

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



INFORME SOBRE EL EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N°
00012-2008-PI/TC, E-2187, Un análisis a las infracciones
constitucionales de forma y de fondo en el marco del control jurídico
constitucional a la normativa delegada.

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que
presenta:

Lissa Ccopa Pareja

REVISOR:
Juan Carlos Diaz Colchado

Lima, 2023



INFORME DE SIMILITUD

Yo, **Juan Carlos Díaz Colchado**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

INFORME SOBRE EL EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N° 00012-2008-PI/TC, E-2187, Un análisis a las infracciones constitucionales de forma y de fondo en el marco del control jurídico constitucional a la normativa delegada.

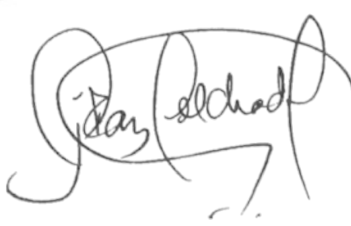
del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

Lissa, Ccopa Pareja

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **29%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **1/08/2024**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 1 de agosto de 2024**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Díaz Colchado, Juan Carlos	
DNI: 411658411	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5602-7673	



*A Dios
por mantener en mi vida a seres de luz, mi familia,
que me sostiene en este camino.*

RESUMEN

El presente informe jurídico aborda el proceso de inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos N° 982, N° 983, N° 988 y N° 989 emitidos a consecuencia de la Ley autoritativa N° 29009 -Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizado, trata de personas y pandillaje pernicioso. Con el objetivo de determinar la validez o invalidez constitucional de la normativa delegada, se examina la delegación de facultades de carácter legislativo otorgadas al presidente de la República, además de desarrollar los tipos de controles posteriores a los que se encuentra sometida y se analiza las infracciones de forma y fondo alegadas. Aproximación dogmática que se realiza por medio de la interpretación jurídica, sistemática, así como teleológica para resaltar la finalidad constitucional aplicando conocimientos vinculados al derecho penal. Con el propósito de probar que en su voto en mayoría el Tribunal Constitucional ha omitido el cumplimiento de su función de garantizar la supremacía de la Carta fundamental, así como el Pleno en su generalidad de pronunciarse en cuestiones de fondo. Razón por la cual se concluye que no se ha efectuado un correcto control de constitucionalidad.

PALABRAS CLAVE:

Proceso de inconstitucionalidad, delegación de facultades, infracciones constitucionales, control político, control jurídico, sustracción de la materia.

ABSTRACT

This legal report addresses the process of unconstitutionality of Legislative Decrees N° 982, N° 983, N° 988 and N° 989 issued as a result of Authoritative Law N° 29009 - Law that grants the Executive Power powers to legislate on illicit drug trafficking, money laundering, terrorism, kidnapping, extortion, organized crime, human trafficking and pernicious gang. In order to analyze the delegated regulations to determine their constitutional validity or invalidity, delegation of legislative powers to the Republic president is examined, types of subsequent controls to which it is subjected is developed and the alleged formal and substantive infractions are analyzed. Dogmatic approach that is carried out by means of legal, systematic as well as teleological interpretation to highlight in the constitutional purpose by applying knowledge related to criminal law. In order to prove that in its majority vote Constitutional Court has omitted their fulfillment of its function of guaranteeing the supremacy of our Fundamental Charter, also the Plenary in its generality to pronounce on substantive matters. That is why it is concluded that a correct control of constitutionality has not been carried out.

KEYWORDS:

Process of unconstitutionality, delegation of powers, constitutional infractions, political control, legal control, subtraction of the matter.

Índice

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	RELACIÓN DE HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA EL EXPEDIENTE.....	6
III.	MARCO TEÓRICO.....	27
IV.	IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	31
4.1.	De la tramitación	31
4.1.1.	Plazos procesales	33
4.1.2.	De la notificación	39
4.1.3.	Del amicus curiae	41
4.2.	De la inconstitucionalidad.....	43
4.2.1.	Inconstitucionalidad por la forma	60
4.2.1.1.	Delegación de facultades legislativas al presidente de la República.....	61
4.2.1.2.	Límites de los órganos del Estado en la Delegación de facultades.....	63
4.2.1.3.	Control político y control jurídico.....	65
4.2.1.4.	Cuestionamiento al pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a la constitucionalidad por la forma.....	70
4.2.2.	De la infracción por el fondo	84
4.2.3.	De la sustracción de la materia.....	94
V.	CONCLUSIONES.....	99
VI.	REFERENCIAS	103
VII.	ANEXOS.....	107

I. Introducción

Todo Estado Constitucional de Derecho para mantener en vigencia la supremacía normativa de la Constitución, así como prevalecer la defensa de los derechos fundamentales, ostenta de múltiples garantías. Las mismas que, fueron introducidas por el constituyente, en el sistema normativo peruano conforme el artículo 200° de la Constitución Política del Perú, siendo una de ellas la denominada acción de inconstitucionalidad.

Proceso por el cual se ha ventilado la determinación de la validez de los Decretos Legislativos N° 982, N° 983, N° 988 y N° 989, publicados el 22 de julio de 2007, emitidos por el Poder Ejecutivo previa autorización del Poder Legislativo para poder regular normativa que establezca una estrategia integral a efectos de combatir determinados delitos, por medio de la Ley autoritativa N° 29009 -Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizado, trata de personas y pandillaje pernicioso.

Efectuando un recorrido breve al estado situacional de la delincuencia organizada, se describe el contenido de las disposiciones normativas modificadas por la legislación ejecutiva, así como el *íter* procesal desde la interposición de la demanda hasta el momento de emisión de la sentencia. A efectos de abordar la tramitación al proceso de inconstitucionalidad para advertir tres falencias en el desarrollo de la misma, relacionadas con el plazo, la notificación y la institución del *amicus curiae*. Seguidamente, ya adentrado al análisis de la sentencia, se realiza una aproximación jurisprudencial y doctrinaria de las infracciones a la Constitución, las consecuencias

de declararla fundada o infundada y los tipos de pronunciamiento. Para posteriormente, examinar a raíz de los distintos votos emitidos por los miembros del Tribunal Constitucional cada una de las normas cuestionadas por la parte demandante, iniciando por las alegaciones de forma para continuar con las de fondo. Culminando con el desarrollo de la institución relativa a la sustracción de la materia, determinada por el Tribunal Constitucional. Estableciendo, finalmente conclusiones respecto a la decisión que debió seguir el Pleno del Tribunal Constitucional a efectos de desarrollar un correcto control de constitucionalidad.

Es precisamente esta finalidad y la importancia en la materia que se encuentra vinculada al derecho penal sustantivo y adjetivo, la que orienta la intención de realizar este trabajo. Puesto que, la controversia que da lugar a la expedición del pronunciamiento del pleno del Tribunal Constitucional en el expediente N° 0012-2008-PI/TC se enmarca en el derecho público. Específicamente en la rama del derecho constitucional, por abordar derechos fundamentales y fuentes de derecho nacidas de las relaciones de los poderes dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Del cual, como resultado lógico, su control normativo toma relevancia para la garantía de la supremacía de la Constitución, introduciendo así al derecho procesal constitucional, por medio del proceso de inconstitucionalidad. En el cual se debate asuntos vinculados con el área penal, al efectuarse por medio del Decreto Legislativo N° 982 incorporaciones a la parte general y especial del Código Penal. En igual sentido, con el derecho procesal penal a través de las modificaciones efectuadas por los Decreto Legislativo N° 983, Decreto Legislativo N° 988 y también por el Decreto Legislativo N° 989 a instituciones procesales.

II. Relación de hechos sobre los que versa el expediente

En el expediente E-2187 se aborda la demanda de inconstitucionalidad, tramitada ante el Tribunal Constitucional en el proceso N° 0012-2008-PI/TC. Mediante el cual cinco mil trescientos noventa y tres ciudadanos representados por el señor Juan Miguel Jugo Viera interponen la garantía constitucional en contra del Decreto Legislativo N° 982, Decreto Legislativo N° 983, Decreto Legislativo N° 988 y Decreto Legislativo N° 989, todos suscritos en fecha 21 de julio de 2007 y publicados en el Diario Oficial El Peruano, el día 22 de julio de 2007.

Siendo necesario, a efectos de realizar el posterior análisis de lo resuelto, describir brevemente la coyuntura criminal organizada, además de los antecedentes fácticos que promovieron en primer término la dación de la ley autoritativa y posteriormente los Decretos Legislativos materia de demanda, finalmente la decisión que adoptó el entonces Pleno del Tribunal Constitucional.

Hacia el año 2007, múltiples encuestas de opinión develaron la percepción en el incremento de inseguridad y delincuencia. Apoyo Opinión y Mercado en un sondeo realizado en enero de 2007 reveló que para un 65% de la población en Lima Metropolitana la delincuencia era el principal problema, siendo que para un 55% de los encuestados había incrementado desde hace un año atrás (Basombrío, 2007). Situación replicada a nivel nacional; puesto que, Imasen sostuvo que para febrero de 2007 la violencia delincuencial acrecentó, lo cual se corrobora con la encuesta del Ministerio del Interior respecto a la victimización precisando que en regiones como Arequipa dicha sensación alcanza el 92%.

Problemática que en igual sentido ha sido detallada en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 1237/2006-PE -Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizado, trata de personas y pandillaje pernicioso, presentada por el entonces presidente Alan García Pérez al Congreso de la República. Expresando que, en el marco del artículo 44°, así como del inciso 4 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú, le corresponde velar por el orden interno protegiendo a la ciudadanía frente a la expansión del estado de inseguridad por el accionar de la delincuencia cada vez más organizada y especializada. Por lo que, propone al amparo del artículo 107° de la Carta fundamental:

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

Delégase en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso, por un plazo de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la vigencia de la presente Ley, en los términos que hace referencia el artículo 104° de la Constitución Política del Perú, con el objeto de adoptar e implementar una estrategia integral para combatir eficazmente los citados delitos.

Sometido que fue a consideración del Congreso de la República y realizado el debate en la novena Sesión de Pleno del 25 y 26 de abril de 2007, se aprobó en primera votación el texto original del Proyecto de Ley N° 1237/2006-PE con 49 votos a favor, promulgándose la Ley autoritativa N° 29009 - Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizado, trata de personas y pandillaje pernicioso, el 27 de abril de 2007, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de abril del mismo año. A su amparo, el 22 de julio de 2007 fueron publicados once Decretos Legislativos que entre su contenido modificaban o incorporaban artículos a

la legislación penal. Entre ellos, el Decreto Legislativo N° 982 -Decreto Legislativo que modifica el Código Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 635, el Decreto Legislativo N° 983- Decreto Legislativo que modifica el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal y el Nuevo Código Procesal Penal. Así como, el Decreto Legislativo N° 988 -Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27379, que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos e investigaciones fiscales preliminares; y el Decreto Legislativo N° 989 - Decreto Legislativo que modifica la Ley 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito.

Si bien las normas no fueron objetadas a nivel parlamentario, en fecha 12 de mayo de 2008, luego de que el Jurado Nacional de Elecciones -JNE mediante Resolución N° 075-3008-JNE del 25 de marzo de 2008, pusiera en conocimiento la certificación de 5393 registros válidos de adherentes que otorga el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil -RENIEC en el expediente sobre autenticidad de firmas adherentes para interponer Acción de inconstitucionalidad, el ciudadano Miguel Jugo Viera, en su representación, promueve la garantía constitucional en contra de los Decretos Legislativos anteriormente mencionados. Del petitorio y contenido de la demanda, se advierte de manera concisa que se orienta a cuestionar los siguientes extremos de los Decretos Legislativos promulgados buscando se declare la inconstitucionalidad y consiguiente derogación de la siguiente manera.

En relación al Decreto Legislativo N° 982

El artículo 1° por regular materia no delegada en la Ley autoritativa N° 29009. Asimismo, el extremo que modifica el inciso 11 del artículo 20° del Código Penal por vulnerar el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal.

ARTÍCULO 1°.- Modifícase los artículos 2°, 20°, 29°, 46°-A, 57°, 102° y 105° del Libro Primero (Parte General) del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635, en los términos siguientes:

“Artículo 20°.- Inimputabilidad

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”:

La parte demandante alega que entre las materias autorizadas a legislar de parte del Ejecutivo mediante Ley N° 29009 no existe referencia en cuanto a reformas en supuestos de exención de responsabilidad penal o en la Parte General del Código Penal. Así como tampoco fue autorizado legalmente para regular la actuación tanto de las Fuerzas Armadas y como de las Fuerzas Policiales, lo que además implica serias violaciones al derecho a la vida e integridad personal. De igual manera, no establece criterios sobre la responsabilidad subjetiva pues se limita a señalar que el uso de arma de fuego y el cumplimiento de un deber -regulado en el inciso 8 del artículo 20° de Código Penal- son condiciones para su aplicación, amparando su impunidad, incluso por hechos anteriores a su promulgación, quebrantando el derecho a un recurso efectivo. Por otro lado, siguiendo la teoría del delito, el inciso 11 del artículo 20° del Código Penal es una causa de justificación, más no de inimputabilidad, ya que no refiere condiciones psicobiológicas que impidan comprender la ilicitud de la conducta.

En igual sentido, aunque no lo indica en el petitorio, desarrolla el extremo en el que modifica el artículo 57° del Código Penal, por vulnerar el principio de cosa juzgada al introducir una nueva causal por la que no procede la suspensión de la ejecución de la pena.

ARTÍCULO 1°.- Modificase los artículos 2°, 20°, 29°, 46°-A, 57°, 102° y 105° del Libro Primero (Parte General) del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635, en los términos siguientes:

“Artículo 57°.- Requisitos

El Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; y
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual.”

Refiere que la modificatoria es inconstitucional porque no contiene cambio normativo alguno aplicable de manera específica a la materia autorizada mediante Ley N° 29009, por el contrario, es adaptable de manera general a todo tipo penal; resultando inconstitucional. Además, irrumpe con el principio de cosa juzgada relacionado con la rehabilitación, reeducación y reinserción del penado y la prohibición de ser sancionado dos veces por un mismo delito. Toda vez que el incremento de la pena carece de lógica si su único fundamento es la existencia de una condena precedente.

El artículo 2° en la parte que modifica el artículo 200° del Código Penal, en cuanto al delito de extorsión, por regular materia no delegada por la Ley autoritativa N° 29009 y vulnerar la libertad de pensamiento y expresión, así como el derecho a la huelga -

específicamente la participación de funcionarios públicos con poder de decisión, el asociarse libremente y de reunión.

ARTÍCULO 2°.- Modificase los artículos 148°-A, 152°, 200°, 296°, 296°-A, 297°, 298°, 299°, 316°, 317°, 367°, 404°, 405° e incorpórase los artículos 195°, 409°-A, 409°-B y 417°-A del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 635, en los siguientes términos:

“Artículo 200°.- Extorsión

(...)

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42° de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal.

Se alega inconstitucionalidad en cuanto a la forma por haber excedido materia delegada, puesto que, es antitécnico confundir el derecho a la huelga con el delito de extorsión a funcionarios al no existir elemento jurídico que vincule a funcionarios públicos con autoridad de decisión y a quienes desempeñen cargos de dirección y confianza, con los ilícitos contemplados en la Ley N° 29009. En ese sentido, deviene inconstitucional en cuanto al fondo por vulnerar el derecho a la huelga, asociarse libremente, libertad de pensamiento y expresión. Asimismo, por afectar el principio de lesividad e interdicción de la arbitrariedad, por cuanto establece acciones no destinadas a obtener un beneficio indebido de orden patrimonial, esencial para la materialización del delito de extorsión que sistemáticamente comprende los delitos contra el patrimonio. Por el contrario, constituyen conductas delictivas que perturban el orden público, que igualmente se alejan de la finalidad de lucro que rige el delito de extorsión. Acciones por las que en su forma agravada alcanzan una pena de hasta veinticinco años, resultando desproporcionado.

En relación al Decreto Legislativo N° 983

El artículo 1º en el extremo que modifica el inciso 2 del artículo 244º del Código de Procedimientos Penales por regular materia no delegada y restringir el derecho de defensa.

Artículo 1º.- Modificase el artículo 16º y la denominación del Título II del Libro II y los artículos 94º, 97º, 102º, 188º, 238º, 244º, 248º, 251º, 260º, 261º, 263º y 267º del Código de Procedimientos Penales, aprobado por Ley N° 9024, en los términos siguientes:

"Artículo 244º.- Examen del acusado

(...)

2. El acusado es examinado por el Fiscal, por los abogados de la parte civil, del tercero civil, por su abogado y por el Director de Debates, en ese orden. Los demás miembros de la Sala, sólo podrán examinar al acusado si existiera la necesidad de una aclaración. En todos estos casos, el interrogatorio será directo.

Asimismo, el artículo 1º en el extremo que modifica el tercer párrafo del artículo 261º del Código de Procedimientos Penales por vulnerar el principio de cosa juzgada, al valorar la sentencia firme que acredite la naturaleza o existencia de una asociación ilícita para delinquir u organización delictiva.

Artículo 1º.- Modificase el artículo 16º y la denominación del Título II del Libro II y los artículos 94º, 97º, 102º, 188º, 238º, 244º, 248º, 251º, 260º, 261º, 263º y 267º del Código de Procedimientos Penales, aprobado por Ley N° 9024, en los términos siguientes:

“Artículo 261º.- Prueba trasladada

En los delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir, la Sala a pedido de las partes o de oficio podrá realizar las actuaciones probatorias siguientes:

Las pruebas admitidas y practicadas ante un Juez o Sala Penal podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Sin necesidad de que concurren tales motivos, podrán utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial. La oposición a la prueba trasladada se resuelve en la sentencia.

La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir determinada, o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada conforme al artículo 283º.”

Articulado que, pese a no hallarse explícitamente en el petitorio, de la fundamentación de la demanda, se pide se declare su inconstitucionalidad porque desnaturaliza la figura de la prueba trasladada. En atención a que, por efecto procesal, la sentencia firme adquiere la calidad de cosa juzgada, por lo cual no puede incorporarse a un proceso para ser reevaluada y en mérito a ello fundamentar una sanción en un proceso diferente. Más aún si, para ser válida y tener mérito propio debe someterse a un contradictorio; vulnerando el principio de cosa juzgada.

El artículo 2º en la parte que modifica el artículo 137º del Código Procesal Penal por vulnerar las garantías judiciales e introducir una nueva causal a efectos de que proceda la prolongación en el plazo de detención.

Artículo 2º.- Modificase el artículo 137º del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 638, en los términos siguientes:

“Artículo 137º.- Duración de la detención

(...)

Cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por un plazo igual. La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que resolverá la Sala, previo dictamen del Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas.

Sostiene la parte demandante en cuanto este extremo que, resulta incompatible con el respeto del principio de razonabilidad, proporcionalidad y humanidad de penas prolongar la detención judicial preventiva sin establecer condiciones como una defensa obstruccionista o mediar situaciones que generen perjuicio grave para la sociedad. Sumado a que, resulta contradictoria con los fines de la Ley autoritativa N° 29009, puesto que, esta modificación legal no se orienta a lograr decisiones judiciales efectivas al permitir la prolongación de una detención por hasta seis años en un proceso penal sin que se haya dictado un pronunciamiento definitivo.

El artículo 3º en el sentido que modifica el artículo 259º del Nuevo Código Procesal Penal por regular materia no delegada y vulnerar el derecho a la libertad personal, además de modificar la noción de flagrancia.

Artículo 3º.- Modifícase los artículos 24º, 259º, 318º, 319º, 382º y adiciónese el inciso “c” al numeral 1) y el numeral 10) al artículo 523º del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, en los términos siguientes:

“Artículo 259º.- Detención Policial

1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:
 - a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.
 - b) Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

La demandante aduce en cuanto este extremo que la autorización para precisar la definición respecto a la configuración de flagrancia, conforme el inciso b) del artículo 2º de la Ley N° 29009, debe estar en consonancia con los delitos de crimen organizado tráfico ilícito de drogas, terrorismo, pandillaje pernicioso, secuestro, lavado de activos, extorsión y trata de personas, más no aplicarse para todo tipo penal; deviniendo en inconstitucional. Adicionalmente, el que se extienda el plazo de flagrancia hasta por 24 horas resulta irrazonable y desproporcionado por inobservar los requisitos de percepción directa y de inmediatez tanto temporal como personal para su configuración, quebrantando el derecho a la libertad personal.

En cuanto al Decreto Legislativo N° 988

El artículo único en la parte que modifica el artículo 2° de la Ley 27379 por vulnerar el derecho a la libertad personal al introducir como posibilidad que el detenido se encuentre incomunicado:

Artículo Único.- Modifícase el inciso 3) e incorpórase los incisos 4) y 5) al artículo 1°; incorpórase los incisos 2°-a) y 3) y modifícase los incisos 4), 7) y 8) del artículo 2°; y, modifícase los artículos 3° y 4° de la Ley N° 27379, que regula el Procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares, en los términos siguientes:

“Artículo 2°.- Medidas limitativas de derechos

El Fiscal Provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, podrá solicitar al Juez Penal las siguientes medidas limitativas de derechos:

(...)

2.a. Incomunicación. Esta medida se acordará siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados. Puede acumularse a la medida de detención preliminar, con una duración no mayor de diez (10) días, siempre que no exceda el plazo de duración de esta última. Esta medida no impide la conferencia en privado del detenido con su abogado defensor, la que no requiere autorización previa ni podrá ser prohibida.

La inconstitucionalidad de este apartado, según la parte demandante radica en no mencionar los supuestos indispensables frente a los cuales se puede disponer la incomunicación, ni especificar la necesaria motivación en la resolución que así la establezca. En el entendido que, la medida limitativa de la incomunicación debe imponerse en supuestos establecidos de manera clara y únicamente por autoridad específica.

En cuanto al Decreto Legislativo N° 989

El artículo 1° en el apartado que reforma el artículo 1° de la Ley 27934 por vulnerar el derecho a la libertad personal, además de otorgar a las Fuerzas Policiales atribuciones conferidas al Ministerio Público.

Artículo 1°.- Modificase los artículos 1° , 2° y 4° e incorpórase los artículos 2°-A, 2°-B, 2°-C, 2°-D, 2°-E, 2°-F, 2°-G y 2°-H de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, en los términos siguientes:

“Artículo 1°.- Actuación de la Policía en la investigación preliminar

La Policía Nacional, en su función de investigación, al tomar conocimiento de hechos de naturaleza delictiva deberá de inmediato llevar a cabo las diligencias imprescindibles para impedir que desaparezcan sus evidencias y, en caso de flagrante delito, proceder a la captura de los presuntos autores y partícipes, dando cuenta sin mayor dilación que el término de la distancia, en su caso, al Fiscal Provincial, para que asuma la conducción de la investigación.

