestimada [Cf. fundamento 123 de la STC 0010-2002-AI/TC].

291. Asimismo, en cuanto a la supuesta violación del derecho de petición, reconocido en el inciso 20) del artículo 2º de la Constitución, la cual se habría generado con el incumplimiento de la STC 0010-2002-AI/TC [que dispuso que los nuevos procesos penales que se iniciaran como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de diversos preceptos de los Decretos Leyes 25475 y 25659, deberían tramitarse a petición de parte]; el Tribunal juzga que son, *mutatis mutandis,* aplicables las razones expuestas en la alegación de una inconstitucionalidad semejante -del artículo 3º del Decreto Legislativo 922-, al cual antes se ha hecho referencia y a cuyas consideraciones se remite. Por tanto, el Tribunal considera que este extremo de la pretensión debe desestimarse, y que debe ingresarse a evaluar la constitucionalidad del artículo 4º y de la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 926.

292. En cambio, el derecho reconocido en el inciso 24) del artículo 2º de la Constitución protege la dimensión personal de la libertad física, garantizando a todos, nacionales o extranjeros, no sufrir injerencias ilegales o arbitrarias en su libertad física que puedan perturbar el desarrollo de su vida individual, familiar o social. Esas injerencias sobre la libertad física de una persona pueden ser de dos clases. El inciso 24 del artículo 2º de la Constitución implícitamente diferencia lo que es un supuesto de *restricción* de la libertad personal, de aquel que constituye una *privación* de ella. La distinción entre "privación" y "restricción" de la libertad personal es importante a los efectos de determinar su régimen jurídico-constitucional. En la STC 2050-2002-AA/TC, por ejemplo, el Tribunal destacó la necesidad de

> (...) advertir que tal garantía de la libertad personal (orden judicial o flagrante delito) 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"(...).

293. El Tribunal ha de recordar que el derecho a la libertad personal, como sucede con todos los derechos, no es ajeno a la posibilidad de que pueda ser restringido. En la STC 00019-2005-PI/TC, al respecto, se expresó que

> (...) es doctrina reiterada de este Colegiado, [la afirmación de que] ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección.
>
> Los principios interpretativos de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, permiten considerar a las distintas disposiciones constitucionales como un complejo normativo armónico, coherente y sistemático. Toda tensión entre ellas debe ser resuelta "optimizando" la fuerza normativo-axiológica de la Constitución en su conjunto; de ahí que, en estricto, los derechos

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

294. Sin embargo, la limitación de un derecho no importa la afectación de su núcleo constitucionalmente garantizado. En diversas oportunidades este Tribunal ha recordado que la intervención estatal en un derecho, para ser válida, tendrá que satisfacer una serie de exigencias formales y materiales, impuestas por el propio orden constitucional donde viene reconocido el derecho [Cf. STC 1091-2002-HC/TC, STC 2050-2002-AA/TC, STC 2516-2005-PHC/TC, etc.]. Sobre la observancia de ambas exigencias (materiales y formales), también se refiere el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos. Según los incisos 2 y 3 del referido artículo 7° de la Convención, están prohibidas las detenciones ilegales y las detenciones arbitrarias.

295. a) Para que una privación de la libertad pueda considerarse legalmente válida es preciso que cumpla con la exigencia de estar contemplada en la ley. En efecto, de conformidad con el artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos,

> "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas".

296. Desde esta perspectiva, el derecho a la libertad personal garantiza, en su faz negativa, que nadie pueda ser restringido de su libertad personal sino por las causas o circunstancias expresamente tipificadas en la ley y con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por ella. El Tribunal observa que la impugnación de los artículos 4° y Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 926 no se centra en una violación de este ámbito del derecho a la libertad personal, habida cuenta del rango de ley de las normas que se impugnan.

297. b) Adicionalmente a la necesidad de que las causas y el procedimiento para privar de la libertad deban estar contempladas en la ley, es preciso que dicha privación legalmente autorizada sea compatible con el respeto del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nadie puede ser sometido a una privación de su libertad física

> "(...) por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad"[51],

pues, de conformidad con el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos,

> "Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios (...)".

298. El Tribunal observa que, de conformidad con el ordinal "f" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, una privación de la libertad deviene en arbitraria, entre otros supuestos, cuando ésta no se funda en un

[51] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gangaram Panday, Sentencia de 24 de enero de 1998, párrafo 47.

> "(...) mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito"

299. Sin embargo, el Tribunal considera que la inconstitucionalidad de la norma antes aludida [es decir, el sentido interpretativo (Cf. STC 00010-2002-AI/TC)], no se extiende a la disposición, pues del mismo artículo 4° del Decreto Legislativo 926, pueden derivarse sentidos interpretativos compatibles con la Ley Fundamental. En efecto, una comprensión conjunta de los artículos 1°, 3° y 4° del Decreto Legislativo 926, permite interpretar (y aplicar) el artículo 4° del referido Decreto Legislativo 926 en el sentido de entender que

> "La anulación declarada conforme con el presente Decreto Legislativo no tendrá como efecto la libertad de los imputados (...)"

en los casos en los que se haya anulado:

a. las

> "(...) sentencias, juicios orales y de ser el caso declarar la insubsistencia de acusación fiscales en procesos seguidos por delito de terrorismo ante jueces y fiscales con identidad secreta (...)" [artículo 1° del Decreto Legislativo 926];

y,

b. en los procesos penales

> "(...) por delito de terrorismo seguidos ante la jurisdicción penal ordinaria en los que se aplicó el artículo 13 inciso h) del Decreto Ley 25475 (...)" [artículo 3° del Decreto Legislativo 926],

en los cuales, la reposición de

> "(...) la causa al estado anterior a la interposición de la recusación" [artículo 3° del Decreto Legislativo 926]

no hubiera supuesto la nulidad de todo el proceso penal y, particularmente, del auto mediante el cual se dictó el mandato de detención.

300. El Tribunal es de la opinión que en cualquiera de las hipótesis descritas en el párrafo anterior, no se genera una violación del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución y del artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que la declaración de nulidad de los actuados judiciales no comprendería el auto mediante el cual se dictó originalmente el mandato de detención, satisfaciéndose la reserva de jurisdicción en materia de privación de la libertad física, como exige el ordinal "f" del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución.

301. Por supuesto que al Tribunal Constitucional no le es ajeno que una comprensión (y aplicación) de las disposiciones impugnadas en el sentido interpretativo al que se ha hecho referencia, podría colisionar con el derecho al plazo razonable de la detención preventiva, reconocido por el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y considerado por este Tribunal como contenido implícito del derecho al debido proceso, en aplicación de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución [Cf. STC 02915-2004-PHC/TC].

302. En ese sentido, el Tribunal advierte que, una vez superada la reserva de jurisdicción, la prolongación de la detención judicial de una persona tendrá que sujetarse a las exigencias que plantea el contenido constitucionalmente protegido del derecho al plazo razonable de

la detención judicial preventiva, cuyas directrices este Tribunal destacó en la STC 02915-2004-HC/TC, a las cuales se remite. La cuestión de si el mandato previsto en la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 926 es incompatible con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la detención judicial preventiva, este Tribunal ha de absolverla en forma negativa.

303. En la STC 02915-2004-HC/TC, el Tribunal recordó que

> 14. Como resulta evidente, no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito.
> 15. Este criterio es compartido, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al referir que "el plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios períodos dependiendo de la gravedad del delito" (Caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4).
> 16. En tal sentido, para determinar si dicha razonabilidad ha sido rebasada, es preciso atenerse a las específicas circunstancias de cada caso concreto.
> 17. Sin embargo, la imposibilidad de establecer un plazo único e inequívoco para evaluar la razonabilidad o irrazonabilidad de la duración de la prisión preventiva, no impide el establecimiento de criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario (...).

304. No encontrándose en análisis, por la propia naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, un caso concreto donde se haya aplicado la disposición impugnada, el Tribunal, enfatiza, en todo caso, que esta disposición fue adoptada como consecuencia de una situación singular derivada de la declaración de inconstitucionalidad del inciso h) del artículo 13 del Decreto Ley 25475 en la STC 0010-2002-AI/TC, que imponía la necesidad de adecuar a la Constitución los procesos penales que se realizaron ante jueces sin identificación. En ese sentido, vuelve a recordar la necesidad de que su aplicación se realice bajo los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y conforme a la doctrina sentada por este Tribunal en la ya referida STC 02915-2004-HC/TC. Por estas razones, el Tribunal considera que también este extremo de la pretensión debe desestimarse.