Cuando el Fiscal se encuentre impedido de asumir de manera inmediata la conducción de la investigación debido a circunstancias de carácter geográfico o de cualquier otra naturaleza, la Policía procederá con arreglo a lo dispuesto en el párrafo precedente, dejando constancia de dicha situación y deberá realizar según resulten procedentes las siguientes acciones:

(...)

13. Recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados.
14. Solicitar y recibir de inmediato y sin costo alguno de las entidades de la Administración Pública correspondientes, la información y/o documentación que estime necesaria vinculada a los hechos materia de investigación, para lo cual suscribirá los Convenios que resulten necesarios, con las entidades que así lo requieran.
15. Realizar las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

De todas las diligencias especificadas en este artículo, la Policía sentará actas detalladas que entregará al Fiscal, respetando las formalidades previstas para la investigación. El Fiscal durante la Investigación puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía.

Las partes y sus abogados podrán intervenir en todas las diligencias practicadas y tomar conocimiento de éstas, pudiendo en cualquier momento obtener copia simple de las actuaciones, guardando reserva de las mismas, bajo responsabilidad disciplinaria. En caso de inobservancia del deber de reserva, el Fiscal deberá comunicar al Colegio de Abogados correspondiente para que proceda con arreglo a sus atribuciones.

El Fiscal dispondrá, de ser el caso, el secreto de las actuaciones en la investigación por un plazo prudencial que necesariamente cesará antes de la culminación de las mismas, poniendo en conocimiento de tal decisión a las partes.”

Su inconstitucionalidad de acuerdo con lo vertido por la parte demandante deviene en que vulnera los incisos 2 y 4 del artículo 159° de la Constitución Política, referido a las atribuciones del Ministerio Público. Toda vez que, las diligencias que se encargan a los miembros de la Policía Nacional del Perú implican desconocer el rol del Ministerio Público en la dirección de la investigación del delito, desde sus inicios, que la hacen superponerse por su función de control y de impulso. En el mismo sentido, lo reconoce el inciso 10 del artículo 7° de la Ley N° 27238 -Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú y el artículo 9° de Decreto Legislativo N° 052 -Ley Orgánica del Ministerio Público.

Se pone en tela de juicio igualmente el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989 en el apartado que modifica el artículo 4° de la Ley N° 27934, en cuanto la enunciación de flagrancia:

Artículo 1º.- Modificase los artículos 1º , 2º y 4º e incorpórase los artículos 2º-A, 2º-B, 2º-C, 2º-D, 2º-E, 2º-F, 2º-G y 2º-H de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, en los términos siguientes:

“Artículo 4º.- Detención en flagrancia

A los efectos de la presente Ley, se considera que existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo o cuando:

- a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
- b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso.”

De la lectura del petitorio, no se aprecia una solicitud de declaración de inconstitucionalidad en cuanto a este extremo del Decreto Legislativo N° 989. Sin embargo, de su contenido normativo, se tiene que la flagrancia aquí definida tiene igual contenido que el desarrollado en la modificatoria al artículo 259º del Nuevo Código Procesal Penal mediante el artículo 3º del Decreto Legislativo N° 983. Por lo tanto, y así también lo ha comprendido el entonces Pleno del Tribunal Constitucional, este extremo es cuestionado en cuanto a su constitucionalidad por los mismos fundamentos.

Una vez verificado el cumplimiento de las exigencias establecidos en los artículos 100º y 102º del Código Procesal Constitucional -Ley N° 28237, vigente a la fecha de

presentación de la demanda, y tras adecuar las formalidades al fin del proceso -en cuanto al señalamiento del domicilio procesal del demandante- según el tenor del artículo III del Título Preliminar del mencionado Código, en fecha 25 de agosto de 2008 fue admitida a trámite por el Tribunal Constitucional. Demanda que fui signada con el número 00012-2008-PI/TC.

Auto que, de acuerdo con el trámite *post-admisión* fue notificado junto a una copia de la demanda el 17 de septiembre de 2008, conforme figura del sello de recepción en el Oficio N° 827-2008-SR/TC dirigido a la entonces presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado. En el entendido que el legitimado pasivo, por tratarse las normas impugnadas de Decretos Legislativos, es el Poder Ejecutivo atendiendo a lo establecido al numeral 2 del artículo 107° del Código Procesal Constitucional. Institución que, representada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Justicia y por intermedio de apoderado designado específicamente para tal efecto -mediante Resolución de la Presidencia del Consejo de Defensa Judicial del Estado- en consonancia con el último párrafo del artículo 99° del Código Procesal Constitucional; dentro de los 30 días hábiles desde la notificación del auto admisorio, en cumplimiento del artículo 107° de la normativa procesal referida se apersona al proceso el 30 de octubre de 2008. Al tiempo que, ejerciendo la defensa de fondo, contesta la demanda formulando los alegatos en el siguiente sentido.

Los Decretos Legislativos materia de cuestionamiento respetan el marco de la delegación de facultades legislativas de acuerdo con la Ley autoritativa N° 29009. En atención a que, de su contenido, se aprecia que se enmarcan en el objetivo descrito en el literal a) del artículo 2°; vale decir,

Artículo 2°.- Delegación de facultades
En el marco de la delegación legislativa, el Poder Ejecutivo está facultado para:

- a) Establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general, y en especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, así como pandillaje pernicioso.

Lo cual supone realizar modificaciones que resulten necesarias inclusive respecto de la Parte general del Código Penal. De ahí que, una regulación sistemática, coherente y conexa va a enfrentar de mejor manera el fenómeno de la criminalidad organizada. Referente al cuestionamiento de constitucionalidad de las modificaciones tanto del Código de Procedimientos Penales como del Código Procesal Penal por exceder la materia delegada, afirma que se encuentran orientadas a mejorar y acelerar el diseño del proceso judicial en delitos de lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, secuestro terrorismo, trata de personas, crimen organizado, extorsión y pandillaje pernicioso.

En cuanto a los argumentos de inconstitucionalidad por el fondo, la demandada invoca que la incorporación del inciso 11 al artículo 20° del Código Penal por medio del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982 no involucra un quebrantamiento al derecho a la integridad personal ni a la vida. Toda vez que, la lucha de las fuerzas contra la criminalidad organizada y delincuencia se encuentra garantizada sin suponer responsabilidad penal cuando se ejerza acorde con el artículo 5° de la Ley N° 29166 -Ley que establece reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas armadas en el territorio nacional y el artículo 103° de la Ley N° 27238 - Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú que regula el empleo del arma de fuego por parte de

los efectivos policiales. Acota que su incorporación es una puntualización a la exención de responsabilidad regulada en el inciso 8 del artículo 20° del Código Penal en el accionar de las fuerzas armadas y policiales cuyo cumplimiento se determinará judicialmente previa investigación.

Sobre la modificatoria del artículo 57° del Código Penal, también mediante el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982, defiende su constitucionalidad formal, además, en el inciso c) del artículo 2 de la Ley autoritativa N° 29009 que faculta al Poder Ejecutivo:

c) Modificar el Código Penal y las normas penales especiales, a fin de tipificar nuevas conductas delictivas, perfeccionar los tipos penales vigentes y modificar o establecer nuevas penas, bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la gravedad de los delitos y a la afectación social que éstos acarrearán.

Alegando que conforme ha decidido el Pleno del Tribunal Constitucional en pronunciamiento emitido en la causa N° 0014-2006-PI/TC la institución de la reincidencia no implica una doble sanción, sino una, aunque agravada.

Respecto a la modificatoria del artículo 200° del Código Penal introducida mediante el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 982, ampara su validez formal además en el literal c) del artículo 2° de la Ley autoritativa N° 29009. Afirma que los derechos a la huelga, libertad de pensamiento, reunión y expresión de un funcionario público confianza y de dirección o con poder de decisión, no se ven vulnerados. En atención a que, frente al empleador público, la especial característica de su cargo le crea una ventaja por el acceso a información privilegiada y su indispensable participación para el funcionamiento regular de la institución, pudiendo amenazar al empleador a cambio

de obtener una ventaja económica ilícita. Subrayando que la represión está dirigida a la extorsión en la participación de huelgas y no a la huelga en primer término.

En relación a la modificatoria del artículo 244° del Código de Procedimientos Penales, contenida en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983 en principio defiende su constitucionalidad formal por estar acorde con el literal d) del artículo 2° de la Ley autoritativa tantas veces mencionada, que prescribe:

- d) Modificar el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal para rediseñar los procesos con diligencias pertinentes y plazos perentorios que permitan decisiones judiciales oportunas.

Relativo a cuestiones de fondo, sostiene que el juez no cumple el rol de contradecir lo vertido por el acusado, ya que ello le compete al Fiscal y a la parte civil. Por lo tanto, el que interroga en último lugar no vulnera el derecho a la defensa, cuya oportunidad se mantiene vigente dentro del proceso y se materializa hasta en su autodefensa conforme la interpretación de la normativa del Nuevo Código Procesal Penal.

En cuanto al artículo 2° del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 refiere que, abordar delitos en el contexto de una organización criminal representa una especial dificultad complejizando la actividad probatoria. Circunstancias que plantean la necesidad de un plazo razonable en la detención a fin de perseguir de manera eficaz el delito, esclarecer los hechos e imponer una sanción, siguiendo lo señalado por el Tribunal Constitucional en el pronunciamiento del proceso N° 1175-2006-HC/TC.

Sobre el artículo 259° del Nuevo Código Procesal Penal, asegura que la definición ampliada sobre los alcances de delito flagrante dada por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983, abarca la facultad otorgada en el inciso b) del artículo 2° de la Ley autoritativa N° 29009, que a la letra prescribe:

b) Definir con precisión la configuración de la flagrancia en la comisión de los delitos para permitir la acción pronta y eficaz de la Policía Nacional del Perú.

Considera adicionalmente, que debido a los múltiples problemas operativos es un mecanismo legal que garantiza a las fuerzas del orden actuar de manera efectiva y oportuna al momento de proceder a una detención en flagrancia.

En relación a la modificatoria vertida en el artículo Único del Decreto Legislativo N° 988 respecto al artículo 2° de la Ley N° 27379 -Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares. Expresa que la posibilidad de proceder a la incomunicación del detenido, se instaura de manera motivada y únicamente en casos que resulte indispensable a fin de esclarecer los hechos investigados. Incomunicación que no puede entenderse de manera total al fijar un plazo máximo, no establecer restricción alguna para que el procesado se entreviste con su defensa y tampoco encontrarse impedido de acceder a revistas, diarios, así como a libros o escuchar noticias.

Finalmente, se cuestiona la variación del artículo 1° de la Ley N° 27934 -Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito mediante el artículo 1° del Decreto Supremo N° 989. Sostiene que, conforme con lo estipulado en el artículo 166° de la Constitución, la Policía Nacional de Perú

debe cumplir funciones en su rol protector del orden interno, estando de acuerdo a tal fin las facultades incorporadas. Motivos por los cuales, solicita se declare infundada la demanda.

En fecha 18 de noviembre de 2018, el Tribunal Constitucional tiene por absuelto el trámite de contestación de demanda y en observancia de lo estipulado en el artículo 107° del Código Procesal Constitucional, vigente a la fecha, señala fecha para la vista de la causa. Reprogramada que fue hasta en dos oportunidades, tras la solicitud y concesión de uso de la palabra a los representantes de las partes procesales, la audiencia pública se desarrolló el 17 de febrero de 2009. Emitiendo sentencia el Pleno del Tribunal Constitucional el 14 de julio de 2010, fallando los magistrados Mesía Ramírez, Calle Hayen, Álvarez Miranda y Vergara Gotelli, con el fundamento de voto emitido por el magistrado Eto Cruz, de la siguiente manera:

1. Declarar que se ha producido la sustracción de la materia respecto del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 983 en el extremo que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957); respecto del artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 983 en el extremo que modifica el artículo 4 de la Ley N.º 27934; y respecto del artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 982, en cuanto modifica el artículo 57° del Código Penal.
2. Declarar que la modificación introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 983 al artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, no es inconstitucional, en la medida que sea interpretado y aplicado conforme a lo dispuesto en el fundamento 30 de la presente resolución.
3. Incorporar el fundamento 18 al presente fallo, de manera que su contenido sea tomado en cuenta por los jueces penales en los procesos en los que se solicite la aplicación del artículo 20 inciso 11 del Código Penal.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.

Con el voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, en el sentido de:

1. Declarar que se ha producido la sustracción de la materia respecto del artículo 3 del Decreto legislativo N.º 983 en el extremo que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.º 957) y respecto del artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 983 en el extremo que modifica el artículo 4 de la Ley N.º 27934.
2. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia:
 - a) Declarar inconstitucional el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 982 en los extremos que modifican los artículos 20 y 57 del Código Penal.
 - b) Declarar inconstitucional el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 982 en el extremo que modifica el artículo 200 del Código Penal incorporando un cuarto párrafo que criminaliza la participación en huelgas de aquellos funcionarios públicos que no tienen reconocido dicho derecho en la Constitución.
 - c) Declarar inconstitucional el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 983 en el extremo que modifica el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales
 - d) Declarar inconstitucional el artículo 1 del DL 983 en el extremo que modifica el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales incorporando un tercer párrafo.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo que se refiere al cuestionamiento al Artículo Único del Decreto Legislativo N.º 988 en el extremo que modifica el artículo 2 de la Ley N.º 27934 incorporando el inciso "2,a" y el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 983, en el extremo que modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 incorporando nuevos supuestos en los que procede la prolongación de la detención y el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 989 en el extremo que modifica el artículo 1 de la Ley N.º 27934.

Los fundamentos por los que, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 28301 - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del artículo 10º del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, no se alcanzó la mayoría exigida de cinco votos conformes para declarar inconstitucional una norma con rango de ley serán tomados en cuenta a efectos de analizar las decisiones emitidas en el capítulo subsiguiente.

III. Marco teórico

Resulta indispensable en el contexto del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, situarnos en el paradigma de la prevalencia de la Constitución. Rescatando, además de su jerarquía formal, su validez como norma jurídica creadora y ordenadora del Derecho y las relaciones sociales, esto es su jerarquía material; que, por medio de su aplicación e interpretación garantizan la protección y vigencia de los derechos. Bajo esa línea, al versar la sentencia materia de análisis en las instituciones del derecho público, específicamente en el área penal, corresponde que sus conceptos y alcances sean leídos en consonancia a su vinculatoriedad e influencia, por medio del empleo del fenómeno denominado constitucionalización del derecho.

En términos generales, la constitucionalización del derecho puede estar definida conforme lo sostiene Favoreu como la propagación a las distintas ramas del Derecho del carácter normativo de la Constitución (2001, p.40). O, según referiría Guastini un ordenamiento jurídico que de acuerdo a determinadas *condiciones de constitucionalización* -como lo denomina- supedita en determinado grado no solo a las demás fuentes de derecho, a decir la legislación, jurisprudencia, doctrina, a los parámetros constitucionales; sino que también rige la conducta de los operadores jurídicos, actores políticos y toda relación social existente (2009, p.153).

Para lo cual indefectiblemente se debe contar como mínimo con dos de las siete condiciones de constitucionalización que plantea a modo de partida. La primera, con una Constitución rígida que, no obstante ser escrita implica que su propio contenido imprima una protección frente a la legislación ordinaria, por un lado, para establecer un mecanismo más complejo para su reforma; y por otro, en un sentido de mayor protección, para que determinados postulados se mantengan incólumes. La segunda,

es la garantía jurisdiccional de la Constitución, por la cual se establecen mecanismos de control de la concordancia de las disposiciones legales con el texto constitucional; en el caso peruano guiado por el tercer modelo, en que se efectúa un control posterior a la entrada en vigencia de la norma por medio del sometimiento de un caso en concreto ante las instancias constitucionales, cuya decisión de legitimidad constitucional o no, posee efectos generales. Aspectos que como definiría Aguiló, hacen que un Estado Constitucional de Derecho se caracterice por poseer una *lex superior* de modificación difícil con efectos pragmáticos en el razonamiento de la justicia ordinaria por cuanto de esa manera se garantizará los derechos (2019, p. 87).

El restante de las condiciones de constitucionalización marca un grado suficiente de constitucionalización, pues la tercera, está referida a su fuerza vinculante marcada por la difusión al ser una norma genuina productora de efectos jurídicos; la cuarta, a la capacidad para ser interpretada de manera extensiva a fin de que no haya zona exenta de control constitucional; y la quinta, a su aplicación directa a toda situación controvertida entre particulares o con el Estado, mostrando una eficacia vertical y horizontal en las relaciones. De igual forma, están presentes dentro de las condiciones del referido proceso, como sexto elemento de constitucionalización, la interpretación conforme o armonizadora de las leyes en relación a la Constitución para preservar su validez; y finalmente, la séptima, su influjo frente a las relaciones políticas con la intención de resolver conflictos, así como argumentar la toma de decisiones.

Por su parte, conforme sostiene Alvites, puede ser entendida tanto como proceso y resultado. Así, refiriéndose al primero, la constitucionalización implica un derecho de principios que superando a la ley en un sentido material y formal busca que su contenido sea interpretado de manera omnicompreensiva disciplinando de manera

directa la producción normativa, el sentido de su aplicación, así como fijando su delimitación. En tanto que, como resultado, busca que de manera específica o general la vinculatoriedad genere que los operadores constitucionales -y por qué no los jueces de la justicia ordinaria- empleen dichos lineamientos para concretizar o materializar la protección y resguardo de los derechos fundamentales (2018, p. 365-366).

Ahora bien, afirmar la necesidad de impregnar las normas constitucionales y por ende su contenido para aplicar e interpretar el derecho penal resulta incuestionable. Ello por cuanto, el Estado por medio del Poder Judicial ostenta de manera excluyente el ejercicio de la administración de justicia, que lo faculta a imponer penas, siendo la más lesiva la privación de la libertad personal. Por lo que, el *ius puniendi* estatal debe observar los principios y derechos que la Norma fundante reconoce, funcionando dichos valores superlativos como un delimitador de la conducta del juez a efectos de evitar una práctica arbitraria y trasgresora del principio de legalidad (Landa, 2013, p.23).

Por ello, la potestad punitiva debe ser refrenada pues como señala Loewenstein, ese es el objetivo del constitucionalismo, limitar el poder absoluto (1969). Lo cual debe efectuarse en un ámbito formal como material a efectos de que quienes ejercen el poder y quienes crean las disposiciones normativas penales, así como las normas en sí mismas, ostenten legitimidad sustancial (Celis, 2019, p.4). Todo con la finalidad de tutelar los derechos de la persona, ya que a través del despliegue de su fuerza normativa es capaz de replantear instituciones al igual que conceptos clásicos del derecho sancionador (Landa, 2006, p.9).

A propósito de ello, bajo esa misma línea, Mir Puig señala que, las categorías de la

dogmática penal son objeto susceptible de interpretación del derecho constitucional a través de la argumentación o en su defecto por medio del contenido normativo (2009, pp. 1357-1382). De igual forma, una lectura cada vez más principista es una herramienta que permite controlar los excesos en los que el legislador puede incurrir al delinear la política criminal (Landa, 2013, p.23). Al tiempo que como sostiene Bacigalupo la armonizará con el derecho procesal penal, así como con las normas de ejecución sobre la materia (1999, pp. 44-45). Y, consecuentemente lograr un sentido de unidad en la rama penal, en definitiva, afín a la Constitución.

De otro lado, la constitucionalización del derecho procesal penal, parte por entender que el referido sistema de procesamiento de acuerdo a Rodríguez es un mecanismo resolutor de conflictos en el cual debe de coexistir la autoridad persecutora y sancionatoria como el respeto de los derechos de las partes (2006, p. 73-74). Mismos que se encuentran delineados en la Carta fundamental, al igual que las funciones que cada uno de los órganos intervinientes deben ejercer, llámese Ministerio Público, Policía Nacional del Perú y el Poder Judicial. Para lograr alcanzar un adecuado empleo de la jurisdicción y la preservación de las garantías procesales, como la tutela judicial efectiva y el debido proceso, sin descuidar los derechos de la persona como fin en sí mismo. Por todo lo cual, es correcto afirmar que el derecho procesal penal, siguiendo a Baumann, en una expresión de la materialización del derecho constitucional (1989, p.29).

En suma, el derecho penal en su conjunto, descansa sus notas esenciales en la Carta suprema vinculante, al ser norma matriz *-norma normarum-* y angular *-lex legis-* del resto normas y disposiciones normativas del sistema jurídico (Landa, 2016, p. 182). Exhibiendo y expresando una normativa consensuada, bajo advertencia en caso sea

incompatible de ser expelida del ordenamiento jurídico, claro está siempre mediante el control constitucional o difuso (Rodríguez, 2006, p. 81-84). Entendiendo que, respecto a esta última, su legitimidad es indirecta, al estar precisamente derivada del artículo 138° de la Constitución.

IV. Identificación y análisis de los principales problemas jurídicos

La revisión del expediente permite colegir que, en el proceso de inconstitucionalidad, que conforme su competencia se ventila de manera exclusiva y excluyente ante el Tribunal Constitucional, se han incurrido en errores de tramitación como de fundamentación.

En cuanto a los primeros, además del incumplimiento de los plazos procesales, se advierte una innecesaria notificación y solicitud de contestación, además de deslizar la participación de un *amicus curiae*. Referente a los errores de fundamentación y pese a la divergencia en las posturas plasmadas en los votos, se ha inobservado la razón de ser de este mecanismo de control normativo a efectos de determinar su constitucionalidad por la forma. En tanto que, se ha permitido desdibujar instituciones penales al no declarar inconstitucional determinadas modificaciones inclusive de acuerdo con sus interpretaciones. De manera amplia, los problemas identificados y el análisis de los mismos se abordan conforme continúa.

4.1. De la tramitación

Resulta menester recalcar que el proceso de inconstitucionalidad tramitado bajo el N° 00012-2008-PI/TC se desarrolló bajo los alcances del Código Procesal Constitucional

regulado por Ley N° 28237¹, promulgado el 28 de mayo del año 2004 y vigente al momento en que se interpuso la demanda. En ese sentido, los artículos citados y su análisis corresponderán a dicho Código.

Tomado conocimiento el Tribunal Constitucional del contenido de la demanda de inconstitucionalidad, examina cuestiones de fondo -a efectos de declarar su procedencia- y cuestiones de forma -a efectos de resolver su admisibilidad². Respecto del primero, conforme al artículo 104° del Código Procesal Constitucional verifica que, i) la demanda al tiempo de su presentación no haya sobrepasado el plazo de seis años desde la promulgación de la norma³, ii) en cuanto al fondo previamente no se haya desestimado una demanda sustancialmente igual; y iii) sea competente para conocer la disposición normativa objetada. Analizado ello, procede con el escrutinio de su admisibilidad observando el contenido de datos y anexos descritos en el artículo 101° del Código Procesal Constitucional, como identidad y domicilios reales y procesales de las partes, normas impugnadas y su fundamentación; y la correspondiente relación de anexos que acompaña a la demanda según el artículo 102°⁴ del mismo cuerpo normativo, que para el caso concreto resulta ser la certificación por el Jurado Nacional de Elecciones. Satisfecha las exigencias, emite un auto de calificación positiva de la demanda por medio del auto admisorio iniciando el proceso de inconstitucionalidad, en el entendido que:

¹ Ley publicada en el Diario oficial El Peruano el lunes 31 de mayo de 2004, que estuvo en vigor de conformidad con la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria dentro de los seis meses contabilizados desde la fecha de su publicación. Esta ley se derogó por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 31037, aprobada por insistencia, publicación del Diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2021.

² Fundamento 3 de la Sentencia del expediente N° 0001-2005-PI/TC.

³ En atención al contenido del artículo 100° del Código Procesal Constitucional que prescribe que el plazo prescriptorio de una demanda de inconstitucionalidad contra una norma se interpone dentro del término de seis años, los que se contabilizan a partir de la fecha en que es publicada, a excepción de los tratados donde el plazo es de seis meses. Asimismo, una vez vencido los plazos, la pretensión prescribe sin perjuicio de lo establecido por los artículos 51° y 138° segundo de la Constitución.

⁴ Concordado con el numeral 5 del artículo 103° de la Norma Política fundamental.

A través de un auto de admisibilidad, debidamente emitido, se inicia, *stricto sensu*, el proceso de inconstitucionalidad, toda vez que se ha constituido la relación jurídico-procesal válida, lo que implica que el Tribunal impulsará el proceso de oficio (que terminará con sentencia) con o sin la actividad o interés de las partes. (Centro de Estudios Constitucionales, 2015, p. 16)

Prosiguiendo, con la notificación del referido auto, adjuntado copia de la demanda y anexos en atención al artículo 107° del Código Procesal Constitucional comienza el trámite post-admisión del expediente. Tramitación que se prolonga hasta antes de la emisión de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, transitando por la programación y realización de audiencia de vista de la causa y participación de sujetos procesales como el *amicus curiae*.

4.1.1. Plazos procesales

El proceso, en general, a efectos de su desarrollo y conclusión guía sus etapas mediante condiciones de tiempo. De forma tal que, cada acto procesal debe concretizarse válidamente dentro del periodo establecido; vale decir un plazo. Caso contrario, de no instituirse o cumplirse no solo se crearía una situación de incertidumbre jurídica para el demandante, demandado y juzgador, sino también afectaría el orden consecutivo del proceso, la preclusión de las etapas procesales y la oportunidad de la decisión.

En el proceso de inconstitucionalidad, en específico, el legislador ha instituido cuatro plazos procesales que deben observarse para la adecuada consecución y fines del proceso; que al ser uno de control abstracto tiene efectos *erga omnes* y lo decidido afecta a las situaciones particulares. Dado que, en los procesos de

inconstitucionalidad una de las funciones esenciales del Tribunal Constitucional es la labor de ordenación presentando sus decisiones un “efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho -en especial sobre los órganos jurisdiccionales-, y sobre los ciudadanos en general” (Tribunal Constitucional, 2005, pág. 9). Más aun tratándose de normas vinculadas al derecho penal y procesal penal con incidencia en derechos fundamentales, como la libertad personal, al estar en controversia modificaciones al delito de extorsión e instituciones como el plazo de detención. Un incumplimiento en los plazos y consecuente dilación del proceso afecta la oportunidad en el pronunciamiento, permitiendo que las consecuencias jurídicas lesivas; por un lado, se perpetúen; atendiendo a que, por regla:

Según el art. 204 CP, la sentencia de inconstitucionalidad tendrá efectos a futuro, luego de ser publicada y, además, no tendrá efecto retroactivo. Eso significa que la decisión del TC hará cesar los efectos de la norma sobre las situaciones que empiecen a surgir. También significa que el fallo del TC no alcanzará a situaciones ocurridas en el pasado, aunque sí puede afectar a situaciones previas que se han prolongado en el tiempo, de modo que aún despliegan efectos en la actualidad, tal como admite el mismo TC. (Velásquez 2020, pág. 179)

Mientras que, por otro lado; se terminen, al retrotraer los efectos de su aplicación hasta antes de la lesión, reestableciéndola, aunque ya existió un desmedro. Puesto que, como sostiene Pizzorusso las sentencias estimativas además de sus efectos *ex tunc* (retroactivo) o *ex nunc* (a futuro), son eficaces ante cualquier escenario en la que pueda ser empleada (1984, pág. 58). Idea que recoge el Tribunal Constitucional, a modo de excepción, al exponer en el fundamento cuatro de la sentencia recaída en el

expediente N° 0020-2015-AI, que los efectos de las sentencias estimativas en el marco de un proceso de inconstitucionalidad abarcan situaciones pasadas, entre otros:

(iii) cuando se invalidan normas que en el pasado ya agotaron sus efectos, incluso cuando su aplicación ya fue consumada mediante sentencia con calidad de cosa juzgada, siempre que las normas invalidadas tengan naturaleza tributaria o penal. (Velásquez 2020, pág. 180)

Siguiendo el bloque de constitucionalidad y en atención a los principios de interpretación constitucional⁵, principalmente de unidad de la Constitución, la sentencia que declara inconstitucional una norma de rango de ley tiene efectos a futuro, no pudiendo ser revisados los procesos fenecidos en los que se aplicó, de acuerdo a los artículos 81° y 83° del Código Procesal Constitucional; salvo en casos donde la norma devenida en inconstitucional aborde materias tributarias o penales, en las que -para el caso específico- por mandato del artículo 103° de la Constitución se entenderá por habilitado para revisar la cosa juzgada por cuanto favorece al reo.

Bajo lo normado, aquellos procesos penales que se instruyan -bajo las reglas del Código de Procedimientos Penales- o investiguen -bajo las reglas del Nuevo Código Procesal Penal- dentro de los alcances de las modificaciones realizadas por los Decretos Legislativos N° 982, N° 983, N° 988 y N° 989; y que eventualmente alcancen una sentencia absolutoria con el carácter de cosa juzgada, lo cual podría darse por

⁵ Desarrollado por el Pleno del Tribunal Constitucional en los fundamentos 17 a 20 de la sentencia en el expediente N° 5854-2005-PA/TC.

aplicación de la exención de responsabilidad penal, no podrá cuestionarse por los efectos a futuro de la declaración de inconstitucionalidad. En tanto que, una sentencia condenatoria con igual carácter de cosa juzgada, por dar un ejemplo por haberse cometido el ilícito de extorsión, puede revisarse en atención al principio de retroactividad benigna. En el primero, se hablará de una consecuencia jurídica invariable; que puede generar impunidad. En la segunda, de una que si bien cesa ya ha vulnerado derechos y libertades.

El Pleno del Tribunal Constitucional en el proceso en concreto no falló declarando la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos. De haberlo hecho o no, el tiempo para resolver, es sin duda trascendental a efectos de que aquellas situaciones específicas en donde se está generando la lesión cesen de la manera más inmediata; o en su defecto se apliquen con el conocimiento pleno de su compatibilidad con el ordenamiento jurídico. Es aquí donde toma relevancia el tiempo y consecuentemente el cumplimiento de plazos procesales para alcanzar certeza jurídica.

El artículo 103° del Código Procesal Constitucional establecía que una vez interpuesta la demanda de inconstitucionalidad, su admisibilidad no podía resolverse excediendo diez días. Tiempo que sobrepasó, pues no fue hasta poco más de tres meses en que el Pleno del Tribunal Constitucional decidió admitir a trámite la demanda conforme la Resolución de fecha 25 de agosto de 2008. Luego de que la parte demandante, solicitara en dos oportunidades resolver el admisorio, pidiendo incluso se conceda una cita con el presidente de dicho Órgano constitucional autónomo, entonces magistrado Cesar Landa Arroyo, que fue proveído con un no ha lugar. Auto que fue notificado a ambas partes el 17 de setiembre de 2008.

Por otra parte, el artículo 107° de la norma adjetiva constitucional instituye en su primer párrafo que, emplazado al demandado, a efectos de este proceso el representante del Poder Ejecutivo, éste cuenta con el plazo de treinta días para efectuar su contestación. La cual se efectuó el 30 de octubre de 2008, conforme consta del sello de presentación de la Oficina de Trámite documentario y archivo. Es decir, dentro del plazo legal, toda vez que siguiendo una interpretación acorde con el artículo 141° del Código Procesal Civil⁶, se entiende que el término perentorio está referido a días hábiles, por ser los idóneos para realizar actos procesales eficaces.

Por otra parte, el último párrafo del artículo 107° del Código Procesal Constitucional indica que en la resolución por la cual se tenga por contestada la demanda o se declare la rebeldía del demandante; se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los diez días útiles siguientes. En autos se aprecia que mediante Resolución de fecha el 18 de noviembre de 2008, se tiene por absuelto el trámite de contestación y en efecto se señala como fecha para la diligencia el 03 de diciembre de ese año, al día once.

Sin embargo, mediante Resolución de fecha 27 de noviembre de 2008 se comunica el aplazamiento de la vista de la causa hasta nuevo aviso. Siendo reprogramada por Resolución del 29 de enero de 2009 para el día 17 de febrero de 2009, llevándose a cabo la misma en su sede en la región de Arequipa⁷ con los informes orales de los partes previamente solicitados.

⁶ Artículo 141 del Código Procesal Civil, señala respecto de las actuaciones judiciales que las mismas se practican de forma puntual en la hora y el día en que es señalada, no cabe dilación, considerándose como día hábil a los comprendidos entre los lunes y viernes de cada semana, a excepción de los días declarados feriados.

⁷ Artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Finalmente, establece el artículo 108° del Código Procesal Constitucional que, producida la vista de la causa, el órgano supremo control y de interpretación de la constitucionalidad cuenta con treinta días para dictar sentencia. Siendo que, con escasos días para cumplirse un año y cinco meses, el Pleno del Tribunal Constitucional, en fecha 14 de julio de 2010 emite pronunciamiento final.

El constante incumplimiento de los plazos, si bien se puede tratar de justificar debido a la carga procesal del Tribunal Constitucional, pues de las estadísticas se advierte que sólo en el año 2008 ingresaron un total de 7 234 expedientes de los cuales 33 correspondían a demandas de inconstitucionalidad, sumado a la carga acumulada de años anteriores y a las conformaciones del Pleno y consecuentes presidencias. No debe perderse de vista el *telos* en todo proceso constitucional. Particularmente de éste, que, orientado al control de normas con rango de ley, de acuerdo a sus efectos incide inclusive perennizando y consintiendo situaciones adversas. Algunas de ellas han sido introducidas, por la parte demandante en el expediente a manera de ejemplo, para dar cuenta de la aplicación por parte de operadores jurídicos de la eximente de responsabilidad penal a las fuerzas armadas y policiales que se amparaban en la fórmula contenida en el inciso 11 del artículo 20° del Código Penal, modificada por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982 para archivar definitivamente denuncias por homicidio a causa de represión en protestas u otros.

Bajo esa lógica, se evidencia la necesidad de observar los plazos procesales, con mayor obligatoriedad hacia el órgano resolutor, para la consecución de una justicia oportuna que anuncian y son la causa de ser de todos los procesos constitucionales. Más si de ellos se abordan materias que por imperio de la Constitución surten efectos de manera distinta.

4.1.2. De la notificación

El artículo 203° de la Constitución en su lista taxativa de sujetos con legitimidad activa para interponer una demanda de inconstitucionalidad faculta en su numeral sexto a cinco mil ciudadanos previa comprobación de firmas del Jurado Nacional de Elecciones. Quienes además de actuar bajo el patrocinio de un abogado deben delegar en uno de ellos su ejercicio⁸. Esta forma de interposición de la demanda a través de representación también se replica para establecer la participación del sujeto con legitimidad pasiva.

Preliminarmente se debe prestar atención a que el proceso de inconstitucionalidad procura la protección de la jerarquía normativa constitucional. Específicamente, preservar la Constitución frente a normas que ostenten el rango de ley por encontrarse en el ordenamiento jurídico un peldaño inmediatamente inferior. Las normas susceptibles de control están instauradas de manera enunciativa en el numeral 4 del artículo 200° de la Carta fundamental, puesto que jurisprudencialmente se han ampliado⁹. Siendo una de ellas los decretos legislativos.

Por lo que, para establecer el sujeto legitimado pasivo, es importante determinar el tipo de norma con rango de ley que se discute en el caso concreto. Conforme la demanda, se cuestiona la constitucionalidad de los Decretos Legislativos N° 982, N° 983, N° 988 y N° 989; vale decir de normas con rango de ley. Que, por congruencia con el numeral 2 del artículo 107° del Código Procesal Constitucional es competencia

⁸ Quinto párrafo del artículo 99° del Código Procesal Constitucional -Ley N° 28237, vigente a la fecha de interposición de la demanda.

⁹ De acuerdo al fundamento 10 del pronunciamiento en el expediente N° 0005-2003-AI/TC; fundamento 21 del fallo en el expediente N° 0010-2002-AI/TC; fundamento 5 del auto recaído en el pronunciamiento N°0018-2009-PI/TC; fundamento 3 del auto recaído en la causa N° 0050-2004-AI/TC; apartado 11 del auto recaído en el proceso N° 0007-2012-PI/TC.

del Poder Ejecutivo defenderla, en el entendido de que es el órgano creador de la norma por haberle delegado facultades legislativas el Poder Legislativo. La misma que se materializa por medio de la Procuraduría Pública correspondiente al ser la encargada de la salvaguardia de los intereses del Estado conforme lo sostiene el artículo 47° de la Constitución y el artículo 2° del Decreto Ley N° 17537¹⁰.

Siguiendo la lógica de la representación procesal, de acuerdo al último apartado del artículo 99° del Código Procesal Constitucional el órgano demandado formula su alegato de defensa de manera obligatoria por medio de un apoderado, el cual debe nombrarse especialmente para tal fin. Ahora bien, atendiendo a que los Decretos Legislativos tienen alcance nacional “[l]a notificación de la resolución que corre traslado de la demanda al Poder Ejecutivo se dirige al Ministerio de Justicia recibiendo a través del Consejo de Defensa Judicial del Estado” (Centro de Estudios Constitucionales, 2015, pág. 258). Titular encargado de la designación del Procurador Público del Poder Ejecutivo que ejerza la representación en el proceso. Disposición que es concordante con lo estipulado en el Decreto Supremo N° 032-2001-JUS - Reglamento para notificar al Poder Ejecutivo¹¹ de fecha 01 de octubre de 2001.

Sin embargo, mediante Oficio N° 088-2008-P/TC de fecha 16 de setiembre de 2008 el

¹⁰ Decreto Ley de fecha 25 de marzo de 1969 que en su artículo 2° establece:
Artículo 2°. - Representación

Los procuradores públicos ejercen la representación de los poderes públicos y de los distintos niveles de gobierno, en defensa de sus intereses y derechos, en todo proceso y procedimiento en los que actúen como demandantes, demandados, denunciados o parte civil

¹¹ El trámite interno está guiado por el Presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado quien en un día, al ser el plazo o tiempo máximo, de notificado con la resolución que corre traslado de la demanda, selecciona al Procurador Público del Poder Ejecutivo para que sea quien lo represente en el proceso específico, a tal efecto debe de cumplir con remitirse al Procurador Público designado la resolución de designación, la notificación, así como la demanda incluyendo sus anexos, en el mismo plazo anteriormente mencionado.

Tribunal Constitucional pone a conocimiento la demanda y el Auto admisorio al presidente del Consejo de Ministros. Y lo hace invocando de manera errada el inciso 1 del artículo 107° del Código Procesal Constitucional que hace referencia a emplazamientos de sujetos legitimados pasivos cuando la norma cuestionada se trata de una ley o el Reglamento del Congreso. Razón por la que, acertadamente, en fecha 22 de setiembre de 2008 el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros devuelve la notificación por encontrarse imposibilitados de asumir la defensa del Estado en el proceso.

Si bien, el emplazamiento se dio de forma paralela a la de la Presidencia del Consejo de Defensa Judicial de Estado, no generando mayores dilaciones al proceso, la falta de previsión en la aplicación de la norma hizo que el Estado incurra en gastos de logística, tiempo y recurso humano para efectuar de parte del Tribunal Constitucional y atender de parte del Consejo de Ministros una notificación que no tenía justificación.

4.1.3. Del amicus curiae

En los procesos los intervinientes principales son las partes; no obstante, el demandante y el demandado no son los únicos que podrán estar incorporados. Atendiendo a la utilidad determinados sujetos no estando legitimados pueden ingresar al proceso con la finalidad de brindar un aporte siempre técnico relacionada la materia objeto de *litis*. Una de ellas es la figura del *amicus curiae* que es convocado según lo prevé el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional a efectos de que esclarezca cuestiones especializadas que se denote de la revisión de actuados.

Su apersonamiento está sujeto a que el órgano de control constitucional lo requiera, en vista de que en este recae la capacidad de determinar la intervención por ser necesario y pertinente¹². Excepcionalmente considerará participaciones de ciertas entidades a las cuales el constituyente les dotó de facultades. Por dicha razón, son notificados con la resolución que cita a audiencia de vista de la causa, a fin de que soliciten el uso de la palabra e informe oralmente en último término conforme lo establece el artículo 34° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

En el voto singular de los magistrados Cesar Landa Arroyo y Ricardo Beaumont Callirgos se aprecia en el punto 4.3 correspondiente al acápite de antecedentes, la mención de un apersonamiento de un *amicus curiae* la misma que se habría efectuado el 17 de febrero de 2007. Alusión que resulta cuando menos inexacta, no solamente porque a la fecha indicada no se había presentado la demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos N° 982, N° 983, N° 988 y N° 989, que además no estaban publicados, promulgados ni mucho menos se había otorgado facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

Sino también, porque en el expediente no obra pedido de uso de la palabra o notificación alguna dirigida a la Fundación Ecuménica para el Desarrollo y la Paz - FEDEPAZ para que exprese criterios jurídicos que aborden la constitucionalidad o no de las citadas normas, ya que no existe solicitud alguna de suintervención. De forma tal que, su consideración dentro del pronunciamiento en minoría es irregular.

¹² Fundamento 5 de la sentencia en el expediente N° 0009-2008-PI/TC.

4.2. De la inconstitucionalidad

La parte demandante con la interposición de su demanda reclama la concretización del control normativo constitucional a través de pretensiones específicas constituidas por dos elementos. El primero de ellos, la *causa petendi* o la razón de la petición cuyo objetivo principal es la protección de la jerarquía normativa de la Norma fundamental, conforme lo indica el artículo 75° del Código Procesal Constitucional, en atención a que las normas cuestionadas la han infringido. El segundo, el *petitum* o solicitud de que una vez declaradas inconstitucionales, las normas sean expulsadas del ordenamiento jurídico o integradas e interpretadas.

Respecto al primer elemento, el artículo 75° de la norma constitucional adjetiva define que las infracciones constitucionales por las que una norma deviene, y *por ende* ser pasibles de cuestionamiento, pueden ser totales o parciales, directa o indirectas, y por el fondo o la forma. Vicios que, si bien han sido descritos a nivel doctrinario, a su vez, también han sido desarrolladas jurisprudencialmente. De modo que, con el objetivo de brindar una clasificación más específica y acorde a los planteamientos determinados por la normativa, se abordará de acuerdo a la formulación detallada en los fundamentos 22 al 29 de la sentencia recaída en el expediente N° 0020-2005-PI/TC. Así se tiene la siguiente tipología de infracciones constitucionales:

a) De acuerdo a su carácter

i) Infracción por la forma: al haberse vulnerado en el *íter* de su creación normas de procedimiento, mismas que pueden haberse impuesto por la Constitución o también por medio de otras normas de otro rango por haberlo reenviado así (Carpio, 2015, p.265); por lo que se configurará cuando:

- Para su aprobación se ha quebrantado el procedimiento legislativo que prevé la Constitución.
- Trata una materia directamente reservada a distinta fuente formal específica del derecho por la Constitución. Que en términos expuestos por Carpio se refiere a un vicio de incompetencia material u objetiva, que citando a Guastini, sería del tipo positivo en caso que aun cuando la Constitución define los asuntos que puede regular, aborda una materia que está fuera de su competencia (2015, p. 269). Que, de traspolando al ámbito del presente informe podría darse cuando un Decreto Legislativo regule un tema ajeno al contenido en la ley autoritativa.

De otro lado, será negativa, si la nueva norma desarrolla determinado asunto aun cuando la norma parámetro de control ya sea la Constitución y/o alguna otra norma interpuesta, le han prohibido determinado contenido en su regulación (Carpio, 2015, p. 269). Situándonos en el mismo ejemplo podría darse este supuesto cuando el Ejecutivo por medio de un Decreto Legislativo regulase aranceles o tasas, pues conforme el artículo 74° de la Norma fundante se halla reservado para los Decretos Supremos.