6.2.9. Presunta inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 927

A) Alegatos de los demandantes

305. Los demandantes sostienen que el Decreto Legislativo 927 viola los artículos 1° y 2°, incisos 1), 2), 3), 4), 9), 10), 15), 17, 18), 22) y 24) de la Constitución. Alegan que se viola el principio-derecho de igualdad porque excluye al condenado por el delito de terrorismo de la aplicación de los beneficios penitenciarios que estuvieron vigentes en el

momento de la detención; y que tal discriminación se sustenta en razones políticas. Igualmente, aducen que el Decreto Legislativo 927 transgrede el Código Penal y el Código de Ejecución Penal, puesto que regula en forma *ad hoc* el régimen de los beneficios penitenciarios así como el procedimiento en materia de ejecución penal de los condenados por el delito de terrorismo, cuando dicho régimen ya se encontraba estipulado en los referidos Código Penal y de Ejecución Penal. Ç

306. Por otro lado, aducen que el artículo 8° del Decreto Legislativo 927 da carta blanca para la persecución del liberado condicionalmente porque dispone que la Dirección contra el Terrorismo de la Policía Nacional y sus unidades especializadas se encarguen del control e inspección del cumplimiento de las reglas de conducta de los beneficiados con liberación condicional. Añaden que, de esta forma, se extiende la prisión para el liberado más allá de la cárcel y se hace extensiva a sus familiares, vulnerándose no sólo los artículos 1° y 2° de la Constitución, sino también el artículo 1° del Código de Ejecución Penal, que reconoce al sentenciado los mismos derechos de las personas en libertad. Asimismo, argumentan que el artículo 8.2 del mismo Decreto Legislativo 927 vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio, puesto que autoriza que se realicen constataciones e inspecciones tanto de la persona liberada como de su vivienda; que éstas son equivalentes a las "requisas" que se realizan a los internos en un establecimiento penitenciario; y que en la norma se prevé el hecho de que, si los liberados se oponen, el Juez podrá ordenar el allanamiento de su vivienda, lo que implicaría el robo y saqueo de sus pertenencias y la de sus familiares y quizás hasta su detención con nuevos cargos.

307. Arguyen, de otro lado, que también se viola el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y a la privacidad, puesto que, sin que sea puesto en conocimiento del liberado, el juez podrá autorizar el levantamiento del secreto de sus comunicaciones a través de una filmación electrónica, que grabará lo que dice y hace en locales públicos, en su casa o donde simplemente se sospeche que se desarrollan actividades vinculadas con el terrorismo. Manifiestan que, de esta forma, el liberado no tendrá privacidad, ni sus familiares, ni paz ni tranquilidad, ni podrá disfrutar del tiempo libre y el descanso, ni tampoco podrá desenvolverse con libertad, buscando el bienestar y el desarrollo de su vida. Agregan que tampoco podrá expresar libremente sus ideas, sus creencias y pensamientos, sus opiniones, y que su libertad condicional en realidad será una tortura para él y para sus familiares; y que ello se configura como un trato inhumano, humillante y degradante.

B) Alegatos de la Procuradoría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros

308. La Procuradoría sostiene que los beneficios penitenciarios, regulados por el Decreto Legislativo 927 no son derechos de los internos sino como su propio nombre indica, beneficios, a los que se puede acceder si es que se cumplen una serie de condiciones; y que, por razones de política criminal y fundamentalmente por la gravedad de los delitos, una vez que se haya otorgado dichos beneficios penitenciarios, la autoridad se encuentra en la obligación de establecer mecanismos de supervisión de los condenados a efectos de determinar su grado de resocialización como finalidad suprema de la pena; y que, en caso

no se compruebe ello, se ordenará el inmediato internamiento de quien no cumpla las reglas de conducta establecidas por la autoridad pertinente.

309. Asimismo, manifiesta que el delito de terrorismo es uno cometido en un contexto de crimen organizado, lo que exige de la legislación procedimientos que permitan un adecuado control del cumplimiento de las reglas de conducta; y que, por ello, no existe la discriminación que se denuncia, pues se trata de medidas acordes con la naturaleza de las cosas, única razón valedera para establecer procedimientos especiales. Por otro lado, argumenta que el artículo 8º del Decreto Legislativo 927 no viola el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues cualquier actividad de inspección que se practique en el domicilio del liberado, requiere la autorización del procesado o su familia, siendo el allanamiento una medida extrema que requiere de la autorización del juez.

310. En idéntica forma, considera que la interceptación telefónica y de las comunicaciones también requiere contar con autorización judicial, y estar sujeta a las reglas establecidas en las Leyes 27379 y 27697. Igualmente, sostiene que no se vulnera el principio de irretroactividad de las leyes, ya que, a la luz de las sentencias 1594-2003-HC/TC y STC 2965-2005-PHC/TC, la norma aplicable en materia de beneficios penitenciarios es la vigente a la fecha en que se presenta la solicitud para acogerse a ellos.

C) Consideraciones del Tribunal Constitucional

311. El Tribunal advierte que si bien se ha impugnado la inconstitucionalidad de los diez primeros artículos del Decreto Legislativo 927, las razones o argumentos que sustentan la pretensión no se refieren a todos y cada uno de los artículos cuestionados con la demanda; por lo que, en lo que sigue, el Tribunal sólo se detendrá a analizar la validez constitucional de los artículos 1º, 2º, 3º, inciso 1), 4º, 5º y 8º, incisos 2) y 3), del Decreto Legislativo 927.

Presunta violación del principio de igualdad e irretroactividad de las leyes

312. Pues bien, delimitados los alcances del pronunciamiento en este punto, el primer tema que ha de absolver el Tribunal es el relativo a la impugnación de los artículos 1º, 2º, 3º, 4° y 5° del Decreto Legislativo 927. A juicio de los recurrentes, estos serían inconstitucionales porque afectan los principios de igualdad e irretroactividad de las leyes, al no haber considerado que los beneficios penitenciarios aplicables a los condenados por el delito de terrorismo son los que estuvieron vigentes en el momento que se produjo la detención.

Beneficios penitenciarios y derecho al procedimiento preestablecido por la ley

313. Al respecto, el Tribunal advierte que detrás del tema de qué norma es la aplicable en materia de beneficios penitenciarios, no existe un problema constitucional vinculado con el principio de igualdad, sino, en realidad, con los alcances del derecho a no ser desviado del procedimiento predeterminado por la Ley, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución. En tal sentido, el Tribunal recuerda que un problema como el que ahora se somete a proceso de inconstitucionalidad, ya ha recibido una respuesta en su jurisprudencia. Así, por ejemplo, en la STC 2196-2002-HC/TC, se señaló que

> (...) En el caso de las normas de ejecución penal (...) sus disposiciones deben considerarse normas procedimentales, por cuanto a través de ellas se establecen los presupuestos que fijan su ámbito de aplicación, la prohibición de beneficios penales y la recepción de beneficios penitenciarios aplicables a los condenados. En suma, el problema de la ley aplicable en el tiempo a normas (...) [sobre beneficios penitenciarios] ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum* (...)

314. Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que, en la medida que los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 927 no disponen un mandato incompatible con el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a no ser desviado del procedimiento predeterminado por la ley, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, ni tampoco comportan una infracción del principio de irretroactividad de las leyes, contemplado en el artículo 103 de la Ley Fundamental, este extremo de la pretensión debe desestimarse.

Beneficios penitenciarios y derecho de igualdad

315. La siguiente cuestión, también vinculada con los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 5° del Decreto Legislativo 927, tiene que ver con la alegada violación del principio de igualdad. Dicha transgresión se habría producido, a juicio de los demandantes, como consecuencia de que el legislador habría introducido, por razones políticas, un régimen de beneficios penitenciarios para los condenados por el delito de terrorismo distinto del que rige para los condenados en otro tipo de delitos.

316. La objeción de invalidez ha de ser rechazada. En el Perú, el delito de terrorismo no es un delito político, es decir, un ilícito mediante el cual se pretenda criminalizar ideas u opiniones de carácter político por no ser conformes con los de la mayoría. En efecto, un Estado Democrático Constitucional como el configurado por la Constitución de 1993, tolera y respeta la existencia de grupos minoritarios cuyas ideas sobre la vida y la mejor forma de organización política pueda incluso no compartirse mayoritariamente.

317. El Tribunal estima conveniente enfatizar que la aparición y consolidación del Estado Democrático de Derecho es fruto de un largo proceso de afianzamiento de los principios de tolerancia y del pluralismo, que planteados inicialmente a partir del ejercicio de la libertad religiosa, después se han fortalecido y cobrado nuevas perspectivas con el reconocimiento y protección de una larga lista de derechos fundamentales, entre los cuales un papel principal le ha correspondido jugar a la libertad de opinión y expresión. Como se recordó en la STC 0003-2006-PI/TC,

> (...) El Estado Constitucional surge y se explica como el resultado de una opción libre y plural de varias posibilidades. En otras palabras, el pluralismo representa el espacio de libertad para la toma de decisiones que legitima el orden valorativo plasmado en la Constitución. En razón de ello, Tribunal Constitucional considera al valor del pluralismo como inherente y consubstancial al Estado social y democrático de derecho [fundamento 30].

318. Por ello, al destacar que los principios de tolerancia y del pluralismo son valores consustanciales del sistema democrático, en la misma STC 0003-2006-PI/TC el Tribunal recordó que

> (...) el principio democrático no sólo fundamenta el Estado Social y Democrático de Derecho, en general, sino que, de manera más concreta, articula las relaciones entre los ciudadanos, las organizaciones partidarias, las entidades privadas en las que subyace el interés público y las entidades públicas.
>
> (...) el principio democrático, inherente al Estado Social y Democrático de Derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa `en la vida política, económica, social y cultural de la Nación´, según reconoce y exige el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución (...).
> Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45º de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta (...).
> Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, `herida de muerte´.
> Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político (...) [fundamentos 28-29].

319. En la medida que una de las formas cómo se puede poner en peligro la real vigencia de los principios de tolerancia, pluralismo y democrático, es a través del desconocimiento del ejercicio de la libertad de opinión, el inciso 3) del artículo 2º de la Ley Fundamental ha prohibido tajantemente el llamado delito de opinión. El Estado no puede criminalizar las opiniones, aún cuando éstas sean de las minorías. Por el contrario, tiene para con ellas un deber especial de protección, que no sólo se traduce en deberes positivos de protección, ante supuestos de lesión, sino también en deberes de promoción y garantía a través de sus diversos canales institucionales.

320. Sin embargo, como antes se ha expuesto, el terrorismo es la descripción de una serie de *actos, conductas o comportamientos*, constitutivos de ilícitos que, mediante la zozobra, la alarma y el terror, lesionan o ponen en peligro determinados bienes jurídicos considerados como esenciales para la convivencia en una sociedad democrática.

321. Por ello, en la STC 0010-2002-AI/TC el Tribunal recordó que mediante la tipificación y persecución del delito de terrorismo, una sociedad democrática combate una lacra delincuencial que afecta sensiblemente la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales y la propia subsistencia de una sociedad democrática, sin la cual el ejercicio de los derechos fundamentales sería ilusorio. En ese sentido, este Tribunal no puede menos que rechazar el argumento de que el establecimiento de reglas *ad hoc* para los condenados por el delito de terrorismo, en materia de beneficios penitenciarios, tiene como base o criterio de justificación razones discriminatorias o de orden político.

322. Descartada, pues, la existencia de un tratamiento discriminatorio en materia de beneficios penitenciarios para los condenados por delito de terrorismo, sin embargo, el Tribunal toma nota de que al establecerse que los condenados por delito de terrorismo podrán acogerse sólo a los beneficios de redención de la pena por el trabajo y la educación y de liberación condicional, los cuales se encuentran sujetos a un régimen especial (previsto y regulado por los artículos 3°, 4° y 6° del Decreto Legislativo 927), se ha creado un régimen de beneficios penitenciarios cuyas reglas son distintas de aquellas previstas en el Código de Ejecución Penal. Un régimen así constituye una intervención en el derecho-principio de igualdad, cuya legitimidad ha de resolverse de cara a las exigencias que impone el principio de proporcionalidad.

323. En la STC 00045-2004-PI/TC y en la STC 0004-2006-PI/TC, el Tribunal sostuvo que toda intervención en el ámbito del principio de igualdad ha de sujetarse al principio de proporcionalidad y, concretamente, a los tres subprincipios que lo conforman. En ese sentido, la evaluación que ha de practicarse se dividirá en seis pasos:

1. Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación.
2. Determinación de la "intensidad" de la intervención en la igualdad.
3. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
4. Examen de idoneidad.
5. Examen de necesidad.
6. Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación[52].

324. Por lo que se refiere al primer paso, es decir, la verificación de la diferenciación legislativa, el Tribunal observa que mediante una norma especial (el Decreto Legislativo 927), el legislador penal ha dispuesto un régimen especial en el tratamiento de los beneficios penitenciarios a los condenados por el delito de terrorismo.

> "El presente Decreto Legislativo establece las normas que regularán los beneficios penitenciarios y los procedimientos en materia de ejecución penal

[52] STC 00045-2004-AI/TC, &4. Estructura del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad.

relativos a los condenados por delito de terrorismo" [art. 1° del Decreto Legislativo 927].

Habiendo previsto su artículo 2°, que

"Los condenados por delito de terrorismo podrán acogerse a los beneficios penitenciarios siguientes:
1. Redención de la pena por el trabajo y educación.
2. Liberación condicional" [art. 2° del Decreto Legislativo 927].

325. En la medida que se trata de una norma especial, el Tribunal entiende que los condenados por delito de terrorismo sólo pueden acogerse a los beneficios penitenciarios previstos en el Decreto Legislativo 927, encontrándose excluidos de la posibilidad de acogerse a aquellos otros que se encuentran regulados por el Código de Ejecución Penal (vg., la semilibertad). Tal exclusión, así como el establecimiento de reglas *ad hoc* distintas a las contempladas en el referido Código de Ejecución Penal para los beneficios penitenciarios contemplados en el artículo 2º del Decreto Legislativo 927, comporta una intervención en el ámbito garantizado por el derecho/principio de igualdad, puesto que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal,

> (...) los beneficios penitenciarios pueden ser estimados como derechos subjetivos de los internos, ciertamente condicionados, porque su aplicación no procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que está sujetos a presupuestos establecidos en la norma, los que aun si fueran cumplidos por el sentenciado no constituyen un factor decisivo para su concesión, pues su otorgamiento estará librado a la evaluación judicial de si el condenado se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, habida cuenta que la justificación de las penas privativas de la libertad es la de proteger a la sociedad contra el delito [STC 2196-2002-HC/TC, fundamento 11].

326. Con respecto al segundo paso, el Tribunal Constitucional toma nota que la intensidad de la intervención en el ámbito del derecho/principio de igualdad es "leve", pues el tratamiento diferenciado no se sustenta en motivos proscritos por el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc.) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango legal. El carácter de derecho meramente legal ha sido sostenido reiteradamente en nuestra jurisprudencia. Por ejemplo, en la STC 1593-2003-HC/TC, el Tribunal señaló

> (...) que los beneficios penitenciarios constituyan derechos subjetivos expectaticios previstos en la ley, no quiere decir que ellos tengan naturaleza constitucional o, acaso, que se encuentren constitucionalmente garantizados en virtud del derecho a la libertad individual (...) [fundamento 18].

327. El tercer paso en el análisis de la intervención sobre el principio de igualdad versará sobre la finalidad del tratamiento diferenciado. Como se expuso en la STC 00045-2004-AI/TC,

> (...) El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin. El *objetivo* es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento

diferenciado. La *finalidad* o *fin* viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica *normativamente* la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.

328. Tal finalidad ha de analizarse a partir de la *ratio* del Decreto Legislativo 927. A tal efecto, el Tribunal advierte que en la parte considerativa del Decreto Legislativo 927, el legislador hizo referencia al hecho de que la

> (...) Comisión creada conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N°. 27913 y conformada por la Resolución Suprema N°. 001-2003-JUS, de 10 de enero del presente año, ha cumplido con proponer el texto del Decreto Legislativo que regula la ejecución penal en materia de delitos de terrorismo conforme a las consideraciones señaladas en la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente 010-2002-AI/TC).

329. En la sentencia precitada el Tribunal consideró que el tratamiento diferenciado en materia de beneficios penitenciarios

> (...) se justifica en atención a la especial gravedad del delito en cuestión y a los bienes de orden público constitucional que, con su dictado, se persiguen proteger.