- La expide un órgano que para resolverlo resulta incompetente constitucionalmente. Lo que, para Carpio, siguiendo a Zagrebelsky implica el denominado vicio de incompetencia formal o subjetiva, que se origina por la pluralidad de órganos que ostentan la prerrogativa de crear

normativa, y del cual al ser un vicio congénito se discutiría su invalidez constitucional o cuando más su inexistencia, y por no formar parte del sistema de normas (2015, p. 268-269).

ii) Infracción por el fondo: que se da cuando el asunto contenido en la norma de rango legal trasgrede una norma material o sustancial constitucional, tales como derechos o principios reconocidos en la Constitución. A decir de Carpio, el vicio material orienta su análisis en el modo en cómo es regulado o abordado un objeto por medio de los diferentes actos del legislador (2015, p.266). El cual puede darse de forma directa como también de manera interpósita o indirecta, conforme se describe más adelante. Asimismo, precisa el referido autor que, independientemente se trasgreda reglas las constitucionales, los principios o los preceptos constitucionales que formulan normas legales, ello implica una violación material o sustancial, pues la diferencia será únicamente cuestión de grado, analizada eventualmente caso por caso (Carpio, 2015, p. 268).

b) De acuerdo con el quantum de la fuente lesiva¹³

i) Infracción total: se produce cuando todo el contenido normativo o dispositivo de la norma con rango de ley resulta contrario a lo establecido en la Constitución, quedando sin efecto la disposición en caso de ser fundada la demanda.

ii) Infracción parcial: se origina cuando una fracción de la norma con categoría de ley deviene en inconstitucional. De recaer el vicio en el contenido del

¹³ Centrada en la norma objeto de control constitucional, es decir la norma con rango de ley.

dispositivo, las palabras o frases del texto se dejarán sin efecto. En tanto que, de tratarse de parte del contenido normativo, queda impedido todo poder público de atribuir los sentidos interpretativos que se declaren inconstitucionales.

c) De acuerdo con el parámetro utilizado¹⁴

i) Infracción directa: la vulneración queda acreditada en la falta de compatibilidad con la Constitución sin necesidad de previa verificación de incompatibilidad de la disposición normativa enjuiciada con alguna otra norma legal. (Landa, 2018, pág. 351).

ii) Infracción indirecta: producida cuando se vulnera una norma interpuesta que tiene la cualidad de producir normas; ya sea porque condicionan el procedimiento de producción de otras normas con jerarquía de ley -norma sobre la forma de creación jurídica- o cuando limitan el contenido de otras -norma sobre el contenido de normación- generando una disconformidad con el bloque de constitucionalidad¹⁵. Ello debido a que, al ser el ordenamiento cada vez más complejo la Constitución delega la prescripción del contenido de fabricación de normas a otras fuentes de carácter legal. Generando como sostiene Carpio, un esquema trilateral, en el que tanto la norma de reconocimiento como la Norma Fundante actúan como parámetro, resultando inconstitucional el objeto de control de colisionar con los límites que ambas imprimen (2001, p. 4).

En esta en particular, encontramos a la delegación de facultades, ya que en

¹⁴ Centrada en la norma referencia de control, es decir la Constitución o el bloque de constitucionalidad

¹⁵ Fundamento jurídico 5 de la sentencia en el expediente N° 0007-2002-AI/TC.

ellas de acuerdo a lo estipulado por el Constituyente en el artículo 104° de la Carta fundante, se ha precisado que las leyes que en su nombre se promulguen deben contener como mínimo la autorización de la materia propósito de legislación y el plazo durante el cual el Ejecutivo debe emitirlo. Sin dejar desapercibido los demás límites compatibles y los directamente impuestos por la Constitución. Teniendo en cuenta que, si la norma interpuesta se ve trastocada en sus límites con el contenido y tiempo de dación del decreto legislativo, la Constitución se ha vulnerado indirectamente. (Carpio, 2001, p.8)

Además de ello, Montoya Chávez (2015) ha incorporado un cuarto grupo de infracción normativa no contemplado normativamente, que atribuye a la doctrina constitucional.

d) De acuerdo al tipo de acción

i) Infracción por acción: las más comunes, al implicar la emisión de una norma con calidad de ley atentatoria a la jerarquía constitucional.

ii) Infracción por omisión: implica dejadez en normar materias exigidas por la Constitución.

ii.i) Omisión absoluta: inacción en elaboración de dispositivos legales.

ii.ii) Omisión relativa: excluye dentro de su contenido normar determinado aspecto, conforme la decisión adoptada en la causa constitucional N° 006-2008-PI/TC, se tiene que pueden ser:

- **Omisión relativa explícita:** verificada del contenido dispositivo.

Normativa inconstitucional directa: omite lo que la Constitución dicta

Total: con la omisión se regula un contenido opuesto constitucional

Parcial: omisión que genera defectos en lo ordenado constitucionalmente

Normativa inconstitucional indirecta: defecto en la reglamentación de lo desarrollado en la ley que a su vez debe ser complementada.

- **Omisión relativa implícita:** advertida a través de la interpretación.

Particularmente, este último tipo de infracción constitucional merece peculiar atención. Puesto que, de ser una omisión absoluta, se tiene que no existe producción legal alguna; consecuentemente, al no existir norma a cuestionar no hay demanda que interponer ni proceso que tramitar y resolver. Habida cuenta que, la garantía jurisdiccional de la Norma fundante, segunda condición de constitucionalidad, plantea un control por vía excepción a posteriori. Esto es, según Guastini, un control constitucional en el curso de un proceso -control de constitucionalidad- relativo a leyes en vigor (2009, p. 163-165). Más si la Constitución ha reservado al proceso de cumplimiento la tutela del derecho fundamental a la eficacia de las normas legales y actos administrativos, estando que por medio de ellas puede exigirse su promulgación. Aunado al plazo en el que las demandas de inconstitucionalidad deben de interponerse, dificultando el cómputo en este caso, así como la delimitación del petitorio, pues no puede exigirse su expulsión, interpretación o integración. Este último aspecto es el que tendría lugar en las omisiones relativas, por medio de las sentencias aditivas que se emiten bajo el parámetro del principio de igualdad.

En cuanto al segundo elemento, el *petitum*, se pretende el control constitucional a efectos de que la normativa con jerarquía de ley declarada inconstitucional quede sin efecto, como establecen los artículos 103° y 204° de la Norma fundante; sin que ello implique su derogación pues el único facultado para ello es el Congreso, tal cual lo prescribe el numeral 1 del artículo 102° de nuestra Carta fundamental. Su basamento es el principio denominado como conservación de la ley -que exige al juez constitucional preservar la norma en lo razonablemente posible en favor de la gobernabilidad y seguridad jurídica- la expulsión del precepto declarado inconstitucional debe ser la *última ratio*. Por lo que, además, de la consecuencia normativamente prevista, jurisprudencialmente se ha establecido como solución idónea la interpretación y la integración de la norma.

La expulsión o el expeler de cualquier disposición normativa del ordenamiento jurídico responde a la función pacificadora del control constitucional que realiza el Tribunal Constitucional por medio del control concentrado ante dos premisas. Ante inconstitucionalidad manifiesta, que se presenta en circunstancias insalvables en las que no cabe posibilidad de interpretación favorable para alegar su constitucionalidad. Y, frente a una infracción directa o indirecta (parámetro utilizado) debidamente acreditada por el demandante -a quien le concierne lo referente a la carga de la prueba- atendiendo al principio de presunción de constitucionalidad de las normas.

De la integración de la norma, aplicada a infracciones omisivas relativas, el juzgador constitucional se vale del llamado principio o máxima de colaboración de los poderes con la intención de contribuir en la creación de normas. Actividad legislativa que guiada con la división de poderes está limitada a compatibilizar derechos porque se le otorga

legitimidad para demandar lo que es necesario conforme a la Constitución (Centro de Estudios Constitucionales: 2018, p. 233). De esta manera, entre otros reivindicar a la Constitución en su valor normativo, desarrollar contenidos acordes a la norma suprema, reivindicar el sentido social del Estado atendiendo sus obligaciones para la reivindicación de derechos.

Para la interpretación normativa, el Tribunal Constitucional no tiene la exclusividad de interpretar leyes u otras normas de igual rango ya que todo órgano estatal en uso de sus facultades y atribuciones puede ejercer tal labor hermenéutica al resolver las controversias de sus competencias. Aun cuando, la única interpretación reservada a su favor es la Constitución, mediante el proceso de inconstitucionalidad, cuya consecuencia normativa -atendiendo a su función ordenadora- es vincular a todo poder público con su decisión que, al adquirir calidad de cosa juzgada, produce efectos generales, como lo dispone lo prescrito por el artículo 82° del Código Procesal Constitucional.

Lo cual no es óbice para que de manera excepcional pueda estatuir determinadas significaciones a preceptos, que, aunque con rango de ley, deben orientarse a lo constitucionalmente admitido. Como lo ha expuesto en el BVerfGE 40, 94 el Tribunal Constitucional Federal Alemán:

Si el Tribunal declara, en el ámbito de una interpretación conforme a la Constitución de una disposición del derecho ordinario, que ciertas interpretaciones de ésta, de por sí posibles, son incompatibles con la Ley Fundamental, ningún otro juez puede entender tales interpretaciones como conformes a la Constitución. (Tribunal Constitucional, 2003, pág. 5)

Tales peticiones únicamente podrán efectuarse si el Tribunal Constitucional previamente determina la contravención del orden de prevalencia de la Constitución de las normas objeto de control. Es decir, solo estará habilitado a establecer el mandato concreto de excluir, integrar o interpretar en cuanto analizadas que fueran las razones de la decisión, estime la demanda. De advertirse la colisión entre un principio, una norma o un valor constitucional y una norma con jerarquía de ley, el Pleno emitirá un pronunciamiento estimativo, que acorde a su clasificación¹⁶, siguiendo a Landa (2006, 256) puede ser interpretativa propiamente dicha, simple anulación o interpretativa-manipulativa.

- a) Sentencias estimativas de simple anulación:** que importa la expulsión de la norma por haberse dejado sin efecto a consecuencia de su inconstitucionalidad. La que puede ser total, significando la eliminación íntegra del texto normativo; o parcial, al ser un párrafo, artículo u otro que deviene en inconstitucional y al ser extraído no afecta lo restante. Como por ejemplo el denominado caso de arbitrios municipales contra la Municipalidad de Surco, expediente N° 0041-2004-AI/TC, en la que determinaron que por el incumplimiento del requisito de publicación de los Acuerdos de ratificación las Ordenanzas Municipales N° 171-MSS y N° 172-MSS que establecían fórmulas para el cálculo de importe de pago de arbitrios, eran inconstitucionales, así como determinados artículos de Ordenanzas posteriores que gravaban operaciones, por cuanto se derivaban de las mismas.

¹⁶ Establecida jurisprudencialmente en los fundamentos 2 al 4 del fallo del Tribunal Constitucional recaído en la causa 0004-2004-CC/TC.

b) Sentencias estimativas interpretativas propiamente dichas: orientada a considerar inconstitucional un sentido erróneo que se pueda asignar a la disposición y por la cual se genera una aplicación indebida, generalmente por ser ambiguas. También pueden ser desestimatorias, explicada más adelante, pues declaran la constitucionalidad del precepto impugnado en caso se interprete en la medida que se considera adecuado a la Constitución, o no se interpreta en sentidos considerados inadecuados. (Tribunal Constitucional de España, 1981).

Por lo que, establece la prohibición de que a futuro los operadores jurídicos la interpreten y decidan en base a dicha interpretación y se ciñan a la que se adecuan a la Norma fundante. A condición de que sea interpretada de dicha forma, es constitucional la norma con jerarquía de ley. Deese modo, se protege tanto la norma como su sentido, evitando vacíos legales, lagunas jurídicas, antinomias. En suma, este tipo de sentencia le otorga una nueva lectura a la disposición impugnada adquiriendo un nuevo significado; no implica cambiar o alterar la redacción original establecida por quien actuó como legislador, pero sí como se asume. Un ejemplo de esto, conforme lo expone Landa (2006, p. 256) es la decisión adoptada por el Pleno de máximo intérprete de la Constitución en el caso de la Ley de tributación municipal modificado por Decreto Legislativo N° 952, referido a gravar el mundo de espectáculos culturales, cuando concluyó en el expediente N° 0042-2004-AI/TC, que era erróneo que el entonces Instituto Nacional de Cultura califique vía interpretación como evento cultural los espectáculos taurinos y por ende exonerarla de gravamen, más cuando la misma expresamente se encontraba gravada.

c) **Sentencias estimativas interpretativas manipulativas:** también denominadas normativas, que tienen lugar cuando la norma con categoría de ley presenta un contenido normativo inconstitucional y que su expulsión resulta ser dañosa, por lo que por seguridad jurídica se busca coherencia y armonía, sujeta a dos operaciones, que sí implican el cambio de la redacción:

i) **la ablativa:** reduce el contenido preceptivo por medio de la eliminación de expresiones que al ser desmesuradas contravienen con la Constitución. Dan pase a las denominadas **sentencias manipulativas reductoras**, pues restringen el alcance de cualquier norma con clase de ley en cuanto a sus supuestos de aplicación o consecuencias jurídicas establecidas muy genéricas. Por medio de una orden de acortamiento en la extensión se inaplica dicha parte del contenido de la norma cuestionada. Muestra de ello es el pronunciamiento en el expediente N° 0014-1996-I/TC, en el proceso contra la Ley N° 26530 que modificó la Ley de Política Nacional de la población, por medio del cual se estableció que la esterilización quirúrgica reversible no era un método de planificación familiar.

ii) **la reconstructiva:** agrega a la fórmula del legislador un contenido normativo para ampliar el alcance normativo haciéndolo compatible con la Constitución, integrando omisiones en los textos. Produciéndose de esa manera las **sentencias manipulativas aditivas** que al ser extendidos permiten se apliquen a supuestos y consecuencias jurídicas no contempladas homologando el trato de principios, valores o normas en quienes por condiciones de igualdad era necesario se previera. La incorporación en la

redacción completa el alcance normativo de la norma sujeta a control convirtiéndola en una plenamente constitucional.

En esta clasificación se encuentran principalmente las sentencias en las que cobra relevancia el principio de igualdad. Conforme ejemplifica Guastini, puede existir una norma que reconoce derechos a un determinado grupo que no presenta alguna condición que determine efectuar alguna diferencia, y por tanto corresponde efectuarlo del mismo modo para los que en un primer momento fueron excluido de sus alcances, se agrega así la nueva disposición normativa de conferir el mismo derecho (2009, p. 173). En el caso peruano, dicha adición se efectuó en el marco de la sentencia en los expedientes acumulados que abordaron la modificatoria a la Ley N° 20530, cuando en el literal d) del punto 2 de la parte resolutive se incluye a los lineamientos para el otorgamiento de la pensión de viudez, la pensión de orfandad.

d) Sentencias sustitutivas: reemplaza parcialmente el contenido de la norma objeto de control por otro alterando parte de la literalidad de la ley, siempre con una norma vigente en el ordenamiento jurídico. Es decir, únicamente traslada los supuestos y consecuencias jurídicas a parte de la norma cuestionada a efectos de que con un contenido nuevo se afirme su constitucionalidad. A este respecto, Guastini refiere que, ante la inconformidad de una simple declaración de inconstitucionalidad, es la corte decisora que introduciendo al ordenamiento una nueva disposición crea una nueva norma (2009, p. 173-174).

e) Sentencias exhortativas: siendo declaradas total o parcialmente inconstitucionales, no son expulsadas inmediatamente del ordenamiento, sino

que modulando a sus efectos invoca una acción compatible con la Constitución como recomendar la sustitución de la ley. Es común que para dichos efectos se invoca el precepto *vacatio setentiae* y así suspender la eficacia de una parte del fallo por un determinado tiempo. Por lo tanto, si bien no tiene efectos vinculantes al estar sujeta al principio de persuasión, luego de la exhortación se puede expedir la ley sustitutiva reformando la norma declarada inconstitucional, aplicar los alcances de la sentencia cuando la etapa de suspensión culminó sin que se cumpla con la emisión de la normativa sustitutoria; y la expedición de una segunda sentencia por no aprobarse la ley sustitutoria en el plazo razonable. Muestra de ello es la decisión en el expediente N° 008-2005-PI/TC por la cual se exhortó al Congreso para que apruebe a fin de un funcionamiento adecuado de la administración, las leyes necesarias para la modernización del empleo público.

- f) **Sentencias estipulativas:** en esta se exponen y definen conceptos, alcances estableciendo en la parte considerativa aquellas variables necesarias para que se analice y resuelva la controversia. En esta puede condicionarse los efectos de las sentencias que, aunque no es determinado, en aras de que sean protegidos los derechos y principios constitucionales transcurrido un plazo razonable puede materializarse.

Los fallos emitidos por el órgano de control constitucional, como en cualquier proceso de diversas materias, también pueden declarar infundadas las demandas interpuestas, dando lugar a los pronunciamientos desestimatorios.

g) Sentencias desestimativas: se resuelve de manera desfavorable para el demandante las acciones de inconstitucionalidad porque no se evidencia vulneración a la Constitución conforme está redactada o interpretada la norma con importancia de ley, o debido a que no es advertido algún peligro de lesión de principios, derechos tanto como de bienes constitucionales. La consecuencia de la denegatoria impide que se interponga bajo la misma petición nueva demanda que se justifique en idéntico canon constitucional; salvo se haya rechazado por un vicio formal y se pretenda posteriormente cuestionar su validez material, conforme lo estipula el extremo *in fine* del artículo 82° del Código Procesal Constitucional. A su vez, puede ser de dos tipos.

i) Desestimativas por rechazo simple: resuelve declarar en todo o en parte infundada la demanda contra un dispositivo legal que ostente calidad de ley. A modo de ejemplo, se tiene el pronunciamiento en mayoría ante la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de Cajamarca contra el Poder Ejecutivo en el denominado caso de suspensión perfecta de labores, caso N° 0011-2021-PI/TC, al establecer que el Decreto de Urgencia N° 038-2020 mitigando las consecuencias adversas en la relación laboral no vulnera los derechos a la libertad sindical, al trabajo, a la remuneración como tampoco a la libertad de contratar ni a la pensión.

ii) Desestimativas por sentido interpretativo: también denominadas interpretación *stricto sensu*, pues conforme se mencionó en el literal b) de este apartado, se declara la constitucionalidad de la normativa con nivel de ley

cuestionada con la obligatoriedad que se interprete en el sentido de que el Tribunal Constitucional considera compatible y coherente con el texto fundamental, al ser excluyentemente válida. Como la recientemente emitida sentencia en el expediente N° 0030-2021-TC, en el marco del proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 31307 que aprobó en Nuevo Código Procesal Constitucional, interpretando, entre otros, que el ejercicio de defensa y la vista de la causa se ejercitan además de en casos indispensables, de corresponder pronunciamiento respecto del fondo de la controversia.

Concretamente, de la demanda interpuesta en el expediente N° 0012-2008-PI - siguiendo los argumentos detallados en el acápite II- se tiene como razón de la petición, la protección de la jerarquía de la Carta fundante por haber incurrido el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982 en la introducción del inciso 11 del artículo 20° del Código Penal y modificatoria del artículo 57° de igual cuerpo normativo; el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 982 en el apartado que reforma el artículo 200° del Código sustantivo; el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983 únicamente respecto a que ha modificado el numeral 2 del artículo 244° del Código de Procedimientos Penales; el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983 en cuanto modificó el artículo 259° del Código de Procedimientos Penales; y consecuentemente el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989 sólo respecto a la variación del artículo 4° de la Ley N° 27934 -Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del ilícito penal; en las infracciones de índole formal.

Así como del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982 en la parte inicial del inciso 11

del artículo 20° del Código Penal y modificatoria del artículo 57° del mencionado cuerpo de leyes; del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 982 en el apartado que vuelve a regular el artículo 200° del Código sustantivo; del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983 en las partes a través de las cuales varía el contenido del numeral 2 del artículo 244° y el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales; del artículo 2° en el sentido que varía de contenido el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991; el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983 en el extremo que varía el artículo 259° del Código de Procedimientos Penales; del artículo único del Decreto Legislativo N° 988 que varía el literal a) del artículo 2° de la Ley N° 27379 -Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares; del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989 en el extremo que cambia los alcances del artículo 1° y 4° de la Ley N° 27934 -Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito; en infracciones de fondo. Las mismas que para una mejor ilustración se establecerán de manera gráfica en el siguiente cuadro:

Tabla de <i>causa petendi</i> del proceso de inconstitucionalidad N° 0012-2008-PI/TC			
Decreto Legislativo N°	Artículo cuestionado	Artículo modificado	Carácter de la infracción
982	1°	20°.11 del Código Penal	Formal
			Fondo
		57° del Código Penal	Formal
			Fondo
	2°	200° del Código Penal	Formal
			Fondo
983	1°	244°.2 del Código de Procedimientos Penales	Formal
			Fondo
		261° del Código de Procedimientos Penales	Fondo
	2°	137° del Código de Procedimientos Penales	Fondo
	3°	259° del Código de Procedimientos Penales	Formal
			Fondo
988	Único	2°.a) de la Ley N° 27379	Fondo
989	1°	1° de la Ley N° 27934	Fondo
		4° de la Ley N° 27934	Formal
			Fondo

Fuente: Elaboración propia.

Mientras que, como pedido solicita se declare fundada la demanda interpuesta y se declare inconstitucional los extremos precedentemente referidos de los Decretos Legislativos N° 982, N° 983, N° 988 y N° 989 a efectos de que sean expulsados del ordenamiento jurídico.

Conforme a ello, se desarrollará el análisis del pronunciamiento dictado en el proceso N° 0012-2208-PI/TC centrado en las decisiones del Pleno del Tribunal Constitucional respecto la validez de las disposiciones legales cuestionadas, según su carácter, por haber alegado la parte demandante infracciones formales y de fondo.

4.2.1. Inconstitucionalidad por la forma

La infracción normativa de la Constitución por razones de forma que identifica y reclama la parte demandada está referida a la contravención del artículo 104° de la Constitución, así como a la ley autoritativa, Ley N° 29009 -Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de lavado de activos, trata de personas, secuestro, terrorismo, extorsión, tráfico ilícito de drogas, pandillaje pernicioso y crimen organizado. Toda vez que, los extremos cuestionados de los Decretos Legislativos N° 982, N° 983 y N° 989 sobre los que ha legislado el Poder Ejecutivo han rebasado el marco concedido en las facultades conferidas por medio del Congreso. De forma que, la normativa promulgada en base a ella resulta incongruente lo que las convierte en inconstitucionales.

A fin de dilucidar este cuestionamiento y establecer si el Poder Ejecutivo ha infringido la Constitución en un carácter formal, corresponde en primer término abordar la delegación de potestades legislativas al jefe de Estado, los límites a los que se

encuentra sujeto, así como el control posterior del contenido de la producción normativa. En este último, resultará útil hacer referencia a los pronunciamientos de los jueces integrantes del Tribunal Constitucional para analizar las conclusiones a las que arribaron y fijar una postura frente a la decisión.

4.2.1.1. Delegación de facultades legislativas al presidente de la República.

La posibilidad que prevé el artículo 104° de la Constitución de encomendar facultades legislativas al Poder Ejecutivo por medio de Decretos Legislativos es propia de nuestro sistema presidencialista con rasgos parlamentarios. La legislación ejecutiva une dos competencias personificadas de una parte en el presidente o jefe de Estado, quien es jefe de Estado y de Gobierno dirigiendo la política general del Estado; y de otra, en el Congreso que guía la política legislativa estatal. La intervención de dos poderes estatales como ha señalado Blume Fortini, en el apartado dos del pronunciamiento recaído en el proceso N° 0004-2019- PI/TC, se efectúa de la siguiente forma.