330. Efectivamente, la finalidad del trato diferenciado en materia de beneficios penitenciarios puede sustentarse en la gravedad del delito por el cual se fue condenado. Desde esta perspectiva, en atención a la gravedad de los bienes jurídicos afectados por la comisión de un ilícito penal, el legislador penal no sólo está en la capacidad de poder realizar una distinta valoración del reproche penal que tales conductas merezcan, sino también para realizar un distinto tratamiento en materia de beneficios penitenciarios.

331. De esta manera, la finalidad del trato diferenciado en materia de beneficios penitenciarios perseguiría establecer un efecto especial de intimidación respecto de la comisión de determinados delitos que lesionan gravemente, o ponen en peligro, bienes jurídicos esenciales o de significativa importancia para la convivencia ordenada y democrática. A tal intimidación se refirió este Tribunal en la STC 00019-2005-PI/TC, en la que, al aludirse a la vertiente positiva de la teoría de la prevención general, sostuvo que

> (...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el `ejercicio de la confianza en el derecho´ que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado" (Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En: *Determinación judicial de la pena.* Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28) [fundamento 32].

332. Por ello es que en la misma STC 00019-2005-PI/TC, se sostuvo que

> (...) dentro de los límites que la Constitución impone, el legislador goza de un amplio margen para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no sólo se encuentra la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena.

333. En definitiva, en atención a la gravedad del delito por el cual se ha sancionado a una persona, es posible que, en aras de optimizar la efectividad del *ius puniendi* estatal, el legislador penal pueda establecer tratos diferenciados en materia de beneficios penitenciarios.

334. El cuarto paso en el análisis de la intervención sobre el derecho de igualdad será la realización de un examen de idoneidad. Este examen

> (...) consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.

335. A tal efecto, el Tribunal toma nota de que el tratamiento diferenciado en materia de beneficios penitenciarios a los que se pueden acoger los condenados por el delito de terrorismo, y las reglas a los que estos están sometidos [artículo 3° y 4°], se encuentran directamente relacionados con los fines que el legislador pretende alcanzar con el Decreto Legislativo 927.

336. El quinto paso, se centrará en el examen de necesidad. Los medios alternativos. El objetivo de ejemplaridad y eficacia del *ius puniendi* estatal, en particular, en la represión de delitos considerados especialmente graves como el de terrorismo, puede realizarse mediante la exclusión de beneficios penitenciarios a quienes sean condenados por ellos. Sin embargo, un medio como éste, a todas luces, tiene la propiedad de ser más aflictivo que el considerado por el legislador, que no ha prohibido la concesión de beneficios penitenciarios para los condenados para el delito de terrorismo, sino que sólo los ha limitado a la redención de la pena por el trabajo y la educación y la liberación condicional. Por tanto, la medida adoptada por el legislador no es innecesaria.

337. Dentro de los medios alternativos referidos a las reglas a las que están sometidas la concesión de la redención de la pena por el trabajo y la educación y, en particular, la regla según la cual el interno podrá redimirla a razón de un día de pena por siete días de labor efectiva, bajo la dirección y control de la Administración Penitenciaria [art. 3° del Decreto Legislativo 927]; se pueden observar los siguientes:

a) que el interno redima la pena a razón de un día de pena por seis días de labor efectiva;

b) que el interno redima la pena a razón de un día de pena por cinco días de labor efectiva;
c) que el interno redima la pena a razón de un día de pena por cuatro días de labor efectiva; y,
d) que el interno redima la pena a razón de un día de pena por tres días de labor efectiva.

338. Sin embargo, inmediatamente el Tribunal advierte que la opción por cualquiera de estos medios, se encuentra dentro del margen de discrecionalidad con que cuenta el legislador penal para establecer, en función de la gravedad de los delitos sancionados, los días de trabajo y educación que podrán redimirse por un día de pena. En efecto, tras el establecimiento de si 3, 4, 5 o 6 días de trabajo y educación deben equivaler a un día de pena redimida, se encierra un juicio de valor que corresponde adoptar, sobre la base de diversos criterios, al legislador penal, y que, en principio, si no es manifiestamente desproporcionado o irrazonable, no corresponde controlar al juez constitucional.

339. Igualmente, diversos son los medios alternativos al previsto en el artículo 4º del Decreto Legislativo 927 por los cuales los condenados por delito de terrorismo podrán acogerse al beneficio penitenciario de liberación condicional cuando hayan cumplido efectivamente los tres cuartos de la pena impuesta. Entre la exigencia de los 3/4 que contempla el referido artículo 4º del Decreto Legislativo 927, y la 1/2 de la pena, que contempla el artículo 55° del Código de Ejecución Penal, en efecto, existe una variedad de alternativas matemáticamente posibles, cuya elección, sin embargo, al igual que la graduación de la pena que debe recibir la comisión de un determinado delito y los días de trabajo y educación para redimirse por un día de pena, también corresponde adoptar al legislador penal dentro del margen de discrecionalidad que la Constitución le ha confiado. En definitiva, en cualesquiera de los medios alternativos a los que se ha hecho alusión, el Tribunal enfatiza que su elección corresponde adoptar al legislador conforme a la apreciación, valoración y ponderación sobre las repercusiones, reales o potenciales, del delito en la vida social, económica y política del país.

340. Finalmente, el sexto paso en el análisis de la intervención sobre la igualdad, versará sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto. La aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto comporta la necesidad de definir la intensidad de la afectación sobre el principio de igualdad, así como, correlativamente, la importancia de la satisfacción del principio opuesto. En un párrafo anterior de esta sentencia, por las razones allí expuestas, el Tribunal consideró que el grado de afectación sobre el principio-derecho de igualdad era "leve". De otro lado, en lo que atañe al grado de importancia de la efectividad y ejemplaridad del ejercicio del *ius puniendi* estatal en los casos de los condenados por un delito tan grave como el de terrorismo (que tiene el efecto de poner en peligro la dignidad humana, la vida de los seres humanos, y la propia viabilidad del sistema democrático), el Tribunal considera que es de intensidad "grave".

341. Por tanto, en la medida que el grado de realización u optimización del fin constitucional es mayor que la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, o dicho de otra forma, dado que la afectación sobre el derecho de igualdad es mínima, comparada con la

máxima importancia de la realización de la ejemplaridad del *ius puniendi* estatal, el Tribunal considera que los medios empleados por el legislador han superado el examen de proporcionalidad en sentido estricto y no son inconstitucionales, por lo que este extremo de la pretensión debe desestimarse.

Presunta violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio

342. Por otro lado, los demandantes también consideran que determinadas disposiciones del Decreto Legislativo 927 violan el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la privacidad, puesto que, sin conocimiento del liberado, el juez podrá autorizar el levantamiento del secreto de sus comunicaciones [*supra*, párrafo 201], mediante

> "La vigilancia electrónica filmando y grabando qué dice y que hace el liberado en locales públicos, en su casa o donde simplemente se sospeche que se desarrollan actividades vinculadas con el terrorismo u organizaciones o grupos terroristas que actúen en servicio o colaboración con los mismos.[53]"

343. De esta forma,

> "(...) el liberado no tendrá privacidad, ni sus familiares, ni tendrá paz ni tranquilidad ni podrá disfrutar del tiempo libre y el descanso ni podrá desenvolverse con libertad, buscando el bienestar y el desarrollo de su vida. El liberado no podrá expresar libremente sus ideas, sus creencias y pensamientos, sus opiniones (...) su libertad condicional en realidad será una tortura para él y para sus familiares. Establece un trato inhumano, humillante y degradante (...).[54]"

344. Dado que no se ha precisado las disposiciones específicas del Decreto Legislativo 927 que violarían en esos términos la Constitución, en la perspectiva causal que provendría de los hechos expuestos por los demandantes, el Tribunal entiende que esas disposiciones son los artículos 8.2 y 8.3 del referido Decreto Legislativo 927. Al efecto, el inciso 9) del artículo 2º de la Constitución reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio, en los siguientes términos:

> "Toda persona tiene derecho:
> (...)
> 9) A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley".

345. El derecho a la inviolabilidad de domicilio garantiza a toda persona a no ser objeto de intervenciones, ilegales y arbitrarias, por parte de particulares o por el Estado, dentro de su domicilio. El domicilio es el espacio físico donde las personas desarrollan su vida privada. Como ha expuesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Moreno Gómez c/. España,

---

[53] Escrito de la demanda, folios 69.
[54] Escrito de la demanda, folios 70.

> "El domicilio es normalmente el lugar, el espacio físicamente determinado donde se desarrolla la vida privada y familiar. El individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, lo cual significa no sólo el derecho al espacio físico, sino también al disfrute pacífico de dicho espacio". [Sentencia de 16 de noviembre de 2004, párrafo 53].

346. Esa protección del espacio personal es lo que subyace como *telos* en el inciso 9) del artículo 2º de la Ley Fundamental, al prescribir que el contenido constitucionalmente declarado del derecho a la inviolabilidad del domicilio no consiente que alguien pueda

> "(...) ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley".

347. El Tribunal recuerda que el domicilio tiene un carácter subjetivo, en tanto la persona desarrolla su vida en una esfera de intimidad personal y familiar; y un carácter objetivo, toda vez que asegura diversos espacios de vida más allá del privado, es decir, más allá del lugar en el que el ser humano desarrolla su vida personal y familiar. Su reconocimiento en los tratados internacionales se verifica, por ejemplo, en el artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual:

> "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques".

348. También con el artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prevé que:

> "2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

349. Y, en semejantes términos, por el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual:

> "(...) Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación".

350. En atención al doble carácter del derecho, el Tribunal es de la opinión que el concepto de "domicilio" no puede ser restringido al espacio físico donde los titulares del derecho constituyen su residencia habitual, en los términos del artículo 33° del Código Civil; antes bien, debe extenderse a todo lugar o espacio en el que la persona pueda desarrollar su vida privada y, por tanto, vedados al libre acceso de terceros. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, en opinión que este Tribunal comparte:

> (...) el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho, no sólo es objeto de protección

el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella[55].

351. De allí se desprende que, el derecho a la inviolabilidad del domicilio repele intervenciones no consentidas sobre el espacio físico donde se desarrolla la vida privada y familiar de una persona. Sin embargo, como sucede con todo derecho fundamental, el de inviolabilidad del domicilio tampoco es un derecho absoluto y, en ese sentido, no siempre que se produzca una injerencia en el espacio físico por él garantizado, sin que se cuente con el consentimiento de su titular, se generará automáticamente una lesión del derecho. Sin embargo, de conformidad con el inciso 9) del artículo 2° de la Constitución, una injerencia sobre el domicilio que no cuente con el consentimiento de su titular no se considerará arbitraria si es que se sustenta en un mandato judicial.

352. En efecto, de conformidad con el inciso 9) del artículo 2° de la Constitución, cualquier intervención en el ámbito del derecho a la inviolabilidad del domicilio ha de respetar, en términos generales, el principio de reserva de jurisdicción. Según éste, no basta con que en la ley se establezcan los supuestos en los que se puede autorizar el ingreso no consentido al domicilio, sino que es preciso, además, que se cuente con una orden judicial que así lo disponga. Dicha orden judicial, además de tener que estar estrictamente motivada, ha de contemplar necesariamente si los motivos por los cuales se solicita su adopción se encuentran previstos en la ley, si tienen una finalidad constitucionalmente legítima y si su ejecución es necesaria e indispensable para cumplir dicha finalidad.

353. Igualmente, el Tribunal recuerda que tampoco podrá considerarse como una injerencia arbitraria el allanamiento realizado en un contexto de flagrancia en la comisión de un delito o de muy grave peligro de su perpetración. Como recuerda el referido inciso 9) del artículo 2° de la Ley Fundamental, en tales situaciones fácticas no rige el principio de reserva de jurisdicción antes aludido.

354. El Tribunal enfatiza, del mismo modo, que el supuesto de grave peligro de perpetración de un delito no puede determinarse en abstracto, por lo que su evaluación deberá realizarse en cada caso concreto. En la medida en que sólo el juez podrá establecer, con las garantías del derecho a la intimidad personal y familiar, el espacio que puede ser sometido a vigilancia electrónica, el Tribunal estima que la disposición impugnada es constitucional.

Vigilancia electrónica en lugares públicos y abiertos al público y derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones

355. En cuanto al ordinal "b" del artículo 8.3 del Decreto Legislativo 927, resta analizar si la autorización de vigilancia electrónica de los liberados mediante filmaciones y grabaciones de audio en lugares públicos y abiertos al público, es incompatible con el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como se ha alegado. Planteado en esos términos, el Tribunal considera que debe rechazarse el cuestionamiento de invalidez. Ya antes se ha especificado el significado constitucional del derecho a la

[55] Sentencia del Tribunal Constitucional Español 22/1984, del 17 de febrero. Fundamento 5.

inviolabilidad del domicilio. Ciertamente, su programa normativo no comprende, *prima facie*, el desarrollo de la vida privada y personal de la persona en espacios físicos de carácter público o en lugares abiertos al público.

356. Pero, en principio, los actos que se realicen en lugares públicos o abiertos al público están garantizados por el derecho a la intimidad. Este último derecho, según tiene declarado este Tribunal en su jurisprudencia, protege los actos que se realizan en zonas ajenas a los demás, espacios en los que uno tiene derecho a impedir intrusiones y, por ello, vedados a toda invasión (Cf. STC 6712-2005-PHC/TC, fundamento 39; STC 0004-2004-AI/TC, fundamento 34). No es el caso que aquí el Tribunal tenga que analizar si determinados lugares públicos, o abiertos al público, en situaciones singulares, puedan constituir espacios físicos en los que se despliegan actos eminentemente íntimos [vg. en los servicios higiénicos]. Conviene subrayar que no siempre un lugar público o abierto al público constituye un espacio ajeno a la injerencia de terceros por cuanto, en principio, no pueden considerarse como íntimos o como parte de un ámbito propio y reservado, los actos y comportamientos que se realizan en público y que son de acceso general.

357. La vigilancia electrónica mediante filmaciones y grabaciones de audio en locales públicos o abiertos al público, por el contrario, guarda relación con el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. También se encuentra relacionado con dicho derecho el ordinal "a" del artículo 8.3 del Decreto Legislativo 927, que autoriza el levantamiento del secreto de las comunicaciones del liberado.

Derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones

358. El inciso 10) del artículo 2º de la Constitución reconoce el derecho

> "Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.
> Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.
> Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.
> Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautamiento, salvo por orden judicial".

359. Por lo que se refiere concretamente al derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, este Tribunal tiene dicho que dicho derecho fundamental

> (...) impide que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia *erga omnes*, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean éstos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación.

> El concepto de "secreto" e "inviolabilidad" de las comunicaciones y documentos privados, desde esa perspectiva, comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca, o no, el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello [STC 02863-2002-AA/TC].

360. Asimismo, se he expresado que el derecho al secreto e inviolabilidad de los documentos no solamente comprende la acción comunicativa que se pudiera expresar mediante medios de telecomunicación, sino también la comunicación interpersonal. Ésta está representada por las comunicaciones entre personas que se encuentran físicamente presentes en un lugar determinado. Así, por ejemplo, en la STC 00774-2005-HC/TC, en criterio que luego se ha reiterado en la STC 02345-2006-HC/TC, el Tribunal destacó que

> (...) la protección a las comunicaciones interpersonales se encuentra plenamente reconocido en el artículo 2°, inciso 10), de la Constitución. A través de esta norma se busca salvaguardar que todo tipo de comunicación entre las personas sea objeto exclusivamente de los intervinientes en el mismo".
>
> El amplio derecho fundamental a la vida privada permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo –clásico o electrónico– o nota entre particulares, no pueda ser objeto de conocimiento de terceros o de la interrupción de su curso.

361. Las comunicaciones interpersonales amparadas por este derecho no solamente son las estrictamente privadas, sino, en general, todas aquellas mediante las cuales se establezca comunicación entre las personas y cuyo contenido no está destinado a ser difundido a terceros. Precisamente por ello, como ha sostenido el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *prima facie*,

> Debe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones[56].

362. Sin embargo, como se ha afirmado respecto a otros derechos, tampoco el derecho a la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones es absoluto. El inciso 10) del artículo 2° de la Ley Fundamental tiene previsto que la interceptación o intervención de las comunicaciones *prima facie* garantizadas, puede ser dispuesta mediante mandato judicial, con las garantías previstas en la ley. Los alcances de la reserva de ley que contempla el artículo 2.10 de la Constitución, sin embargo, no deben entenderse como que solamente las causas por las cuales puede ordenarse una interceptación o intervención en las comunicaciones, se encuentren expresamente señaladas en la ley. También es preciso que allí se regulen las garantías que permitan circunscribir el poder discrecional del juez al momento de autorizar la intervención.