Por un lado, el Congreso, quien siendo titular de la política legislativa del Estado se le ha investido de la competencia constitucional, de ejercicio discrecional, para delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de regular, mediante decretos legislativos, algunos temas que se encuentran dentro de su ámbito de competencia. Y, por otro lado, el Poder Ejecutivo, al cual se le ha investido de la competencia normativa de dictar decretos legislativos, con rango de ley, siempre que medie la correspondiente autorización del Parlamento para expedirlos. (Tribunal Constitucional, 2020, pág. 13)

El Ejecutivo ha sido investido de la competencia normativa para regular ciertas

materias por parte del Legislativo quien interviene de forma indirecta, a manera de árbitro, pues previamente instituye el asunto y el tiempo de la delegación; para posteriormente controlar el resultado de la delegación. De acuerdo con el Tribunal Constitucional en el considerando jurídico siete de la sentencia emitida en el expediente 0012-2011-PI/TC, el cuestionamiento está dirigido a disposiciones que fueron expedidas durante el ejercicio competencial asignado, conforme las materias y el periodo en que la ley habilitante le ha establecido previamente (2012, pág. 9).

En ese sentido, la producción normativa se encuentra sujeta a la Constitución como de igual forma se halla determinada a la Ley autoritativa que a su vez puede ser sometida a control y consecuentemente ser declarada inconstitucional. Puesto que, cabe la posibilidad de que el Ejecutivo legisle sobre materias en las que el Congreso delegó facultades aun siendo prohibidas, como por ejemplo reformas presupuestarias, a efectos de lo cual resultará cayendo en vicios de constitucionalidad no solo la ley autoritativa sino también se replicará lo mismo en el Decreto legislativo por la cual se regula.

Este mecanismo permite acelerar en sectores específicos la puesta en marcha de políticas públicas necesarias para el desarrollo, que de seguir los procedimientos legislativos tradicionales pueden devenir en ineficaces. Sin embargo, aunque es cada vez más común su empleo, debe entenderse su uso de manera excepcional, como situaciones de emergencia debidamente justificada y limitada en el tiempo. Adicionalmente, no debe perderse de vista por su procura que se respete el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, pues “la delegación de facultades puede ser un mecanismo peligroso para la democracia, ya que puede generar una concentración excesiva de poder en el Poder Ejecutivo y limitar el control del Congreso

pág. 62

y de la sociedad civil sobre la toma de decisiones” (García Belaunde, 1986, pág. 20). Sumado a que, por su urgencia, la falta de deliberación y participación en el proceso de creación de la norma del Congreso -atendiendo a su función representativa, pueda generar potenciales dudas sobre la transparencia y calidad de las implementaciones o reformas de las políticas públicas. Además, al pronunciarse respecto a la constitucionalidad de las normas provenientes de la autorización para legislar, asegurando la supremacía de la norma fundamental, debe observar la vigencia de los derechos, así lo señala también el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En el entendido de que los derechos por su doble dimensión también son instituciones objetivas que conforman los valores constitucionales, de manera que al atentar un interés de tutela colectiva se produce un cuestionamiento a todo el ordenamiento constitucional.

4.2.1.2. Límites de los órganos del Estado en la Delegación de facultades

La Constitución ha previsto parámetros para la expedición de Decretos legislativos, como se desprende del numeral 4 del artículo 101° y el artículo 104° de la Norma constitucional el requisito normativo es la habilitación previa de parte del Poder Legislativo de encargar facultades de legislación a través de la ley delegante. Adicionalmente, el órgano de interpretación constitucional por medio del fundamento diez del pronunciamiento dictado en el expediente N° 0012-2011-PI/TC, ha referido que, para una correcta habilitación en la delegación de facultades, se debe advertir, que, el único destinatario es el Poder Ejecutivo, quedando excluida la probabilidad de que la habilitación se efectúe en favor de algún órgano constitucional, el Poder Ejecutivo o cualquier otro. Asimismo, que previa aprobación y deliberación efectuada en el Congreso sea por sus comisiones, el pleno o de corresponder por la Comisión

Permanente, se debidamente aprobada, esto es a través de una ley en sentido formal.

Por otro lado, se requiere igualmente, que a través de la ley delegante se fije el asunto o materia en específico que se está autorizando legisle el Ejecutivo, no admitiéndose se produzca un otorgamiento de las referidas facultades de manera imprecisa, general o menos aún indefinida, lo cual adicionalmente requiere la fijación de un plazo determinado dentro del que se debe de producir la legislación solicitada. Finalmente, a efectos de no caer en un vicio de incompetencia relativa positiva, como por ejemplo abordar asuntos vinculados a la reforma constitucional, la creación de leyes orgánicas, tratados que requieren habilitación, así como aprobación de la Ley de la Cuenta General de la república o leyes de presupuesto. (Tribunal Constitucional, 2012).

Previsto de dicha manera, constitucionalmente se han instaurado límites a la habilitación de competencias legislativas tanto para el Poder Legislativo, al promulgar la Ley autoritativa, como para el Poder Ejecutivo, al dictar los Decretos legislativos. Loscuales a partir del pronunciamiento emitido en el proceso constitucional N° 008-2016-PI pueden ser del tipo formal, material o temporal. En cuanto a los límites formales, se prevé que la legislación ejecutiva únicamente se crea a consecuencia de la delegación de facultades concedida por medio de una ley autoritativa, posee un origen parlamentario. Los límites materiales, implican para el Legislativo que su autorización indique la materia que está delegando; y para el Ejecutivo que cumpla con desarrollar materias contenidas en la ley autoritativa. En tanto que los límites temporales, generan en el Legislativo la obligación de establecer un plazo siempre determinado en el cual el Ejecutivo se encuentra habilitado para legislar, debiendo este último dentro del plazo emitir los Decretos legislativos.

El centro del cuestionamiento del demandante, en cuanto a la forma, radica en que el Ejecutivo se excedió en legislar la materia específicamente delegada, por lo que se centra en los límites de carácter material. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha expresado como doctrina jurisprudencial¹⁷ que no debe entenderse el mandato de especificación de materia como una imposición al legislador por antonomasia para explicitar, detallar o abordar de manera minuciosa el contenido o desarrollo de las materias que delega. De ser así, toda delegación de facultades carecería de sentido puesto que el Ejecutivo perdería su discrecionalidad y se reduciría a ser un mero replicador. Empero, no se tiene que perder de vista las dos exigencias que emanan del artículo 104° de nuestra *lex legis*; la materia debe estar delimitada, lo que implica la prohibición del uso de fórmulas imprecisas, manifiestamente abiertas o generales para que sean lo suficientemente claras. Además, no debe estar sujeta a reserva absoluta de ley ni para delegar funciones esenciales del Congreso, como la reforma constitucional, causando una afectación directa al equilibrio de poderes.

A fin de establecer si los extremos cuestionados de los Decretos Legislativos N° 982, N° 983 y N° 989 han sobrepasado en cuanto a su contenido las materias autorizadas mediante la ley autoritativa Ley N° 29009, resulta imperioso abordar los controles normativos a los que puede y debese someter *a posteriori* la legislación ejecutiva.

4.2.1.3. Control político y control jurídico

No debe perderse de vista que los Decretos legislativos, como toda norma está sujetos

¹⁷ Fundamento 13 del fallo en el proceso N° 0004-2008-PI/TC. Así como el apartado 10 del fallo emitido en el caso N° 0012-2011-PI/TC, el numeral 20 del pronunciamiento en el caso N° 0022-2011-PI/TC.

a mecanismos de control, que para este tipo de fuente normativa es del tipo parlamentario y jurídico, según lo prevé el ordenamiento constitucional. Evaluación que se circunscribe como parámetro de control a una compatibilidad con la Ley autoritativa y la Constitución.

Control político parlamentario

El control político se deriva de la parte *in fine* del artículo 104° de la Carta fundante al prescribir que el Poder Ejecutivo se encuentra sujeto a dar cuenta respecto de cada uno de los Decretos Legislativos emitidos a la Comisión Permanente o al Congreso, dentro de los tres días posteriores a su publicación. Permite de esa forma que los parlamentarios ejerzan un control sobre la constitucionalidad de la normativa delegada mediante un procedimiento regulado por Reglamento del Congreso, específicamente en su artículo 90°.

Sin ánimos de describir el procedimiento del control parlamentario sobre los Decretos Legislativos se debe resaltar que, una vez remitida la comunicación y expediente al presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento o de ser el caso a otra Comisión que la Ley autoritativa haya reservado su conocimiento¹⁸ atendiendo a la especialidad de la materia; previo informe del grupo de estudios -que en el caso de la Comisión de Constitución es el Grupo de estudios de los Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia- en diez días como plazo máximo la Comisión debe presentar su dictamen recomendando la derogación o modificación a fin de subsanar la infracción, sin que ello importe la eliminación de la responsabilidad política que podría derivarse a los integrantes del Consejo de Ministros. De esta manera, se aprecia que anticipado a su debate plenario se han efectuado dos contrastes o verificaciones a los Decretos Legislativos, el primero en el Grupo de estudios y el segundo en la Comisión

¹⁸ Según el literal b) del referido reglamento.

informante; puesto que, cada evaluación tiene un alcance singular.

Ante el Grupo de estudios la norma se sujeta a una evaluación mayormente de carácter técnico en la que se verifican razones objetivas por la especialización en la materia y se puede realizar una evaluación rigurosa de la constitucionalidad de la norma. En tanto que, en la Comisión priman consideraciones de carácter político y subjetivas que incluso llegan a contradecir lo determinado por el Grupo de estudios.

Este último se acrecienta en el debate del Pleno donde escasea la formación jurídica y se impone la generalidad para decidir la validez, modificación o derogación de los Decretos Legislativos en base a conveniencia política, si se considera además lo establecido en el Reglamento del Congreso de la República, de manera específica en la Sección Segunda del Capítulo VI. En palabras del Tribunal en los considerandos cuatro y cinco de la decisión contenida en la sentencia en el expediente 0004-2011-PI/TC, que la realización del control político de cualquier medida se encuentra guiada por criterios de conveniencia o no y de acuerdo a la oportunidad en la que se hallen para ser adoptadas por el órgano correspondiente (Centro de Estudios Constitucionales, 2015, p. 107)

Coexistiendo en este mecanismo de control fines e intereses susceptibles de ser utilizados de manera política, no resulta suficiente para la decisión respecto de la validez constitucional o no de normativa con rango de ley como lo son los Decretos Legislativos cuyo alcance es general. Por medio de este, el Congreso puede alinear la voluntad jurídico-normativa y mantener vigente, derogar o modificar preceptos buscando el beneficio particular. En consecuencia, aun cuando el Legislativo en uso de sus facultades constitucionales de representación, control y fiscalización se pronuncie por la conformidad de la normativa ejecutiva delegada, siguiendo a Donayre

Montesinos:

[N]o debe descartarse la posibilidad de un control básicamente jurídico de constitucionalidad (...) a través de un proceso de inconstitucionalidad y que (...) puede iniciarse antes, durante y después del control parlamentario posterior (...) (2008, pág. 87)

Posibilidad que en nuestro ordenamiento se acierta contemplada en el inciso 4 del artículo 200° de la Norma constitucional, al cual se debe recurrir para someter a los Decretos Legislativos a un control fundamentalmente de carácter jurídico en sede constitucional.

Control jurídico constitucional

El control jurídico se concretiza por mediación del proceso de inconstitucionalidad, en el que se efectúa un examen respecto de la invalidez o validez de la norma con la finalidad de garantizar la supremacía constitucional. El Tribunal Constitucional como máximo órgano de interpretación, tiene como función ejercer el control jurídico sobre las leyes, además de los actos del Estado. Órgano constitucional autónomo que se erige como único titular competente de su análisis en atención a la voluntad constituyente plasmada en el numeral 1 del artículo 202° de la Normativa Fundamental ejerciendo el denominado control concentrado de constitucionalidad cuyo propósito inmediato se encuentra orientado a proteger la prevalencia de la Constitución, para lo cual filtra todas las disposiciones que la transgredan (Tribunal Constitucional, 2005, pág. 18). Acorde al numeral 4 del artículo 200°, así como a lo previsto en el artículo 204° de la normativa constitucional. Por lo que, de no haber un control congresal de los Decretos Legislativos surge la posibilidad de demandar su inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Aun cuando la normativa a consecuencia de la delegación de facultades goza de una presunción de conformidad constitucional, esta es *iuris tantum*. Como refiere César Landa, “el control jurídico de las leyes es una función esencial para garantizar el respeto del Estado de derecho y los derechos fundamentales” (Landa, 2019, pág. 20). Debido a lo cual, su validez se encuentra condicionada al sometimiento de este examen que consta de tres controles específicos, siguiendo el fundamento cuatro del pronunciamiento recaído en el expediente N° 0026-2008-PI/TC.

- a) **De contenido**, a efectos de comprobar la afinidad entre la legislación ejecutiva y las disposiciones contenidas expresamente en la ley que autoriza la delegación por la cual se acoge;
- b) **De apreciación**, con la finalidad de verificar que los alcances del resultado de la norma delegada se enmarquen en el rumbo de la finalidad política en materia legislativa que le compete al Congreso; y
- c) **De evidencia**, cuya intención es la de examinar si la normativa delegada es compatible y conforme a los preceptos constitucionales tanto en el aspecto formal como el material o de fondo.

A consecuencia de este control, los efectos del fallo estimatorio declaratorio de inconstitucionalidad de un Decreto Legislativo en observancia del artículo 78° del Código Procesal Constitucional puede extenderse a cualquier otra norma legal por conexión o derivación de ella. Puede darse que la norma con nivel de ley haya sufrido modificaciones o que de ella surgió una nueva, que dependiendo de la similitud de su contenido y avances puede verse afectada en su vigencia.

Descritos los controles a los que pueden ser objeto de sometimiento los Decretos Legislativos de manera directa y las Leyes autoritativas de manera indirecta, corresponde analizar en este extremo si el pronunciamiento de los miembros del Tribunal Constitucional contenidos en la sentencia y voto singular guardan correlación con su rol de garantes de la preeminencia constitucional.

4.2.1.4. Cuestionamiento al pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto a la constitucionalidad por la forma

En el voto en mayoría, apartado 5.3, que aborda la constitucionalidad por la forma en cuanto al exceso de la Ley autoritativa respecto a la materia delegada, se desestima la demanda porque las normas refutadas no adolecen de vicios que trastocuen su constitucionalidad. En virtud de que, el objeto de poner en marcha una estrategia de carácter integral que aborda el artículo 1° de la Ley N° 29009, tiene que interpretarse en un sentido que otorgue al Poder Ejecutivo un ámbito de acción amplio. Acotan que, no debe limitarse a los delitos expresados pues la estrategia integral le faculta transformar el Código Penal para perfeccionar tipos penales ya existentes, tipificar conductas, establecer o modificar penas y normas conexas en atención a los literales a), c) y f) del artículo 2° de la referida Ley autoritativa. Agregan que, el Poder Ejecutivo,

[H]a legislado bajo criterios de política criminal, por lo que correspondía al Parlamento, en caso de considerar que la legislación otorgada desbordaba el marco de la[s] facultades delegadas, proceder de acuerdo con lo previsto por el artículo 90 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso; es por ello que, al no existir recomendación para la derogación de la legislación que excede las facultades dadas e incluso, al no haberse derogado ella conforme

al procedimiento establecido, significa que la legislación delegada ha sido convalidada por el Congreso de la República. (Tribunal Constitucional, 2010, p. 13)

Expresado ello, entienden por confirmada la validez formal de los Decretos Legislativos ya que tampoco fueron objetados en cuanto al fondo, además de que la conveniencia política no puede trasladar su debate a sede constitucional.

Fundamentado de dicha manera, se debe partir analizando la competencia constitucional para realizar el control de la validez formal de la legislación derivada. A fin de proceder posteriormente con el estudio de las materias que abordan los extremos cuestionados de los Decretos Legislativos N° 982, N° 983 y N° 989.

a) Respecto a la constitucionalidad de los Decretos Legislativos en cuanto a la forma por falta de derogación legislativa por la que no puede ser analizada jurídicamente.

Se tiene que, conforme están descritos precedentemente los tipos de control posterior de la legislación ejecutiva, no es válido reducir la constitucionalidad de los Decretos Legislativos impugnados a una decisión política y afirmar, en razón a ello, que no puede evaluarse su validez mediante el juicio de constitucionalidad. Entenderlo de la manera en que ha decidido la mayoría del Pleno del Tribunal Constitucional, podría deslizar la intención de una negación u omisión en el cumplimiento de la trascendental función que le ha conferido la Constitución como el único órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad. Asimismo, no puede pasar por inadvertido la jurisprudencia disímil que se estaría sentando al consentir la aseveración de que las decisiones arribadas por el Poder Legislativo en base a criterios preponderantemente

políticos excluyen el control jurídico, admitiendo de manera genérica cuestiones políticas no justiciables. De hecho, la competencia funcional del Tribunal Constitucional patentada constitucionalmente al mismo tiempo se ha fundamentado en el desarrollo de sus sentencias. Afirmando respecto al ejercicio de su control jurídico constitucional, siguiendo el fundamento ocho del fallo emitido dentro del ámbito del procedimiento de tutela de derechos N° 5854-2005-PA/TC, que:

La judicialización de la Constitución o, para ser más exactos, la de todo acto que la contravenga- es la máxima garantía de que su exigibilidad no está sujeta a los pareceres de intereses particulares, sino, por el contrario, de que todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la propia Constitución. (Tribunal Constitucional, 2005, pág. 5)

Así, el que se diga que los Decretos Legislativos han sufrido una convalidación por carecer de pronunciamiento del órgano legislativo que dictamine su derogación o modificación únicamente da cuenta de su pertenencia al ordenamiento jurídico, no por su validez sino por su origen. Puesto que, su contenido no queda inmune de este control posterior hasta que el Tribunal Constitucional; por un lado, se encuentre -en principio- impedido de sancionar su inconstitucionalidad y ulteriormente dejar sin efecto debido al plazo de prescripción al que queda sujeto su cuestionamiento. Se señala en principio, porque no se extingue la posibilidad de aplicar el denominado control difuso ni de interpretar su contenido conforme a preceptos constitucionales. O, por el otro, hasta que por medio de sus sentencias así lo declare. Dado que, incluso la derogatoria de una norma por parte del Congreso no exonera al Tribunal Constitucional de emitir pronunciamiento debido a la diferencia de los efectos en el

pág. 72

tiempo, considerando que:

En el caso de la derogación, la norma podría tener efectos *ultraactivos*, pues se aplicará incluso luego de ser abrogada, siempre que se refiera a hechos acaecidos durante su vigencia. En cambio, la inconstitucionalidad no permitirá que la norma legítima tenga tales efectos, pues luego de publicada la sentencia del TC no podrá ser aplicada más, incluso si [son] los hechos ocurrieron durante su pertenencia al ordenamiento jurídico y que estaban pendientes o en vías de someterse a los efectos de dicha ley inconstitucional. (Velásquez, Raffo, 2020, págs. 177-178)

Por consiguiente, dentro del marco de desarrollo de un proceso de inconstitucionalidad debidamente instaurado, resulta indudable la idoneidad del Tribunal Constitucional para poder examinar la constitucionalidad por la forma -y también por el fondo- de los Decretos Legislativos. Aun cuando el Parlamento, dentro de su fuero, no emita pronunciamiento, le otorgue conformidad o recomiende su modificatoria.

Verificado el error en el que incurren los tribunales que suscriben el voto en mayoría, corresponde revisar si los extremos cuestionados de los Decretos Legislativos N° 982, N° 983 y N° 989 contienen infracciones constitucionales en cuanto a la forma. A tal efecto, se valorará el voto emitido en minoría del pronunciamiento, que sí desarrolla la inconstitucionalidad por la forma a los Decretos Legislativos, pero sin expresar cuestionamiento alguno a sus pares en cuanto al por qué sí corresponde que debe efectuarse un control en dicha judicatura.

b) Respecto a la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos por exceder materia delegada

Conforme se tiene dicho *supra* el límite material al que se encuentra sometida la delegación de facultades implica que se indique y desarrolle normativa respecto a la materia contenida dentro la ley autoritativa. En el caso particular, enmarcada en adoptar e implementar una planificación íntegra a efectos de combatir de forma eficaz los delitos de tráfico ilícito de drogas, secuestro, crimen organizado, terrorismo, lavado de activos, pandillaje pernicioso, trata de personas y extorsión. Tal cual lo desarrolla el artículo 1° de la Ley N° 29009. Precizando que, si bien el crimen organizado no está tipificado como un delito *per se*, debe entenderse que adicionalmente a los ahí mencionados, se regulará los ilícitos penales que se comentan en el marco de una organización criminal.

Consiguientemente, el consentimiento al Poder Ejecutivo contenido en los nueve literales del artículo 2° de la Ley autoritativa N° 29009 para poder legislar han de interpretarse de manera concordada con el parámetro consagrado. Cualquier precisión, modificación o regulación de las instituciones sustantivas y procedimentales, así como el establecimiento de estrategias sujetan su validez a la observancia de esta condición *sine qua non*. En ese sentido, toda legislación ejecutiva para ser constitucional debe encaminarse en una o más, de las ocho materias autorizadas.

El voto en minoría desarrollando lo referente al cuestionamiento del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982 en base a las disposiciones que modifican el artículo 20° adicionando el inciso 11, así como el artículo 57° del Código sustantivo; advierte su inconstitucionalidad al ser cláusulas generales aplicables de manera abierta a todo tipo

penal. Conclusión suficiente si se tiene en cuenta que, de una interpretación sistemática a la normativa sustantiva penal los artículos 20° y 57° objeto de modificación, si bien se encuentran en Títulos distintos -el primero en el Título II sobre el hecho punible y el segundo en el Título III sobre las penas; ambos se ubican en el Libro Primero relacionado con la Parte general del Código Penal. Que, conforme da a conocer la dogmática, desarrollamúltiples instituciones fundamentales con elementos comunes entre sus categorías como la aplicación de las reglas en el tiempo y espacio, la participación, formas se ejecución, tipos de sanciones, entre otros. Por lo que, al significar cuestiones generales, los delitos contenidos en la Parte especial quedan sujetos a lo que delimitapor encontrarse en una relación de dependencia directa. Como sostiene el tratadista Francisco Javier Álvarez:

Se establece así una relación dialéctica entre Parte general y Parte especial, en base a la cual los tipos delictivos concretos determinan la elaboración de la Parte general, pero una vez construida ésta, esos conceptos abstractos se reflejarán a su vez en lo concreto, en lo particular, contribuyendo a la nueva redefinición de los tipos penales. (1993, pág. 1026)

Así, en los procesos en que se procuran eximir o en su defecto atenuar la responsabilidad penal, entre ellas la comprendida en el inciso 11 del artículo 20° del Código sustantivo; tanto como los requisitos para suspender la ejecución de la sanción penal tal cual lo previsto por el artículo 57° del mismo cuerpo legal, se aplicarán sin diferenciación del tipo penal. De maneraque, basta el cumplimiento del supuesto de hecho, esto es, que personal integrante de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas cause muerte o lesiones en el cumplimiento de su deber y usando en forma

reglamentaria su arma para aplicar la consecuencia jurídica de estar exento de responsabilidad penal. O, ser reincidente o habitual a efectos de no proceder con suspender la ejecución de la sanción penal. Sin importar que medie la tipificación de los ilícitos de pandillaje pernicioso, el terrorismo, extorsión, secuestro, así como la trata de personas, el lavado de activos o el tráfico ilícito de drogas u otro que ha de realizarse en el contexto de una organización criminal.