---

[56] Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N°. 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, 32° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988), párrafo 8.

363. En efecto, la expresión

> "(...) con las garantías previstas en la ley",

exige del legislador la imposición de ciertos requisitos que tienen que ver con la calidad de la ley. La presencia de estos requisitos de calidad tiene una doble función. Por un lado, permite a los ciudadanos conocer en qué circunstancias y bajo qué condiciones se pueda disponer la intervención o interceptación de comunicaciones[57]; y, de otro, constituyen un parámetro dentro del cual el juez encuentra delimitada y limitada su competencia discrecional para autorizarla.

364. Analizando una disposición semejante al artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que una ley que contemple los supuestos en los que cabe autorizar la intervención o interceptación de las comunicaciones, debe contener, "como garantías mínimas que deben figurar en la ley", las siguientes:

> (...) la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial; la naturaleza de las infracciones que puedan dar lugar; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medidas; las condiciones de tratamiento de los atestados que consignen las conversaciones interceptadas; las precauciones que se deben tomar para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas, con el fin de ser controladas eventualmente por el Juez y la defensa; las circunstancias en las que se puede o se debe realizar el borrado o la destrucción de dichas cintas; sobre todo tras un sobreseimiento o una absolución [Caso Valenzuela Contreras contra España, Sentencia del 30 de junio de 1998, párrafo 46].

365. La interrogante de si éstas garantías se encuentran contempladas en la ley, el Tribunal debe absolverla afirmativamente. Al hacerlo, juzga imprescindible considerar que el régimen jurídico aplicable a la vigilancia electrónica regulada por el ordinal "b" del artículo 8.3 del Decreto Legislativo 927 sea interpretado y aplicado sistemáticamente con la Ley 27697. Dicha ley (27697) es una de desarrollo constitucional del inciso 10 del artículo 2º de la Constitución. En efecto, según el artículo 1º de la ley, su finalidad es

> "(...) desarrollar legislativamente la facultad constitucional dada a los jueces para conocer y controlar las comunicaciones de las personas que son materia de investigación preliminar o jurisdiccional"

366. En su condición de ley de desarrollo constitucional, se aplica con carácter general a todos los regímenes de intervención e interceptación de comunicaciones; tanto a los supuestos que la Ley 27697 contempla, como a los regímenes especiales que se puedan establecer mediante otras normas con rango de ley. Por tanto, en la medida que la facultad para autorizar judicialmente la vigilancia electrónica mediante grabaciones de audio en lugares públicos o locales abiertos al público, prevista por el ordinal "c" del artículo 8.3 del Decreto Legislativo 927, es una norma especial, ha de aplicarse conforme a las reglas

[57] Cf. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Malone contra Reino Unido, Sentencia del 2 de agosto de 1984, párrafo 67.

previstas en la referida Ley 27697. En el caso del ordinal "a" del artículo 8.3 del Decreto Legislativo 927, en él se contempla expresamente la remisión normativa a la ley de la materia, que para estos efectos es la Ley 27697.

367. En párrafo anterior de esta sentencia, el Tribunal destacó que el ordinal "c" del artículo 8.3 del Decreto Legislativo 927 constituía una injerencia en el ámbito del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. La existencia de una ley que autoriza la vigilancia secreta, mediante medios electrónicos, de las comunicaciones, constituye por sí misma una intervención en el ámbito *prima facie* del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, independientemente de su aplicación a un caso concreto[58]. Por tanto, el Tribunal analizará si las exigencias planteadas en dicho párrafo de esta sentencia han sido previstas por la disposición impugnada y la Ley 27697, que desarrolla constitucionalmente el artículo 2.10 de la Ley Fundamental.

368. El artículo 8.3 del Decreto Legislativo 927 prescribe que la vigilancia electrónica mediante filmaciones y grabaciones de audio podrá ser autorizada por el Juez, a pedido del Fiscal. La disposición impugnada respeta, por tanto, el principio de reserva jurisdiccional exigido por el artículo 2.10 de la Ley Fundamental para todo caso de intervención sobre el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. Igualmente, el Tribunal aprecia que el Decreto Legislativo 927 establece la categoría de personas cuyas comunicaciones en locales públicos o abiertos al público, son susceptibles de ser intervenidas. Éstas personas son los que han obtenido su libertad mediante la concesión de beneficios penitenciarios, después de haber sido objeto de una condena por el delito de terrorismo.

369. En cuanto a la naturaleza de las infracciones que pueden dar lugar a intervención de las comunicaciones de los liberados por beneficios penitenciarios, el Tribunal aprecia que ésta es la sospecha de que en un lugar público o locales abiertos al público, se estén desarrollando actividades vinculadas con el terrorismo u organizaciones o grupos terroristas o que actúan en servicio o colaboración con ellos. El Tribunal hace notar que, en esta misma sentencia y en diversas oportunidades, ha indicado que dicho objetivo persigue alcanzar fines constitucionalmente legítimos. En primer lugar, el control y fiscalización de la concesión de los beneficios penitenciarios, dentro de las funciones que el Estado está en la obligación de preservar, conforme al artículo 139.22 de la Ley Fundamental. En segundo lugar, la prevención y persecución del delito de terrorismo, que forma parte del deber primordial del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos y protegerla frente a las amenazas contra su seguridad, conforme al artículo 44° de la Constitución Política del Estado.

370. El Tribunal toma nota de que, si bien el ordinal "b" del artículo 8.3 del Decreto Legislativo 927 no establece un límite temporal en la ejecución de la intervención sobre la comunicación interpersonal, sin embargo, dicho plazo existe, y es el previsto en el artículo 2.7 de la Ley 27697. Dicho plazo, cuya aplicabilidad a la disposición impugnada

---

[58] Cf. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Malone contra Reino Unido, Sentencia del 2 de agosto de 1984, párrafo 64.

fue objeto de tratamiento en esta sentencia, no puede ser superior a 6 meses, susceptibles de ser prorrogados a solicitud del Ministerio Público, y siempre que se encuentre debidamente sustentada. Igualmente, el Tribunal observa que los artículos 2.8, 2.9, 2.10, 2.11, 2.1 y 2.13 de la misma Ley 27697 establecen las condiciones que deberán observarse mínimamente en el tratamiento de las comunicaciones intervenidas. Y que dicho tratamiento no sólo está contemplado en la ley sino, además, se prevé que esté delimitado en forma puntual en la resolución judicial que autorice la vigilancia electrónica.

371. Finalmente, es del caso señalar que la Constitución ha consagrado dos principios fundamentales: uno político y otro jurídico; el primero, fundado en la soberanía popular, en virtud del cual su opción es por una democracia militante, que no acepta el abuso del ejercicio de derechos en desmedro del orden jurídico; y el segundo, fundado en la supremacía constitucional, en virtud del cual los derechos fundamentales de quienes atenten contra el Estado Constitucional de Derecho y el orden social pueden ser restringidos razonable y proporcionalmente. Por estas razones, el Tribunal considera que deben desestimarse estos dos extremos de la pretensión.

VI. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

Publíquese y notifíquese.

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

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

Exp. 0003-2005-PI/TC
Walter Humala y 5186 ciudadanos

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por los siguientes fundamentos:

1. El Tribunal Constitucional calificado de intérprete máximo de la Constitución, realmente defensor de la constitucionalidad conformada en base a principios, valores y sustentos dogmáticos y morales de alcance transnacional aceptados por la doctrina y por la jurisprudencia, incluidos los pactos y convenios internacionales sobre derechos humanos, tiene el deber de atender los requerimientos de los justiciables que denuncian la vulneración de algún derecho fundamental para lo que se sirve del proceso constitucional constituido así en instrumento al servicio de los derechos constitucionales.
2. Los demandantes plantean la inconstitucionalidad de los D.Leg. 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927 afirmando que dichos decretos vulneran el derecho fundamental a la libertad personal de aquellos que obtuvieron la nulidad de sus procesos, de las sentencias y hasta de la acusación fiscal en procesos en los que fueron condenados, en unos casos a cadena perpetua por Tribunales Militares, y en otros por Jueces no identificados por esconder sus rostros a través de mecanismos distorsionadores de la identidad, decisiones que les ha significado larga carcelería que se prolonga hasta hoy no obstante haberse sancionado la nulidad de dichas sentencias y actos procedimentales conexos.
3. La nulidad en mención, evacuada al amparo de expresa disposición legal y con beneplácito de este mismo Tribunal y de Tribunales Supranacionales, alcanzó no solo a las sentencias dictadas irregularmente a que se hace referencia sino también a juicios orales, acusaciones fiscales y hasta autos de apertura de instrucción, en procesos ordinarios seguidos con jueces con identidad secreta y además anuló los procesos seguidos ante la jurisdicción militar, encontrándose con detención provisional por mas de 12 años, sin sentencia, bajo la razón de aplicación de los Decretos Leyes N.^{os} 25475 y 25659 y

Decretos Legislativos N.[os] 922 y 926, que los demandantes impugnan calificando a dicha normatividad legal de arbitraria e inconstitucional.

4. Ciertamente que la nulidad a la que hacemos alusión fue sancionada al amparo del Decreto Legislativo N.º 922 que dispuso que: "La Sala Nacional de Terrorismo declarará la nulidad de la sentencia y del proceso seguido ante la jurisdicción militar por delito de traición a la patria, respecto de los condenados y por los hechos objeto de condena" (artículo 3), y que: "declarada la nulidad, se remitirá el expediente al Fiscal Provincial Penal Especializado quien se pronunciará formalizando o no denuncia ante el Juez Penal Especializado" (artículo 5). De ello se infiere que la nulidad de todo lo actuado, es decir la declaración de la inexistencia del proceso por indebido y de leyes declaradas inconstitucionales, implicaría que dado el largo tiempo de detenciones provisionales todos los procesados recuperarían su libertad, a la espera de que el fiscal correspondiente ejercite la acción penal siempre, desde luego, que el delito por el que fueron denunciados anteriormente no hubiera prescrito. Al emitirse un nuevo auto de apertura el Juez, motivadamente, hubiera tenido que limitarse a dictar la comparecencia de estos procesados en razón de la larga carcelería que estaban sufriendo, sin embargo no se produjo la liberación de los inculpados en atención a que el último párrafo del artículo 3 del referido Decreto Legislativo estableció que la nulidad no tendría como efecto la libertad de los imputados ni la suspensión de las requisitorias existentes, y que la excarcelación se produciría sólo si el Fiscal optaba por no denunciar o si existiendo denuncia, en el auto de calificación el juez considera que la acción penal ha prescrito. El artículo 4 del Decreto Legislativo en mención crea por propio imperio y en base a una ficción un singular cómputo de la detención provisional sosteniendo que el plazo de detención a los efectos del artículo 137 del Código Procesal Penal se computa a partir del nuevo auto de apertura de instrucción del nuevo proceso.
5. Por su parte el Decreto Legislativo N.º 926 estableció en el artículo segundo la anulación por la Sala Nacional de Terrorismo, de la sentencia y el juicio oral, con declaración de ser el caso, de la insubsistencia de la acusación fiscal en

los procesos penales por delitos de terrorismo seguidos ante la jurisdicción penal ordinaria con jueces o fiscales con identidad secreta ("Jueces sin rostro"). Esto significa que para estos casos el auto de apertura de instrucción sin mandato de libertad de los imputados, ni suspensión de las requisitorias existentes en procesos con reos libres (artículo 4), mantiene su eficacia, pues el referido decreto legislativo especifica en su primera disposición complementaria que anulándose las sentencias que habían sido dictadas por "jueces sin rostro" el plazo previsto para la detención provisional se ha de computar a partir de la fecha de anulación de las sentencias referidas, con total desprecio o desconocimiento de la realidad palpitante y ostensible que inobjetablemente nos indica que la libertad corporal de los imputados se encuentra afectada en su integridad por varios años no obstante su calidad de provisoria.

6. La literatura de las expresiones legales de los Decretos Legislativos a que hacemos referencia precedentemente entraña o puede entrañar arbitrariedad en el legislador quien, por razones de comodidad seguramente ignoró la realidad concreta, real y objetiva de una detención provisional prolongada computada desde la captura de los recurrentes acaecida el 12 de setiembre de 1,992, lo que evidencia privación de libertad por mas de una década contra el mandato contenido en el artículo 137 del Código Procesal Penal, que fija el plazo máximo de detención superado ampliamente, como se explica, en el presente caso. Esta anormalidad se asienta en el fetichismo de la ley, en el temor de los jueces, en las inquietudes por la indolente comodidad de satisfacer a rajatabla el interés de la sociedad agraviada, en el sentimiento de venganza por los actos vitando de las huestes del recurrente Guzmán Reynoso con la consecuencia de pérdida injusta de muchas vidas y de muchos bienes públicos y privados de elevada valoración, o en otras y variadas razones que, de cualquier forma, atentan contra la previsión de la Constitución Política del Perú que señala en el inciso 3 del artículo 139 que son principios de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva lo que a su vez exige a los órganos de la jurisdicción el cumplimiento

del plazo razonable respecto del cual, en expresión mandatoria, el artículo 7.5 de la Convención de Derechos Humanos prevé que: *"... Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un* ***plazo razonable*** *o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio..."* tema desarrollado integralmente por el Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia publicada el 2 de febrero del año 2,004 en el proceso de habeas corpus No. 7624-2005-HC/TC expresa que:

"... La seguridad es otro factor que incide en el criterio de la complejidad al determinar el plazo razonable de detención. Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "[...]en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar" (Informe N.° 2/97)..."

Para abundar el Pleno del Tribunal Constitucional señaló en la sentencia (infundada) recaída en el expediente 4568-2005-PHC/TC (Caso Maritza Garrido Lecca) que:

"...Finalmente, en el extremo invocado por la demandante, referido a que de "(...) la sentencia de la Corte Interamericana expedida en el caso Suárez Rosero se desprende que el plazo de detención debe computarse desde la detención policial, por lo que solicita que se le apliquen dichos plazos", este Colegiado ha manifestado que "(...) de conformidad con el artículo 7.°, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la validez de la detención judicial preventiva no solo está condicionada a la observancia del principio de legalidad, esto es, que las causales de su dictado sean previstas en el derecho interno, sino, además, a que dichas razones de justificación estén arregladas a la Constitución, ya que nadie puede ser privado de su libertad "salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las

constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". Lo que quiere decir que no sólo basta con que las razones que puedan dar origen a la detención judicial preventiva estén señaladas en la ley, sino, además, que ellas sean conformes a la Constitución"...

...De acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Fundamental, los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los tratados y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte, que incorporados al derecho interno procesalmente se encuentran materializados en el artículo 137.º del Código Procesal Penal, que establece los plazos de detención preventiva y el cómputo de los mismos...

...Al respecto el Tribunal Constitucional debe recordar, especialmente teniendo en consideración los graves problemas ocasionados por las prácticas terroristas en nuestro país durante los últimos años, que los plazos del artículo citado están previstos para tutelar los derechos del justiciable, pero, fundamentalmente, para preservar el orden público. Ello es así porque el Estado garantiza la seguridad de la nación y la defensa nacional, pues, conforme al artículo 163.º de la Constitución: " Toda persona natural o jurídica está obligada a participar de la Defensa Nacional, de conformidad con la ley".

A mayor abundamiento, el artículo 44.º de la Norma Fundamental señala que es deber primordial del Estado no solo garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, sino también proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general...

...En el ámbito internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha efectuado similar ponderación al dejar en manos de los diferentes Estados la decisión sobre la libertad de las personas involucradas en actos terroristas, a pesar de haberse acreditado la afectación de su derecho al debido proceso:

"Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo - en un plazo razonable- un nuevo proceso que satisfaga ab initio las exigencias del debido proceso legal,

realizando ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados. La Corte no se pronuncia sobre la libertad provisional de estos, porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente" (Caso Castillo Petruzzi. Sentencia del 4 de septiembre de 1998. Serie C, núm. 41)."