Resulta además innecesaria la incorporación del numeral 11 al artículo 20° del Código punitivo, dado que, con la promulgación del Código Penal, esto todavía en abril de 1991, el tenor o sentido de disposición se encontraba instituida como causal de eximente o atenuación de la responsabilidad, siempre en términos penales, en su numeral ocho en los siguientes términos:

Artículo 20°.- Está exento de responsabilidad penal:
(....)

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo¹⁹;

Tanto más cuando desde el año 2003 con la modificatoria contenida en el artículo 4° de la Ley N° 27936¹⁹ se introdujo de manera extensiva parámetros de invocación y aplicación de la legítima defensa.

¹⁹ Numeral incorporado por el artículo 4° de la Ley N° 27936, publicada el 12 de febrero de 2003.

Artículo 2º.- Evaluación de la legítima defensa

Una vez invocada la legítima defensa debe ser materia de evaluación y decisión por parte del Ministerio Público, para efectos de abstenerse de ejercer la acción penal, de formular acusación o de retirar la acusación ya emitida.

Artículo 3º.- Medida cautelar

Ante la invocación de legítima defensa, el Juez al haber recibido la denuncia determinará la necesidad de abrir instrucción pudiendo no hacerlo. En el supuesto de decidir la apertura de instrucción, impondrá mandato de comparecencia, cuando existan indicios válidos de legítima defensa.

Artículo 4º.- Aplicación extensiva

Lo dispuesto en los artículos 2º y 3º de esta Ley se aplicará para el inciso 8) del artículo 20º del Código Penal, dentro de lo que corresponda a este supuesto.

Por ese motivo, el precepto se encuentra sujeto y orientado en cuanto a su invocación o evaluación, siendo de rescatar que respecto a la causal amparada en el numeral octavo se tiene, aunque de forma escasa y sin mayor determinación, cierto lineamiento para su empleo. De la cual carece -incluso hasta la actualidad- el motivo fundado únicamente en la distinción del sujeto activo por pertenecer a las Fuerzas Armadas o Policiales *in comento*. Criterios que no pueden aplicarse por analogía al encontrarse proscrita como integración normativa, siguiendo el inciso 9 del artículo 139º de la Constitución, y no puede afirmarse su contenido como supuesto ejemplificativo.

Al establecerse precedentemente una eximente de responsabilidad de modo general, no siendo indispensable una que de forma específica aluda a quienes integran las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Pues de su literalidad se entiende que en efectivo cumplimiento de su deber. Más aún puede resultar contraproducente en el entendido que de acuerdo con los términos reglados puede aplicarse de manera menos restrictiva. Es de observar adicionalmente, que no puede calificarse este tipo de actuación funcional de las fuerzas como supuestos de inimputabilidad, referido a cualidades personales que impiden discernir ciertas acciones para conducirse

conforme a derecho. Si no, como causas de justificación que bajo determinados presupuestos de forma excepcional permiten que se lesione o se ponga en peligro el fin legítimo que tutela (Hurtado Pozo, 2005, pág. 626). De esa manera se asegura que las funciones públicas sean cumplidas en interés del cumplimiento, aseguramiento y amparo de bienes jurídicos colectivos.

Además, ha de considerarse la imposibilidad para sostener que la variación del artículo 57° del Código punitivo está destinada a los referidos delitos. Puesto que, de una revisión a la sanción de dichos ilícitos, se tiene que las penas conminadas superan en demasía en su baremo mínimo los cuatro años de privación efectiva de libertad que exige el primer requisito para suspender la ejecución de una sanción privativa de la libertad. Mas cuando, al tratarse dereincidentes o habituales la pena concreta ha de superar igualmente el baremo establecido por el legislador de acuerdo a la determinación judicial de la pena prevista en los artículos 45°, 45°-A y 46° del Código sustantivo. Cuerpo normativo en el que a la época de promulgado el Decreto Legislativo N° 982, mediante el artículo 2° de la Ley N° 28726 -Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46°, 48°, 55°, 440° y 444° del Código Penal²⁰, se encontraban vigentes los artículos del cuerpo penal sustantivo 46°-B²¹ y 46°-C²² que enunciaban²³:

²⁰ Se emplea la misma por estar vigente en el espacio temporal en el que fue promulgado el Decreto Legislativo N° 982 y cuando se ventilaba el proceso de inconstitucionalidad materia de análisis.

²¹ Incorporado por el articulado 2° Ley N° 28726, publicado el 09 mayo 2006.

²² Incorporado por el articulado 2° Ley N° 28726, publicado el 09 mayo 2006.

²³ Mediante el artículo 1° de la Ley N° 29570, con publicación el 25 de agosto de 2010, se modifican los artículos 46°-B y 46°-C del Código sustantivo, estableciendo que la reincidencia incrementa hasta en una mitad el máximo legal, en tanto que la habitualidad en un tercio; sentido de la norma que se mantiene vigente hasta la actualidad.

“Artículo 46°-B.- Reincidencia

El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente.

Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados.

Artículo 46°-C.- Habitualidad

Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.”

Circunstancias agravantes cualificadas que, de acuerdo al texto penal, en caso concurran, el esquema operativo empleable para la estipulación judicial de la sanción inicia en el máximo de la pena tipo. Siguiendo a Prado Saldarriaga, “este extremo marcará un nuevo mínimo a partir del cual se deberá configurar en línea ascendente un nuevo máximo, aplicando, para ello, la escala porcentual que la ley autoriza” (pág. 7); que es hasta en un tercio en el caso de la reincidencia y hasta en una mitad en caso de la habitualidad. Aplicada la reincidencia, a modo de ejemplo, al tipo penal específico de Trata de personas²⁴ en los términos vigentes a la fecha de promulgado el Decreto Legislativo N° 982, el extremo -ahora- mínimo es de 15 años y el máximo de 20 años. Cantidad de años evidentemente superior al que permite la norma para que el operador judicial aplique la suspensión de la condena. Como en todo aspecto, pueden haber excepciones, de corresponder alguna causal de disminución de punibilidad por alguna realización imperfecta del delito como la

²⁴ Artículo 129-A .- Trata de personas, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 28950, publicada el 16 enero 2007,

tentativa, por complicidad secundaria, eximente imperfecta, error de prohibición vencible, responsabilidad restringida por la edad, legítima defensa; o, reducción por bonificación procesal. De ocurrir ello, además de tratarse de casos *sui generis*, se debe resaltar que ya se encuentra estatuida la consecuencia de incremento de pena en caso de habitualidad o reincidencia.

En consecuencia, afirmar que se instituye la inimputabilidad para personal integrante de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas y la suspensión de la ejecución de la sanción para reincidentes o habituales en la comisión de los ilícitos de tráfico ilícito de drogas, trata de personas, lavado de activos, extorsión, pandillaje pernicioso, secuestro, terrorismo u otro que se realice en el contexto de una organización criminal, no tienen asidero legal alguno. Por lo que, la modificatoria aprobada en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982, no está delimitada materialmente para aplicarse únicamente a los delitos por los cuales el Poder Ejecutivo se encontraba facultado a legislar en conformidad a la Ley autoritativa N° 29009.

En igual sentido, pese a que la Ley N° 29009 autorizó al Ejecutivo legislar respecto al ilícito de extorsión, declara la invalidez constitucional del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 982 por cuanto modifica el artículo 200° del Código sustantivo. Debido a que, el nuevo texto regula aspectos que no están relacionados con la materia delegada, específicamente porque sanciona conductas de funcionarios públicos en participación de huelgas sin tener reconocido el ejercicio de tal derecho. Asimismo, porque la nueva tipificación no complementa la regulación del delito, sino que busca proteger bienes que no se sujetan al objeto del delito de extorsión. Al respecto, como se tiene establecido, debe advertirse si el contenido de la modificatoria se orienta a combatir eficazmente este delito contra el patrimonio que, a efectos de obtener una

ventaja indebida utiliza la violencia, amenaza o hasta la privación de la libertad personal. Entonces, la modificatoria en principio debe hacer referencia a imponer al funcionario público con dichas cualidades una sanción si comete por su posición privilegiada actos tendientes al lucro. Lo cual se cumple, empero introduce que la misma se dé en el marco de una huelga.

Derecho que junto a la sindicalización en consonancia con el artículo 42° de la Constitución queda restringido de modo expreso para funcionarios públicos que tienen facultad de decisión, así como para los que se desempeñen en puestos de confianza o de dirección. Sobre todo, si, de la definición de huelga que realiza el artículo 72° y 73° del Decreto Supremo N° 010-2018-TR -Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se tiene que esta manifestación reivindicatoria se realiza en forma pacífica con el fin de alcanzar un cambio laboral favorable. Mas no, mediante uso de violencia, amenazas u otros con fines indebidos. Por esta razón, al no estar facultados a hacer ejercicio de este derecho en atención a su poder y autoridad directa en el aparato estatal, no puede su conducta estar penalizada, es más por sus cualidades no resultan ser sujetos activos. Si lo que se pretende es sancionar la participación de los funcionarios de confianza o de dirección en actos de violencia, al margen del contexto de huelgas, debe aplicarse tipos penales ya existentes que protegen de manera más adecuada el bien jurídico de la tranquilidad pública, como por ejemplo disturbios o apología.

Por ello, el criminalizar la intervención de aquellos funcionarios públicos que ostenten poder de decisión en huelgas, así como de los trabajadores de confianza y aquellos que desempeñan cargos de confianza, se entiende que no integran materia delegada por la Ley otorgante de facultades N° 29009. Su contenido protege otros bienes

jurídicos de magnitud constitucional, no se enmarca en la tipicidad del delito de extorsión y tampoco constituye parte de una estrategia de carácter integral para combatirlo. Al excederse en su regulación, la modificación contenida en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 982, resulta ser inconstitucional.

En relación a la inconstitucionalidad alegada en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983 que varía el numeral 2 del artículo 244° del Código de Procedimientos Penales señala que excede materia delegada por cuanto el establecimiento del nuevo orden en el interrogatorio ha de aplicarse a todos los procesos penales. En efecto, y conforme lo reconoce la posición en mayoría del Tribunal Constitucional, esta nueva regla por su carácter adjetivo es aplicable a todos los procesos de igual trámite. Habida cuenta que:

Son normas que, de un lado, disciplinan la actividad procesal del juez y de las partes, entre sí o con el objeto del proceso; y, de otro lado, definen los actos procesales (presupuestos, requisitos, condiciones, efectos y formas). Disciplinan el sí y el cómo de la sentencia, no el qué de ella, que corresponde a la norma material o sustantiva. (San Martín, 2015).

No obstante, el intentar justificar su constitucionalidad alegando que con ello se evita un trato desigual carece de toda base objetiva. En principio porque la delegación de facultades está destinada a un objetivo determinado y a materias en específico que deben respetarse. Y basado en ello, debería realizarse una diferenciación atendiendo a que el *telos* de la normativa delegada está orientado a adoptar una estrategia integral para combatir de manera eficaz la comisión de ilícitos que de acuerdo al fenómeno criminológico defienden un tratamiento legislativo distinto. Sin intención de desarrollar

un test de igualdad²⁵, que cabría si de un análisis de fondo se tratase, la intervención en la igualdad, respecto al orden en el interrogatorio en el decurso del juicio sobre los injustos mencionadas en el artículo 1° de la Ley delegante N° 29009, debería ser el sentido orientador y delimitador para la validez de la modificatoria de la normativa. Lo cual no se deriva de la lectura de la disposición de la norma, su ubicación en el ordenamiento penal, su propia naturaleza y menos aún la motivación de parte de magistrados del Tribunal Constitucional, que buscan igualar tratamientos.

En concreto, la modificatoria al desarrollo del examen del acusado contenida en el numeral 2 del artículo 244° del Código de Procedimientos Penales excede el límite material previsto en la Ley autoritativa N° 29009. Por tratarse de una norma cuya aplicación es general, de la cual no puede predicarse su particularidad el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983 es inconstitucional.

Las alegaciones de inconstitucionalidad por infracción por la forma del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983 que reformula la disposición contenida en el artículo 259° del Código adjetivo Penal referente a la detención policial; así como, del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989 que dota de nuevo sentido al el artículo 4° de la Ley 27934 -Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito; serán abordadas en el acápite 3.2.3. atendiendo a lo determinado por el máximo intérprete de la Norma constitucional.

²⁵ Estructura del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción a la igualdad desarrollado en los fundamentos 33 a 41 por el Pleno del Tribunal Constitucional en el pronunciamiento en el expediente N° 045-2004-PI/T, que aborda la diferencia en el tratamiento legislativo, como se interviene en la prohibición de discriminación, así como analizar la “intensidad” en la forma de intervención al derecho a la igualdad, el objetivo y fin de, y los pasos del test de proporcionalidad guiados por la idoneidad, necesidad y finalmente el subprincipio de ponderación.

Basado en lo sostenido previamente, las materias legisladas por el Poder Ejecutivo en las disposiciones cuestionadas del artículo 1° y 2° del Decreto Legislativo N° 982, y artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983 no se hallan en los extremos términos de los asuntos objeto de delegación, como por ejemplo el artículo 1° de la Ley autoritativa N° 29009. Por lo que, se ha determinado que los Decretos Legislativos cuestionados en cuanto a este extremo material han vulnerado la Constitución en razones de forma, resultandos inconstitucionales.

4.2.2. De la infracción por el fondo

Habiéndose determinado la inconstitucionalidad por incurrir en infracciones de forma los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo N° 982 y artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983; así como encontrándose reservado abordar lo pertinente respecto al artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983 y artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989 que modifica el artículo 4° de la Ley 27934 -Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito. Corresponde en este apartado tratar lo pertinente respecto a las alegaciones de inconstitucionalidad en cuanto a infracciones por el fondo del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983 en lo referente al artículo 261° del Código de Procedimientos Penales, el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 983 en cuanto plantea una nueva regulación en el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991. Del artículo único del Decreto Legislativo N° 988 respecto del literal a) del artículo 2° de la Ley N° 27379 -Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares. Y del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989 en el extremo que modifica el artículo 1° de la Ley N° 27934 -Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito.

El Pleno del Tribunal Constitucional respecto del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983 en el apartado que modifica el artículo 261° del Código de Procedimientos Penales que prevé la prueba trasladada, asume dos posiciones divergentes. Por un lado, el voto en mayoría declarando la constitucionalidad de la norma emite un pronunciamiento desestimativo en sentido interpretativo. Debido a que puede constituir prueba una sentencia que acredite la existencia, naturaleza, modalidad o patrón de una organización criminal, siempre que:

30. Este Tribunal considera que dicho precepto podría ser salvado si se precisan algunos criterios para evitar defectos o vicios en su aplicación:
- a. En principio, la sentencia de un proceso penal puede ser utilizada en cualquier otro proceso; pero ello no la convierte en prueba plena.
 - b. Los hechos acreditados en esa sentencia lo están en relación a los condenados. Si un tercero es juzgado por los mismos hechos, puede cuestionar no sólo si tales hechos han ocurrido, sino también cuestionar su participación en ellos.
 - c. El medio probatorio debe ser incorporado al proceso, de modo que se garanticen las garantías procesales penales establecidas en la Constitución, entre ellas la relacionada con los derechos de contradicción y de defensa.
 - d. Además, en relación a la valoración de la precitada sentencia, la norma remite al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, que establece que "*Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia*"; esto es, que su valor probatorio depende de la evaluación que el juez realice de todos los actuados en el proceso.

Por su parte, el voto en minoría emitiendo una posición de simple anulación de la norma la declara inconstitucional. Por cuanto, el efecto positivo de la institución referida a la cosa juzgada en su contenido material quebranta el derecho de defensa al permitir que, la imposibilidad de los operadores jurídicos o cualquier poder del Estado de modificarlo dejar sin efecto la sentencia extienda sus efectos hasta ser considerada como prueba de un determinado hecho. La circunstancia debe ser probada dentro del proceso, toda vez que, no resulta posible que se contraponga a un

encausado la existencia -que ha sido probada en otro proceso o juicio judicial- de una determinada organización, en atención a que dicho elemento ha de ser sometido igualmente en el nuevo proceso a contradictorio para establecer su fehaciencia (Tribunal Constitucional, 2010, p. 49).

A partir de ello, debe diferenciarse dos momentos dentro del procedimiento probatorio, el del ofrecimiento de la prueba y el de su actuación. La postura en minoría abarca este último aspecto pues entiende que la presencia de una organización criminal debe estar sometida a contradicción, así como probada *intra* proceso, lo cual definitivamente debe ocurrir. Pero olvida el primer aspecto, pues la decisión con carácter de cosa juzgada para poder ser un medio de prueba debe tener condicionado su ingreso. Así, previamente ésta no debe contener algún vicio sobre todo con relación al debido proceso como derecho continente ni al derecho a la prueba en particular. Entendido no como el efectivo ejercicio sino como la posibilidad de la parte contra quien quiere alegarse esta prueba de haberla observado o impugnado en el juicio previo. Como sostiene el jurista Couture:

Las pruebas (...) producidas con todas las garantías, son eficaces para acreditar los hechos que fueron motivo de debate en el juicio anterior y que vuelven a repetirse en el nuevo proceso. No son eficaces en cambio, si no han podido ser debidamente fiscalizadas en todas las etapas de su diligenciamiento, o si se refieren a hechos que no fueron objeto de prueba (objeto en el sentido que ya se ha asignado a este concepto) en el juicio anterior. (...) Lo que se halla en juego es la posibilidad de hacer llegar al juicio pruebas que hayan sido objeto de impugnación (real o eventual) de la parte a quien perjudican. Más que una conclusión unánime, caben en este caso

conclusiones particulares inherentes a cada proceso especial. Si en ellas el contradictorio ha sido posible, la prueba debe reputarse válida; si no lo ha sido, la prueba carece de valor de convicción. (1958, p. 255-257)

Por otra parte, la modificatoria establece que la sentencia firme será valorada de acuerdo al criterio de conciencia, esto es, será apreciada como un elemento dentro un conjunto más no con entidad suficiente para acreditar la existencia de una organización criminal. Puesto que, de ella pueden divergir múltiples circunstancias como los roles, la participación, las modalidades, tipos penales, participantes, entre otras que imponen efectuar una deducción aparte. En vista de que, a pesar de que la institución de la cosa juzgada en el ámbito penal sea un factor excluyente para excluir un posterior proceso, ello no predetermina judicialmente el pronunciamiento derivado del nuevo proceso judicial mucho menos aún vincula la responsabilidad o configuración delictiva respecto de un tercer imputado en el hecho, como tampoco de mismo por hecho diferente, sin importar que éste sea conexo o dependiente con el ya sometido a juzgamiento (Armenta, 2003, p. 292).

Precisamente en razón a ello no se puede sostener, como aduce la parte demandante, una transgresión al *ne bis in ídem* ni su vertiente material ni formal. Dado que, existirán casos en los que no se estará frente a una doble persecución penal por no coexistir la denominada triple identidad -sujeto, hecho y fundamento-. Siendo que, en caso concurran y de haberse incorporado y actuado en cumplimiento de los principios y normas, la sentencia se considerará un elemento facilitador mas no determinante de la probanza respecto la existencia, naturaleza, modalidad, patrón, resultado o daños de la organización criminal.

De ahí que, al ser la expulsión de la norma el último recurso y por principio de conservación de leyes, el nuevo contenido del tercer párrafo del artículo 261° del Código de Procedimientos Penales debe interpretarse y aplicarse conforme a los criterios concretados en el considerando 30 del pronunciamiento objeto de análisis. Además de observar el cumplimiento de garantías y derechos en el juicio previo.

En cuanto al cuestionamiento de la constitucionalidad del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 983 que reforma el contenido del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991, los magistrados del órgano supremo de interpretación constitucional, emitiendo un fallo unánime desestiman en este extremo la demanda. Consideran que el plazo de detención, mal llamado prolongación de la investigación por el voto en mayoría, se encuentra motivado porque establece como circunstancia de especial dificultad para el desarrollo del proceso la perpetración del delito por medio de una organización criminal. El voto en minoría expresa, que se delimita a especificar un supuesto para prolongar la detención pues previamente ya se requería que el procesado o imputado pueda perturbar la actividad probatoria o peor aún sustraerse de la acción de la justicia.

A efectos de analizar la validez constitucional del contenido normativo, se debe hacer mención de los fallos previos que fueron emitidos por el máximo Tribunal respecto a los plazos de detención preventiva. En la decisión adoptada en la causa N° 2915-2004-HC/TC respecto a la prolongación de las detenciones contenida en el segundo párrafo del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991²⁶ sostuvo que:

²⁶ Artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991, que señala en su párrafo segundo, que de concurrir alguna circunstancia que genere una dificultad especial o que incremente el tiempo de la investigación, sumado a

pág. 88

[U]na interpretación *pro homine* y *favor libertatis* del segundo párrafo del artículo 137° del CPP, se concluiría en que la "especial dificultad" o "especial prolongación de la investigación", que permite justificar la prolongación del plazo de detención en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado (más de 36 meses), sólo podría fundamentarse en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta "complejidad del asunto". (2004, pág.12)

Por lo que, cualquier prolongación que sobrepase dicho término tendrá que motivarse debidamente para su imposición en la demora atribuible al procesado. Criterio que posteriormente fue complementado con el fallo emitido en el proceso N° 7624-2005-PHC/TC, admitiendo que la detención sea prolongada por más de treinta y seis meses cuando se trate del ilícito de tráfico ilícito de drogas en el escenario de una organización internacional. Es decir, se establecen dos supuestos fuera de los cuales prolongar la detención por dicho plazo resulta inconstitucional; por un lado, las dilaciones imputables al procesado; y por otro, una organización internacional centrada en el ilícito antes mencionado. Este último, habilita considerar como complejidad del asunto la criminalidad organizada -debido a la operatividad de sus integrantes para delinquir-sin dejar de lado que concurra la posibilidad de que el justiciable pueda turbar la actividad probatoria como también detraerse de la acción de la justicia.

la posible sustracción del procesado al proceso, se puede prolongar el plazo hasta por uno igual.