7. En el presente caso advertimos que a través de la exposición precedente, objetiva, clara y simple, se presentan dos posiciones en el conflicto que el Tribunal Constitucional no podría soslayar: una que atañe al utilizado reiteradamente principio de primacía de la realidad ("mas vale lo hecho que lo escrito") desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes 2132-2003-AA/TC, 1944-2002-AA/TC y 2387-2002-AA/TC entre otras, que nos dice crudamente que en el proceso penal subyacente los imputados sufrieron, por mas de 12 años ininterrumpidos, detención provisional sin que se les expidiera sentencia oportuna, no encontrándose para la justificación de ésta ni siquiera una explicación expresa que niegue la acusada violación del derecho a la libertad defendida y garantizada por todos los textos, tratados y convenciones sobre derechos humanos, de aquí y de allá, de ayer y de hoy, verbigracia artículos primero y segundo – inciso uno de la vigente Constitución Política del Perú y manifiestos de derechos humanos a nivel mundial con los que dichos textos exponen reiteradamente su rechazo a la detención indefinida de personas sometidas a proceso penal; empero tratándose de denuncias o acusaciones de delitos de genocidio en general, respecto de los que la legislación comparada registra la imprescriptibilidad y sanción con penalidad agravada que puede llegar a la cadena perpetua y hasta a la muerte, resulta menester ingresar al análisis integral del caso peruano como lo que es, es decir una realidad específica y sumamente compleja, sin acomodarse o refugiarse en el texto de la ley mentirosa que no ha hecho sino sancionar una ficción en cuya calificación puede considerarse como modalidad o especie al terrorismo, y otra referida a la ficción legal (mentira legalizada impuesta por comodidad, imposibilidad del Estado para acreditarla o razones de urgencia que exigen una solución

inmediata) traída por el artículo 4 del Decreto Legislativo 922 que, como se ha dicho, "olvida" que dicha detención provisoria largamente prolongada obliga a los jueces a una matemática irracional que lleva a computar el plazo de detención permitida, no desde el día en que se produjo, realmente, ésta, sino desde la fecha en que se sancionó la nulidad de las sentencias que expidieron otrora jueces militares y jueces ordinarios "sin rostro", es decir un conflicto entre la realidad y la ley, obra ésta del gobernante de turno que buscó y encontró en dicha mentira piadosa que, a no dudarlo, araña y muerde a aquella, creando una colisión – real o aparente o mas aparente que real – entre la Constitución y la Ley, que el Tribunal Constitucional sí está en el deber de superar. Asimismo en atención a la realidad, por excepción, el delito que es tratado en el proceso penal sub materia podría llevar a la pena máxima o pena de muerte, que de por sí entraña la posibilidad del error judicial y como consecuencia de esta eventualidad la imposibilidad de corregirlo. Así la prolongación considerada formalmente indebida o ilegal de la detención provisional por un tiempo superior al que señala la ley en expresión literal, tratándose en este caso de hechos que la denuncia y algunas confesiones públicas de imputados que reconocen su participación personal y también organizada incluso formando cuadros dirigenciales en actos típicos de terrorismo en su grado mayor, se explica y crea la necesidad de este tratamiento procedimental para preservar los resultados del proceso, pues por un lado se anularon los procesos arbitrarios seguidos con leyes inconstitucionales que abiertamente agraviaron en su defensa a los recurrentes, con los que se reivindican los derechos fundamentales de éstos, y por otro lado se protege a la sociedad realmente dañada por los hechos ilícitos aceptados públicamente por el grupo de inculpados que ahora los califica de "políticos", con los que reclama vigencia efectiva de los derechos humanos que ellos desconocieron en su oportunidad.

8. En fin, es evidente también que en el caso sub - examine se produjeron actos diversos de terrorismo por parte de los encausados, y por algunos servidores del Estado que en todo caso exigen una precisión, explicación o justificación si

la hay respecto de la acusada arbitraria prolongación de la referida detención provisoria por hechos execrables atribuidos a ambos bandos, conforme lo ha reconocido la Comisión de la Verdad y Reconciliación en el informe final presentado al término de su ejercicio, lo que no significa que para complacer a un sector de la sociedad se tenga que aceptar el método de violencia contra la violencia dentro de un marco de Estado Constitucional Democrático de Derecho que por cierto a la sazón no se respetó. En todo caso es necesario decir que resulta recusable que dicho Estado, llamado a poner orden y a juzgar esas conductas, desviadas según la acusación, no tenga los elementos suficientes propios de una real autoridad para que pasados tantos años no se expidiera la sentencia dentro de un plazo razonable. Por todo esto aparece a la vista que los recurrentes advirtiendo, esa falencia de autoridad y eficacia de nuestro sistema judicial, pretenden desestabilizar el sistema de justicia antiterrorista, trayendo al proceso de inconstitucionalidad argumentaciones que desvisten hechos que podrían resultar clamorosos porque el Estado no actúa con la diligencia y prontitud que todo proceso reclama y la sociedad exige, pues nadie nace para litigar eternamente y ninguna comunidad social está condenada a soportar sine die el escándalo fabricado con el objetivo de desvirtuar la finalidad de dicho proceso.

9. En un caso similar, recaído en el expediente 0019-2005-PI-TC (caso Wolfenson), en que los recurrentes obtuvieron su libertad individual gracias a una ley injusta para la sociedad agraviada y que luego de ser derogada ya había permitido la consumación de la liberación, el Tribunal Constitucional como supremo interprete de la Constitución, atendiendo los derechos de la colectividad señaló que:

   "... como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado. En efecto, por alta que sea su consideración dogmática y axiológica, ningún derecho fundamental tiene capacidad de subordinar, en toda circunstancia, el resto de derechos, principios o valores a los que la Constitución también concede protección...". Igualmente, en este caso, los

derechos individuales incuestionables de los recurrentes no deben subordinar los derechos de la colectividad que han sido agraviados a gran escala, pues

"... La teoría de la prevención general circunscribe su análisis, antes que en el penado, en el colectivo, de forma tal que considera que la pena tiene por finalidad influir en la sociedad a través de la efectividad de la amenaza penal y su posterior ejecución en aquellos que, mediante una conducta antijurídica, atentan contra valores e intereses de significativa importancia en el ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, son objeto de protección por el Derecho Penal..."

"... Hoy se reconoce una vertiente negativa y otra positiva a la teoría de la prevención general. La primera establece como finalidad sustancial de la pena el efecto intimidatorio que genera la amenaza de su imposición en aquellos individuos con alguna tendencia hacia la comisión del ilícito. Sin embargo, es discutible sustentar la tesis conforme a la cual todo individuo proclive a la criminalidad genere el grado de reflexión suficiente para convertirlo en objeto del efecto intimidatorio. En algunos supuestos, dicho efecto es resultado, antes que de la gravedad de la pena preestablecida, del grado de riesgo de ser descubierto, durante o después de la comisión del delito..."

"... Por ello, son los efectos de la vertiente positiva de la prevención general los que alcanzan mayor relevancia. Claus Roxin, los resume del siguiente modo:

(...) el efecto de aprendizaje motivado socio-pedagógicamente, el ejercicio de la confianza en el derecho que se produce en la población por medio de la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que resulta cuando el ciudadano ve que el derecho se impone; y finalmente, el efecto de satisfacción que se instala cuando la conciencia jurídica se tranquiliza como consecuencia de la sanción por sobre el quebrantamiento del derecho, y cuando el conflicto con el autor es visto como solucionado." (Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En: Determinación judicial de la pena. Compilador Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993, p. 28) ..."

Se explica entonces la necesidad de precisar por el Tribunal Constitucional, en el presente caso que alude a la afectación del fundamental derecho a la

libertad personal con una prolongada detención provisoria que rebasó largamente el plazo máximo previsto en la ley, que si bien es verdad no sirve como justificación la ficción fabricada por la ley (Decretos Legislativos 922 y 926 artículo 4 y primera disposición complementaria respectivamente), también es cierto en este caso que la realidad impone la necesidad de subsistencia de dichas normas que regulan el mandato de detención en atención a las razones antes señaladas, máxime considerando que los procesos penales de su referencia (megaproceso) según las públicas informaciones que llegan a diario a la comunidad están ya definidos, es decir con sentencia. Entonces **no es la ley en mención la que nos obliga en este proceso a un cómputo mentiroso sino el estado de necesidad creado por las circunstancias descritas, en las que cuentan las propias conductas obstruccionistas de los recurrentes, pero a condición, bajo responsabilidad de los conductores legales del proceso, de satisfacer las exigencias de justicia dentro de una tramitación debida.**

En consecuencia no es posible hacer lugar a las exigencias de los demandantes, aunque formalmente pudieran ser atendibles según la ley por ellos esgrimida en atención a las razones que exponemos que explican el cuadro de necesidad que lleva a declararlas constitucionales, desde que los Jueces no podemos ser fugitivos de la realidad.

S.

JUAN FRANCISCO VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)