Relacionado a ello, el Tribunal Constitucional en el pronunciamiento formulado en el expediente N° 1175-2006- PHC/TC pronunciándose respecto a la posibilidad de prolongar más de los treinta y seis meses el plazo de la detención ha referido que, no se vulnera el derecho a un plazo razonable cuando la prolongación del tiempo de una detención este referida a la perpetración de sucesos por medio de una organización criminal de tipo internacional que presente ramificaciones, división en sus funciones, fuera del territorio nacional, así como una estructura en compartimentos estancos con posibilidad de encubrir su accionar, por cuanto para el Estado ello implica un grado alto de dificultad en el establecimiento de la responsabilidad penal (2006, p. 2).

En vista de que la incorporación del tercer acápite del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 por medio del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 983 no introduce una circunstancia ajena a cómo interpretar la dificultad especial o específica prolongación, sino que por el contrario le dota de contenido; resulta ser válida y congruente con el ordenamiento jurídico-constitucional.

Del artículo único del Decreto Legislativo N° 988 respecto del literal a) del artículo 2° de la Ley N° 27379 -Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares, el Pleno del órgano constitucional desestima la demanda por considerar que la autoridad competente para determinar la incomunicación del procesado es el órgano jurisdiccional penal bajo una resolución en la cual se motive de acuerdo a la particularidad de cada caso lo indispensable de la medida. Fundamentos directos que se basan en el literal g) del numeral 24 del artículo 2° de la Carta fundamental que instituye que a efectos del esclarecimiento de un delito por resultar necesario una

persona puede quedar incomunicada en un determinado plazo y de acuerdo con la forma predeterminada en la ley. El cual fue objeto de desarrollo por parte del Tribunal Constitucional en los fundamentos ciento setenta y dos y ciento setenta y tres de su pronunciamiento recaído en el expediente N° 0010-2002-AI/TC como sigue:

[C]uando la Constitución alude a la existencia de un "*caso indispensable*", con ello exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique. Pero, a su vez, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse para otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca (...) aunque el literal "g", inciso 24), del artículo 2° de la Constitución no indique expresamente la autoridad responsable para decretar la incomunicación, el Tribunal Constitucional entiende que ella debe ser efectuada necesariamente por el Juez penal, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental. (2003, p. 50)

De suerte que, ya se encuentran delimitadas las condiciones para la imposición de la incomunicación como medida limitativa. Las mismas están contenidas en la nueva redacción del literal a) del artículo 2° de la Ley N° 27379 -Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares. Puesto que, al ser solicitada ante el Juez penal se concluye que la autoridad jurisdiccional emitirá la decisión, reconociendo de manera expresa su competencia. Asimismo, se ha indicado un plazo de duración máximo de diez días, que no implica bajo circunstancia alguna el impedimento de conferenciar en privado con su defensa, y con la necesaria finalidad de dilucidar los hechos, lo cual evidentemente requiere un análisis casuístico para una debida aplicación. De ahí que,

pág. 91

no pueda ser abordada en el proceso de inconstitucionalidad de naturaleza e incidencia abstracta, sino que la eventual declaratoria de inconstitucionalidad tiene que darse por medio de un control difuso.

Se cuestiona además la falta de exigencia por parte del legislador delegado de establecer mandato de emisión necesaria de una resolución motivada. Alegación de especificación que resulta infructuosa en razón al principio de la función jurisdiccional establecido en el inciso 5 del artículo 139° de la nuestra Norma fundamental que demanda:

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

Siendo así, el nuevo texto del literal a) del artículo 2° de la Ley N° 27379 -Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares establecido por el artículo único del Decreto Legislativo N° 988 es constitucionalmente válido.

Finalmente, en relación al artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989 en el extremo que cambia el contenido normativo del artículo 1° de la Ley N° 27934 -Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito, el máximo intérprete de la Norma fundante, al unísono declara infundada la demanda a este respecto. Afirman que las nuevas facultades encomendadas no interfieren con la autoridad o prerrogativa del Ministerio Público para conducir la investigación del ilícito siempre que respondan a un inconveniente del guardián de la legalidad para conducir en forma inmediata la investigación con cargo a controlar la

legalidad de las actuaciones. Condiciones válidas si se presta atención a que el numeral 4 del artículo 159° de la Norma constitucional reconoce la potestad del referido Órgano Constitucional Autónomo de conducir desde su iniciación la investigación y establecer mandatos a la Policía Nacional dentro del ámbito de sus funciones. Lo que da cuenta de un orden de prelación por parte del referido órgano Constitucional Autónomo sobre la Policía Nacional para intervenir en las investigaciones. De modo tal que, la labor policial se encontrará sujeta a control, verificación, supervisión y dirección del titular de quien ejerce la acción penal.

No obstante, por el reconocimiento constitucional de la Policía Nacional de asegurar y restituir el orden interno acorde con nuestra Constitución en su artículo 166°, está facultada a llevar a cabo determinadas actuaciones que, por ser urgentes y necesarias para el aseguramiento de las mismas, al poder ser potenciales medios probatorios, debe de practicar, sin que excedan sus propias atribuciones. Debiendo informar respecto a las labores efectuadas de las que dejó constancia, en la primera oportunidad que se presente al representante del Ministerio Público a quien debe subordinación funcional y que a su vez se encuentra en la obligación de efectuar un control posterior que asegure que las mismas se efectuaron bajo el respeto de derechos y cumplimiento de garantías. Así lo estipula la modificatoria cuestionada, al indicar que las quince actuaciones indicadas se realizarán ante impedimento del fiscal de asumir de hacerse cargo inmediatamente de la dirección de las indagaciones, dando cuenta al término de la distancia. De forma que, desaparecido el impedimento se agota el consentimiento en beneficio de la Policía Nacional de proseguir con el desarrollo de dichas actuaciones.

Por tales motivos, la modificación del artículo 1° de la Ley N° 27934 -Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito contenida en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989 se encuentra acorde con la Constitución.

4.2.3. De la sustracción de la materia

La parte demandante alegó la inconstitucionalidad por infracción por la forma del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983 que varía el artículo 259° del Código Procesal Penal referente a la detención policial; así como, del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989 que reformula el artículo 4° de la Ley 27934 -Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito, las mismas que fueron resueltas por los magistrados integrantes, en su conjunto, del Tribunal Constitucional declarando la sustracción de la materia. Previamente a analizar este extremo del fallo y sus razones, es imperioso abordar algunas características de estemodo atípico de conclusión del proceso.

La sustracción de la materia es un supuesto singular para declarar la improcedencia de una demanda, en todo o en parte. La misma se configura cuando en un proceso previo idéntico se ha emitido pronunciamiento que goza de la característica de inmutabilidad por la cosa juzgada, o en su defecto, cuando de manera posterior a la interposición de la demandada de inconstitucionalidad la norma con calidad de ley ha perdido vigencia. En el primer supuesto, al existir una controversia de contenido material sustancialmente igual a un proceso previo ya desestimado, en concordancia con el inciso 2 del artículo 104° del Código Procesal Constitucional, corresponde declarar la improcedencia de la segunda demanda. Se protege así la seguridad jurídica imposibilitando que un nuevo proceso constitucional signifique una forma de recurrir

la decisión previa para ser dejada sin efecto o modificada.

Atendiendo al alcance *erga omnes* de las consecuencias de estimación o desestimación de una demanda en los procesos de inconstitucionalidad, es preciso que se determine de manera exacta la referencia al término “sustancialmente igual en cuanto al fondo” que refiere el articulado constitucional. A este respecto el Tribunal Constitucional se ha acentuado con su pronunciamiento en la causa N° 0025-2005-PI, que, sintetizada de la siguiente forma, se afirma que opera la institución de la sustracción de la materia a causa de la existencia de cosa juzgada cuando se encuentra igualdad:

[R]especto de la disposición objeto de control. Se examina si la nueva norma con rango de ley objeto de la inconstitucionalidad ha variado o no en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria (...) enunciando una norma diferente, la cual aún no ha sido examinada en cuanto a su constitucionalidad.

[R]especto de la norma parámetro de control normativo, esto es, cuando el marco constitucional no sería el mismo que el originalmente invocado en la demanda, donde se establecería que carece de objeto pronunciarse sobre la materia o se declaró infundada la demanda (...) cuando el parámetro normativo no fue empleado en un proceso anterior [o] el parámetro normativo ha variado en su sentido.

[R]especto del principio interpretativo empleado (...) la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo empleado es distinto o sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria.

(Centro de Estudios Constitucionales, 2015, págs. 78-79)

En cuanto al supuesto de cese de vigencia de la norma con rango de ley, esta puede darse por haber sido modificada, derogada, por vencimiento de su plazo o haber desaparecido las circunstancias que la motivaron. El artículo I del Título Preliminar del Código Civil afirmando la abolición de la ley preceptúa que la ley se deroga por otra ley, de manera expresa, por incompatibilidad o por incorporación, no cobrando vigencia las disposiciones previamente derogadas. Bajo dicha lógica que aplican los miembros del Tribunal Constitucional, se tiene que la Ley N° 29372 -Ley que modifica el artículo 259° y su entrada en vigencia, así como la de artículo 260° del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, referidos a la detención policial y arresto ciudadano en flagrante delito respectivamente, publicada el 09 de junio de 2009; ha derogado las disposiciones contenidas en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983, de manera directa -erróneamente llamada expresa en el voto en minoría- y en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989, de manera indirecta -erróneamente llamada implícita en el voto en minoría. Por cuanto en la mencionada ley se ha redefinido el concepto de flagrancia, así como sus alcances y supuestos, no contemplando que la misma se extiende hasta las 24 horas después de ocurrido los hechos, que es el cuestionamiento de la parte demandante. Norma que guarda sentido con los sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional por ser compatible con los presupuestos de percepción directa en la comisión de determinado acontecimiento punible, la inmediatez personal y la inmediatez temporal.

Ahora bien, como se ha definido previamente, la derogación y declaración de inconstitucionalidad no surten igual consecuencia. Por lo que, a pesar de que la norma ha perdido vigencia, aún puede continuar desplegando sus efectos no quedando exonerado el Tribunal Constitucional para pronunciarse respecto de la validez

constitucional o no en cuanto a la norma derogada o modificada. A tal efecto, es necesario verificar que concurren los supuestos en los que cuenta con competencia para admitir demandas contra normas sin vigencia y posteriormente emitir pronunciamiento, las que siguiendo el pronunciamiento dictado en la causa N° 0004-2004-AI/TC son que aún despliegue los efectos; o, en su defecto puede incluso llegar a las consecuencias que la norma dispuso en el pasado -únicamente en cuanto esté referido a materia tributaria o penal-; así como que las disposiciones sean susceptibles de aplicación a situaciones, hechos como relaciones jurídicas que ocurran durante su vigencia. (Centro de Estudios Constitucionales, 2015, pág. 82)

A este respecto, el voto en minoría yerra al referir que tratándose el artículo 259° del Nuevo Código Procesal Penal de una norma que regula aspectos procesales que se rigen por la norma vigente al tiempo en el cual se ejecuta, no corresponde emitir pronunciamiento de fondo. Es cierto que, las disposiciones procesales se rigen bajo el principio de *tempus regis actum*, pero debe advertirse que la flagrancia delictiva si bien es una situación inmediata genera eventualmente la consecuencia jurídica de la detención, la cual puede incluso extenderse para casos de criminalidad organizada a treinta y seis meses con posibilidad de prolongación. Por lo que, se está frente a una situación jurídica que permanece en el tiempo y de haber sido evaluada en cuanto al fondo determinando su constitucionalidad; aunque los fundamentos del pronunciamiento y la doctrina jurisprudencial harían advertir de que no, se hubiera terminado con detenciones y juicios irregulares. Toda vez que, según el ordenamiento penal el hecho de que una detención se haya originado por flagrancia delictiva es supuesto legal de procedencia suficiente para llevar a cabo procedimientos especiales como el proceso inmediato establecido en los artículos 446° al 448° del Nuevo Código

Procesal Penal y el Decreto Legislativo N° 1194 -Decreto Legislativo que regula referido tipo de proceso en caso de flagrancia.

En consecuencia, si bien con la derogación tácita del artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983 y del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989 se produjo la sustracción de la materia, era imperioso que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento de fondo respecto a la inconstitucionalidad de las modificaciones al artículo 259° del Nuevo Código Procesal Penal. Cuestión sobre la que no ahondará el presente informe, en atención a que los supuestos de flagrancia delictiva, así como la forma de su aplicación merecen y requieren un análisis más complejo sobre diversas instituciones jurídicas penales, que deben ser leídas incluso en base al derecho comparado, para fijar su validez o no en términos constitucionales; más aún si se encuentran intrínsecamente relacionadas a la legitimidad y propalación de la cual - hasta la fecha- goza un específico procedimiento penal, que ha generado incluso que varíe la política criminal instaurando unidades con órganos jurisdiccionales, fiscalías y personal operativo policial para su abordaje.

V. Conclusiones

Conforme a lo vertido precedentemente, se concluye que la delegación de facultades en observancia y cuidado del principio de separación y equilibrio de poderes se halla justificado por una necesidad específica. Razón por la cual se limita material y temporalmente, así como se establece un control posterior de los actos normativos del jefe de Estado. Siendo, el primero de carácter altamente político, instaurado en el Parlamento como materialización de sus atribuciones de dirección política, fiscalización y control. Distinto al examen predominantemente jurídico desplegado en sede constitucional por el organismo que el constituyente ha establecido, esto es el Tribunal Constitucional, por medio del proceso de inconstitucionalidad a través del ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, el cual importa un examen a nivel de contenido, de apreciación y de evidencia.

Por medio de dicha revisión se determina si la normativa con rango de ley ha infringido la Constitución en cuanto a su carácter, por afectar la forma o el fondo; el quantum de la fuente lesiva, que puede ser total o parcial; el parámetro utilizado, pudiendo ser directa o indirecta; el tipo de acción u omisión. Siendo que, de acuerdo con su causa de pedir se puede afirmar que el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982 en el extremo que añade el supuesto del inciso 11 al artículo 20° de Código Penal, y el artículo 57° del mismo cuerpo normativo; es inconstitucional por incurrir en infracciones formales al exceder materia objeto de delegación en la Ley autoritativa N° 29009, debido a que por su ubicación sistemática son disposiciones legales de carácter materialaplicable a todo ilícito penal.

Asimismo, es inconstitucional el cambio normativo al artículo 200° del Código Penal

introducida en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 982, porque el criminalizar la participación de funcionarios públicos de confianza y con poder de decisión, en huelgas, excede el ámbito de delegación autorizada por el Congreso hacia el Poder Ejecutivo. Puesto que, constitucionalmente no pueden ejercer tal derecho y es irrazonable la equiparación de fines legítimos que se busca tutelar.

Con relación a la nueva disposición del numeral 2 del artículo 244° del Código de Procedimientos Penales establecida en el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983, el cambio en el establecimiento del orden del interrogatorio es inconstitucional. Ya que, su aplicación no se ha delimitado para los ilícitos contenidos en la Ley autoritativa N° 29009 por lo que sobrepasa los límites materiales impuestos al legislador delegado, incurriendo en infracciones de tipo formal.

Efectuado un análisis de fondo, el artículo 261° del Código de Procedimientos Penales modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983 para la valoración de la prueba trasladada resulta estar orientada en el marco constitucional. A condición de que, se verifique, además de los criterios establecidos en el fundamento 30 del voto en mayoría de la sentencia, que la parte afectada con la introducción del medio de prueba haya tenido la posibilidad de contradecir la modalidad, el patrón de actuación, los resultados del hecho o el daño para acreditar la forma de actuación o existencia de la organización criminal. Lo cual no significa una vulneración a la calidad de cosa juzgada ni el quebrantamiento del *ne bis in ídem*.

Por su parte, resulta constitucionalmente válida el cambio normativo al artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 introducida por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 983. Los fallos o decisiones que emite el Tribunal Constitucional

advierten la posibilidad que ante circunstancias que signifiquen una especial complejidad debidamente motivada, el término de detención puede dilatarse por más de treinta y seis meses. Así, el hecho de que los delitos se perpetren en el contexto de una organización criminal es una razón de complejidad y no un supuesto nuevo para proceder con la detención en dichos términos.

La modificatoria del artículo único del Decreto Legislativo N° 988 por el literal a) del artículo 2° de la Ley N° 27379 -Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares, no infringe la Constitución. Su contenido se condice con lo estipulado en el literal g) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución, así como con la garantía jurisdiccional del inciso 5 del artículo 139° de la Carta Fundante. La incomunicación impuesta por el operador jurídico está determinada por un plazo perentorio, misma que ha de verificarse en concreto en cada caso.

Es constitucional la modificatoria del artículo 1° de la Ley N° 27934 -Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, por medio del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989. Puesto que, reconociendo la subordinación funcional de la Policía Nacional al Ministerio Público establece que las actuaciones a realizarse serán urgentes, de las cuales dará cuenta en la primera oportunidad o al término de la distancia, debiendo quedar un registro para realizar un control de legalidad.

Finalmente, la sustracción de la materia conforme los supuestos establecidos, se da por la derogación tácita de la modificatoria al artículo 259° del Nuevo Código Procesal

contenida en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 983 y del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989. Sin embargo, debió de ser haberse emitido una decisión que determine su arraigo constitucional o no, toda vez que el Pleno del Tribunal Constitucional dentro de sus atribuciones se encontraba apto para exponer pronunciamiento en cuanto al fondo al abordarse respecto de una institución procesal que incide de manera directa en la libertad personal de las personas detenidas en lo que, hasta ese momento, se consideraba flagrancia delictiva (Álvarez, 1993).



VI. Referencias

- Aguiló, J. (2019). En defensa del Estado Constitucional de Derecho. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 42, pp. 85-100.
- Álvarez, F. (1993). Relaciones entre la Parte general y la Parte especial del Derecho Penal. Obtenido de [file:///C:/Users/Casa/Downloads/Dialnet-RelacionesEntreLaParteGeneralYLaParteEspecialDeIde-46444%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Casa/Downloads/Dialnet-RelacionesEntreLaParteGeneralYLaParteEspecialDeIde-46444%20(1).pdf)
- Alvites, E. (2018). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *Derecho PUCP*, (80), 361-390. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201801.010>
- Armenta, T. (2003). Lecciones de Derecho Procesal Penal. Madrid: Marcial Ponds. Obtenido de <https://idoc.pub/search/Si%20bien%20la%20cosa%20juzgada%20penal%20excluye%0D%20un%20segundo%20juicio%20respecto%20de%20la%20misma%20persona>
- Basombrio, C. (2007). *Delito e inseguridad ciudadana. Lima y otras ciudades del Perú comparadas con América Latina*. Obtenido de https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/30F36E775E86E8CA05257AB10073CC21/SFILE/delito-e-inseguridad-ciudadana.pdf
- Baumann, J. (1989). Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos. Ediciones Depalma: Buenos Aires.
- Carpio Marcos, E. (2015). Los vicios de la ley. *THEMIS Revista De Derecho*, (67), 263-276. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14474>
- Carpio Marcos, E. (2001). Las normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad. *Advocatus*, (005), 201-208. <https://doi.org/10.26439/advocatus2001.n005.2317>
- Celis, F. (2019). Constitucionalismo penal. <https://lpderecho.pe/constitucionalismo-penal-francisco-celis-mendoza-ayma/>
- Centro de Estudios Constitucionales. (2015). El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014). Lima, Perú: Servicios Gráficos JMD. <https://shorturl.at/u2y70>
- Código de Procedimientos Penales. (1939). *Ley N° 9024*. Obtenido de <https://www.munlima.gob.pe/images/descargas/normas-administrativas/C%C3%B3digo%20de%20Procedimientos%20Penales.pdf>
- Código Penal. (1991). *Decreto Legislativo N° 635*. Obtenido de https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/SFILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf
- Código Procesal Constitucional. (2004). *Ley 28237*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/05/Codigo-Procesal-Constitucional-TC.pdf>
- Congreso de la República. (s.f.). Obtenido de <https://www.congreso.gob.pe/>
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Procedimiento probatorio*. Buenos Aires: Depalma. <https://www.upg.mx/wp-content/uploads/2015/10/LIBRO-42-Fundamentos-de-Derecho-Procesal-Civil.pdf>
- Decreto Legislativo N° 052. (1981). *Ley Orgánica del Ministerio Público*. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/26_ley_organica_mpp.pdf
- Decreto Legislativo N° 982. (2007). *Decreto Legislativo que modifica el Código Penal aprobado por Decreto Legislativo N° 635*. Presidencia de la República. Obtenido de <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00982.pdf>
- Decreto Legislativo N° 983. (2007). *Decreto Legislativo que modifica el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal y el Nuevo Código Procesal*

- Penal. Presidencia de la República. Obtenido de <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00983.pdf>
- Decreto Legislativo N° 988. (2007). *Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27379, que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos e investigaciones fiscales preliminares*. Presidencia de la República. Obtenido de <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00988.pdf>
- Decreto Legislativo N° 989. (2007). *Decreto Legislativo que modifica la Ley 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito*. Presidencia de la República. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00989.pdf>.
- Donayre, C. (2008). El Control Parlamentario de los Decretos Legislativos en el Perú: Retos y Posibilidades. *Derecho Sociedad* (31), 79-92. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17393/17676>
- Expediente 002-2003-AI/TC. (2003). Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00002-2003-AI.pdf>
- Expediente 2915- 2004-HC/TC. (2005). Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/EXP.%20N.%C2%BA%202915-2004-HC%20T CL%20laley.pdf>
- Expediente 00054-2004-AI. (2005). Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://idoc.tips/search/efecto+vinculante+sobre+los+aplicadores+deld+erech o>
- Expediente 05854- 2005-AA/TC. (2005). Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>
- Expediente 00021- 2005-AI/PI. (2005). Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005- AI%2000021-2005-AI.pdf>
- Expediente 0025-2005-PI. (2006). Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/Normas007/sentencia%20tc%20025- 2005-pi-tc.doc>
- Expediente 00012-2008-AI/TC. (2010). Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00012-2008-AI.html>
- Expediente 00012-2011-AI/TC. (2012). Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://c.gob.pe/jurisprudencia/2012/00012-2011-AI.pdf>
- Expediente 0004-2019- AI/TC. (2020). Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://lpderecho.pe/tc-prescripcion-deudas-tributarias-expediente-0004-2019- pi-tc/>
- Favoreu, L. (2001). La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho* 5 (12), pp. 31-46.
- García Belaunde, D. (1986). La delegación de facultades y el equilibrio de poderes en el Perú. *Anales de la Facultad de Derecho*, 19-26.
- Guastini, R. (2009). La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 40-74). Madrid: Trotta
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3° Edición. Lima: Editorial Grijley. <https://vbook.pub/download/hurtado-pozo-mo807/31n6wn>
- Justicia Viva. (s.f.). *Justicia Viva*, Org. Perú. Obtenido de <http://www.justiciaviva.org.pe/new/>
- Landa, C. (2019). *El control jurídico de las leyes en Perú*. Lima, Perú: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Landa, C. (2018). *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018*. Lima, Perú: Palestra Editores. Obtenido de <https://es.scribd.com/>
- Landa, C. (2016). *La constitucionalización del Derecho Procesal Penal: el Nuevo Código*

- Procesal Penal peruano en perspectiva. *THEMIS Revista De Derecho*, (68), 181-191. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15592>
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>
- Landa, C. (2009). Bases constitucionales del nuevo Código Procesal Penal peruano. En: Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional. *Revista Institucional*, N° 7, pp. 143 y ss.
- Landa, C. (2006). Tribunal Constitucional y Poder Judicial: una perspectiva desde el derecho procesal constitucional. *IUS ET VERITAS*, 16(32), 249-262. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12391>
- Ley 27238. (1999) *Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú*. Congreso de la República. <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27238.pdf>
- Ley 27934. (2003). *Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito*. Congreso de la República.
- Ley 27936. (2003). *Ley de condiciones del ejercicio de la legítima defensa*. Congreso de la República. Obtenido de <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/27936-feb-11-2003.pdf>
- Ley 29009. (2007). *Ley que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, extorsión, crimen organizado, trata de personas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, y pandillaje pernicioso*, Congreso de la República. Obtenido de <https://docs.peru.justia.com/federales/leyes/29009-apr-27-2007.pdf>
- Ley 29166. (2007). *Ley que establece reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas armadas en el territorio nacional*. Obtenido de <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29166.pdf>
- Loewenstein, K. (1969). *Teoría de la Constitución*. 2da edición española, 2da reimpresión, Barcelos.
- Mir Puig, S. (2009). «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del derecho penal». En *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, Tomo II, pp. 1357-1382.
- Montoya, V. (2015). *El proceso de inconstitucionalidad en la jurisprudencia (1996-2014)*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.
- Nuevo Código Procesal Penal. (2004). *Decreto Legislativo N° 957*. <https://spijweb.minjus.gob.pe/wpcontent/uploads/2018/08/CODIGOPROCESALPENAL.pdf>
- Pizzoruso, A. (1984). *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pontificia Universidad Católica del Perú. (s.f.). *Carátula*. Obtenido de <https://www.pucp.edu.pe/> <https://www.ucsm.edu.pe/>
- Prado, V. (s.f.). *Los esquemas operativos de dosificación del castigo penal*. Lima.
- Proyecto de Ley 01237/2006-PE. (2007). Ficha de seguimiento. Obtenido de https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf30525612e006d1cf0/e72b81521c2ea1ee052572c6004d6a7e/SFILE/01237.PDF
- Resolución administrativa 095-2004-P-TC. *Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/09/REGLAMENTO-NORMATIVO.pdf>
- Rodríguez, M. (2006). La constitucionalización del proceso penal: Principios y modelo del Código Procesal Penal 2004 (NCP). *Foro Jurídico*, (06), 73-94. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18431>
- San Martín, C. (2015). *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Lima, Perú: INPECCP. CENALES-Jurista Editores.

- Service jurídico. (s.f.). Obtenido de <http://abggrimaldochongvasquez.blogspot.com/?m=1>
- Sentencia 5/1981 de 1981. (1981). Sentencia. Tribunal Constitucional Español. (España). Obtenido de <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/5>
- Tribunal Constitucional. (3 de Enero de 2003). Sentencia en el expediente N° 00010-2002. Obtenido de <https://ipderecho.pe/tribunal-constitucional-desarrolla-fundamento-principio-proporcionalidad-expediente-010-2002-ai-tc-lima/>
- Velásquez, Raffo. (2020). Efectos de la sentencia de inconstitucionalidad a propósito de la inconstitucionalidad de las infracciones aplicadas por la Contraloría General de la República del Perú. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 8(1), 174-216. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/22580/21764>
- Vitón, E. (2021). *El derecho a la protesta en el Perú*. Una propuesta para establecer su fundamento, contenido alcances. Lima. Obtenido de https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/20395/VI%20C3%93N_BURGA_EDER%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Vsip. Info. (s.f.). *Unlimited volume stories*. Obtenido de <https://vsip.info>



VII. Anexos

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
12-08-PI
E-2187-1
1/30
Exp. : N°
Escrito : N° 01
Sumilla: Demanda de Inconstitucionalidad
2007-12-12
10 41

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Los CINCO MIL TRECIENTOS NOVENTA Y TRES (5,393) Ciudadanos, con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, representados para efectos procesales por el señor JUAN MIGUEL JUGO VIERA, identificado con DNI. N° 07930753, señalando como domicilio legal Jirón Pachacútec 980, del distrito Jesús María a usted decimos:

Que, de conformidad con los artículos 200° inciso 4 y 203°, inciso 5 de la Constitución Política del Perú y los artículos 98° y siguientes del Código Procesal Constitucional, interponemos ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD contra los siguientes artículos: ARTICULOS 1° y 2° DEL DECRETO LEGISLATIVO 982, ARTICULOS 1°, 2° y 3° del DECRETO LEGISLATIVO 983, ARTICULO ÚNICO DEL DECRETO LEGISLATIVO 988 y el ARTICULO 1° DEL DECRETO LEGISLATIVO 989 por vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la libertad personal, el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, el derecho a la libertad de asociación y libertad de reunión, el derecho a la huelga y el derecho a la protección judicial.

I. PETITORIO:

Que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad y consiguiente derogación del artículo 1° del Decreto Legislativo 982 por regular materia no delegada por la Ley autoritativa N° 29009 y en el extremo que modifica el artículo 20°, inciso 11 del Código Penal por vulnerar el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal; del artículo 2° del Decreto Legislativo 982, en la parte que modifica el artículo 200° del Código Penal, sobre el delito de extorsión por regular materia no delegada por la Ley autoritativa N° 29009 y por vulnerar el derecho a la huelga, el derecho de libertad de pensamiento y de expresión, el derecho de asociarse libremente y el derecho de reunión; del artículo 1° del Decreto Legislativo 983, en el extremo que modifica el artículo 244° inciso 2° del Código de Procedimientos Penales por regular materia no delegada y por restringir el derecho de defensa; del artículo 2° del Decreto Legislativo 983, en la parte que modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal por vulnerar las garantías judiciales; del artículo 3° del Decreto Legislativo 983, en el extremo que modifica el artículo 259° del nuevo Código Procesal Penal por regular materia no delegada y vulnerar el derecho a la libertad personal; del artículo único del Decreto Legislativo 988, en la parte que modifica el artículo 2° de la Ley 27379 por vulnerar el derecho a la libertad personal y del artículo 1° del Decreto Legislativo 989, en la parte que modifica el artículo 1° de la Ley 27934 por vulnerar el derecho a la libertad personal y por otorgar a las Fuerzas Policiales atribuciones que la Constitución confiere al Ministerio Público.

0000 2
1.05

II. ANTECEDENTES:

El 21 de abril de 2007, a través del Proyecto de Ley N° 123/2007- PE, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República facultades para legislar y sancionar de manera más efectiva el crimen organizado.

Este Proyecto se convirtió en la Ley 29009, publicada el 28 de abril de dicho año en el Diario Oficial "El Peruano", mediante el cual se otorgó facultades hasta por 60 días al Poder Ejecutivo para legislar en materia de crimen organizado, especificando que éste incluye "tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso". Según el artículo 1°, la Ley tenía como objeto adoptar e implementar una estrategia integral para combatir eficazmente los mencionados delitos.

Al amparo de esta ley, el 22 de julio de 2007, fueron publicados en el Diario Oficial "El Peruano" once Decretos Legislativos que modifican o incorporan nuevos artículos al Código Penal, al Código de Procedimientos Penales, al Código Procesal Penal de 1991, al nuevo Código Procesal Penal del 2004 y al Código de Ejecución Penal, de la siguiente manera:

- Decreto Legislativo 982, que modifica la parte general del Código Penal en los artículos 2°, 20°, 29°, 46°-A, 57°, 102°, 105°; así mismo modifica la parte especial del Código Penal en los artículos 148°-A, 152°, 195°, 200°, 296°.
- Decreto Legislativo 983, que modifica el Código de Procedimientos Penales en los artículos 16° y la denominación del Título II del Libro II y 94°, 97°, 102°, 188°, 238°, 244°, 248°, 251°, 260°, 261°, 263°, 267°, así como también modifica el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 y los artículos 24°, 259°, 318°, 319°, 382°, 523° del Nuevo Código Procesal Penal.
- Decreto Legislativo 984, que modifica el artículo 11° del Código de Ejecución Penal.
- Decreto Legislativo 985, que modifica el Decreto Ley 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio, así mismo modifica el Decreto Legislativo 923, que fortalece organizacional y funcionalmente la defensa del Estado en delitos de terrorismo y el Decreto Legislativo 927, que regula la ejecución penal en materia de delitos de terrorismo.
- Decreto Legislativo 986, que modifica la Ley 27765, Ley Penal Contra el Lavado de Activos.
- Decreto Legislativo 987, que modifica la Ley 27378, que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada.
- Decreto Legislativo 988, que modifica la ley 27379, que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares.
- Decreto Legislativo 989, que modifica la ley 27934, que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito.
- Decreto Legislativo 990, que modifica la Ley 27377, Código de los Niños y Adolescentes, en lo referido al pandillaje pernicioso.

3
Fries

- Decreto Legislativo 991, que modifica la Ley N° 27697, que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional;

- Decreto Legislativo 992, que regula el proceso de pérdida de dominio.

Dentro de los Decretos Legislativos 982, 983, 988 y 989 existen una serie de artículos que exceden el mandato otorgado por la Ley autoritativa 29009 referido al crimen organizado y asimismo implican serias restricciones a los derechos fundamentales.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LOS ARTÍCULOS MENCIONADOS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS 982, 983, 988 Y 989 CON LA CONSTITUCIÓN

La Constitución Política del Estado es el "fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardar lealtad y fidelidad. Ciertamente no se trata solo de una adhesión y apoyo que pueda ser medio o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas" (fundamento 2 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. 014-2003-AI/TC).

En un proceso de inconstitucionalidad, una norma puede ser declarada contraria a la Constitución, por razones de forma o por razones de fondo.

En este sentido, el inciso 4 del artículo 200° de la Constitución de 1993 prescribe la existencia de: "La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma ò en el fondo"

En efecto el Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia 00017-2006-PI/TC en relación a la finalidad del proceso de inconstitucionalidad de las normas se le ha confiado al Tribunal Constitucional el control de la constitucionalidad de las normas legales y/o normas con rango de ley; en dicho proceso, el objetivo central es proteger la Constitución, de modo que las normas contrarias a ella sean expulsadas del ordenamiento jurídico, si es que no es posible una interpretación conforme con la Constitución.

Cabe tener presente también que dicho proceso es esencialmente objetivo, y que en él se realiza un juicio de compatibilidad abstracto entre dos normas de distinta jerarquía: por un lado la Constitución, como parámetro de control, y por otro la ley o la norma con rango de ley, que es la norma objeto o materia de control; sin embargo, ello no quiere decir que este proceso no tenga una dimensión subjetiva, dado que uno de los fines esenciales de los procesos constitucionales es el de garantizar la supremacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, corresponde al juez constitucional tener presente ambas dimensiones, dado que no es posible la negación de una de tales dimensiones, para preservar la otra, pues de ocurrir aquello, el resultado siempre afectará a la Constitución."

Así mismo en jurisprudencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el Sentencia acumulada 0020-2005-PI/TC- 0021-2005-PI/TC en relación a las infracciones constitucionales por la forma y por el fondo se estableció lo siguiente: "Una norma incurre en una infracción constitucional de forma, fundamentalmente, en 3 supuestos:

- a) Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para su aprobación. Dicho evento tendría lugar, por ejemplo, si, fuera de las excepciones previstas en el Reglamento del Congreso de la República, un proyecto de ley es sancionado sin haber sido aprobado previamente por la respectiva Comisión dictaminadora, tal como lo exige el artículo 105° de la Constitución.
- b) Cuando se ha ocupado de una materia que la Constitución directamente ha reservado a otra específica fuente formal del derecho. Así, por ejemplo, existen determinadas materias que la Constitución reserva a las leyes orgánicas (v.g. de conformidad con el artículo 106°, la regulación de la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución), razón por la cual en caso de que una ley ordinaria se ocupe de dicha regulación, incurriría en un vicio de inconstitucionalidad formal.
- c) Cuando es expedida por un órgano que, constitucionalmente, resulta incompetente para hacerlo. Ello tendría lugar, por ejemplo, si el Poder Legislativo expidiera decretos de urgencia, pues la posibilidad de dictar dichas fuentes normativas ha sido reservada al Presidente de la República, conforme a lo previsto en el artículo 118° 19 de la Constitución.

Las infracciones constitucionales de fondo tienen lugar cuando la materia regulada por la norma con rango ley, resulta contraria a algunos de los derechos, principios y/o valores constitucionales, es decir, cuando resulta atentatoria no de las normas procedimentales o del *iter* legislativo, sino de las normas sustanciales reconocidas en la Constitución."¹

En este caso, como procederemos a demostrar, los Decretos Legislativos materia de esta acción de inconstitucionalidad han vulnerado la Constitución por razones de forma y de fondo.

a) INCONSTITUCIONALIDAD POR RAZONES FORMALES

La vulneración de la Constitución por razones formales se produce cuando se rebasan las facultades conferidas por el Congreso y el Ejecutivo legisla sobre aspectos del ordenamiento superando el mandato concedido. De esta manera, se ocasiona una insalvable incongruencia, y esta incongruencia en la misma delegación de facultades debería bastar para que se declare la inconstitucionalidad del dispositivo legal.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 104° de la Constitución de 1993, el Congreso de la República puede delegar en el Poder Ejecutivo "la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo establecido en la Ley autoritativa".

El Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia como es el caso de la sentencia N° 047-2004-AI/TC, ha establecido los criterios referidos a la constitucionalidad de los decretos legislativos que tienen al Poder Ejecutivo como órgano productor.

¹ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. 0020-2005-PI/TC- 0021-2005-PI/TC. Argumento 3.3.1

La posibilidad de delegar facultades legislativas no es absoluta: si una Ley autoritativa delega una materia que no puede ser delegada según lo previsto en el artículo 104º de la Constitución, se configura un supuesto de inconstitucionalidad tanto de la Ley autoritativa como del decreto legislativo que regula la materia que no debió ser delegada.

En efecto, la mencionada sentencia señala con claridad: "El decreto legislativo tiene al Poder Ejecutivo como órgano productor. Sin embargo, el Congreso de la República también tiene una intervención indirecta, toda vez que fija la materia y el plazo de la delegación. Como ya se precisó anteriormente, los artículos 104º y 101º, inciso 4, de la Constitución establecen que el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

Por ello, la regulación a través de este tipo normativo, el decreto legislativo, está limitada directamente por la Constitución y también por la Ley autoritativa. Podía darse el caso de que el Congreso de la República delegue una materia prohibida, con lo cual no sólo será inconstitucional la Ley autoritativa, sino también el decreto legislativo que regula la materia en cuestión. De otro lado, también puede darse el caso de que la Ley autoritativa delegue una materia permitida por la Constitución y, sin embargo, el decreto legislativo se exceda en la materia delegada, con lo cual, en este caso también se configurará un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104º de la Constitución."²

Efectivamente, la Constitución ha previsto en el artículo 200º inciso 4), que: "la acción de inconstitucionalidad procede contra normas con rango de ley que contravengan la Constitución en la forma y en el fondo". Así la evaluación de constitucionalidad de un dispositivo legal no pasa sólo por la concordancia con los principios y valores fundamentales del orden constitucional sino también por el respeto a su producción normativa o proceso legislativo.

La Ley 29009 establece una norma general de delegación y una norma de desarrollo específico de las materias delegadas, contenidas en los artículos 1º y 2º respectivamente en tanto que las dos están vinculadas. De esta forma, las reformas a la legislación penal y procesal penal previstas en los decretos legislativos expedidos al amparo de la ley 29009, sólo serán compatibles con la Ley autoritativa y por ende con la Constitución, en la medida que regulen materias relacionadas con tráfico ilícito de drogas, lavados de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso.

Por lo tanto, las materias que no han sido delegadas por el Poder Legislativo en la Ley autoritativa 29009 y aparecen reguladas por los mencionados decretos legislativos que son materia de la presente acción, devienen en inconstitucionales, en cuanto vulneran el artículo 104º de la Constitución Política del Estado.

² Sentencia del expediente N° 047-2004-AI/TC, fundamento 2.1.3.1.1.5

6
seis

1.2. Materias no autorizadas por la Ley autoritativa 29009 que han sido reguladas por los decretos legislativos:

1.2.1. Inimputabilidad de integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

El artículo 1º del Decreto Legislativo 982 es inconstitucional en el extremo que agrega un nuevo supuesto de exención de responsabilidad penal, incorporando un nuevo inciso al artículo 20º del Código Penal:

“Artículo 20.- Inimputabilidad: Esta exento de responsabilidad penal: (...)

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”

Esta modificatoria contenida en el Decreto Legislativo 982 no forma parte de la materia delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso mediante la Ley autoritativa 29009. En efecto, dicha Ley solamente delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado, pandillaje pernicioso. Se trata, por lo tanto, de modificar la legislación en relación a estos delitos y no autoriza que se legisle en supuestos de exención de responsabilidad penal.

La Ley autoritativa 29009, no contiene ninguna autorización legal para regular la actuación de las Fuerzas Armadas y Policiales, ni para la reforma del Código Penal en cuanto a la Parte General, tampoco se precisa la autorización para regular las causales de exención de responsabilidad penal.

De esta manera, se hace evidente que el Poder Ejecutivo, mediante la incorporación de un nuevo inciso al artículo 20º del Código Penal ha sobrepasado la autorización legislativa concedida mediante Ley autoritativa por el Congreso de la Republica. Por ello, la introducción de este eximente mediante el nuevo inciso 11 ha sido realizada sin autorización legal y con ello se produce su inconstitucionalidad.

1.2.2. Modificación del delito de Extorsión

El artículo 2º del Decreto Legislativo 982, es inconstitucional en el extremo que modifica el artículo 200º del Código Penal, sobre el delito de extorsión, al sancionar por su participación en huelgas a funcionarios públicos con poder de decisión y a aquellos que desarrollan cargos de confianza y de dirección estableciendo lo siguiente:

“Artículo 200º.- Extorsión:

(...) El que mediante violencia o amenaza, toma locales obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El funcionario público con poder de decisión o que desempeñe cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42º de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica

7
siete

indebida u otra ventaja de cualquier índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del Código Penal"

Esta modificatoria contenida en el artículo 2º del Decreto Legislativo 982 no forma parte de la materia legislativa delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso mediante la Ley autoritativa 29009; la misma que autoriza la represión de los delitos vinculados al crimen organizado; pero de ninguna manera faculta a reprimir derechos laborales como la huelga, que es un derecho constitucional.

Resulta evidente que ésta modificatoria es anti técnica al confundir un derecho constitucional de carácter laboral como la huelga con un delito como la extorsión a funcionarios.

De la misma forma, no existe ningún elemento jurídico para considerar que la participación en huelga de funcionarios públicos con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza y de dirección, configure lo que se entiende por criminalidad organizada en general, o delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o pandillaje pernicioso, que fueron las materias delegadas por la Ley autoritativa.

De esta manera, se hace evidente que el Poder Ejecutivo, mediante la pretensión de sancionar a los funcionarios que participen en huelgas ha sobrepasado la autorización legislativa concedida mediante Ley autoritativa por el Congreso de la Republica. Por ello, la modificatoria realizada al artículo 200º del Código Penal que sanciona la participación en huelgas ha sido realizada sin autorización legal y con ello se produce su inconstitucionalidad.

1.2.3. Modificaciones en el procedimiento interrogatorio de los acusados

El artículo 1º del Decreto Legislativo 983, es inconstitucional en el extremo que modifica el artículo 244º del Código de Procedimientos Penales, al establecer nuevas reglas para el desarrollo del interrogatorio directo del acusado, de la siguiente forma:

"Artículo 244º.- Examen del acusado

1. El examen del acusado procederá si el imputado no acepta el tramite de la conformidad previsto en la ley.
2. El acusado es examinado por el Fiscal, por los abogados de la parte civil, del tercero civil, por su abogado y por el Director de Debates, en ese orden. Los demás miembros de la Sala, solo podrán examinar al acusado si existiera la necesidad d una aclaración. En todos estos casos, el interrogatorio será directo.
3. El interrogatorio se orientara a obtener la versión del acusado, las aclaraciones y explicaciones acerca del hecho objeto de imputación, las circunstancias del mismo, su participación y la de los otros acusados, así como los móviles, justificaciones y los demás elementos necesarios para la individualización de la pena y la determinación del monto de la reparación civil.
4. Durante el examen del acusado las partes podrán formular sus preguntas en base a anteriores declaraciones del acusado o confrontar su versión con la de otros acusados, testigos u otro medio probatorio".

Esta modificatoria contenida en el artículo 1º del Decreto Legislativo 983 no forma parte de la materia legislativa delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso mediante la Ley autoritativa 29009. En efecto, el artículo 1º. establece nuevas reglas para la realización del interrogatorio al acusado, las mismas que no tienen mayor vínculo con el crimen organizado respecto del cual debió legislarse conforme lo autorizado en la Ley 29009, toda vez que este artículo contiene cambios normativos

8
hecho

generales, aplicables a cualquier tipo penal. Por lo tanto estas normas resultan inconstitucionales en cuanto exceden el marco establecido en la delegación de facultades señaladas en la Ley autoritativa.

De esta manera, se hace evidente que el Poder Ejecutivo, mediante esta modificatoria que contiene cambios normativos generales ha excedido la autorización legislativa concedida por el Congreso de la Republica. Por ello, la modificatoria realizada al artículo 244° del Código de Procedimientos Penales ha sido realizada sin autorización legislativa, produciéndose con ello su inconstitucionalidad.

1.2.4. Modificación de la definición de flagrancia

El artículo 3° del Decreto Legislativo 983, es inconstitucional en el extremo que reforma el artículo 259° del nuevo Código Procesal Penal, en el extremo referido a la definición de flagrancia, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 259°.- Detención Policial

1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización de hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:

a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.

b) Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso. (...)”.

Esta modificatoria contenida en el artículo 3° del Decreto Legislativo 983 no forma parte de la materia legislativa delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso mediante la Ley autoritativa 29009 ya que en efecto en la mencionada ley en el artículo 2° inciso b), se autoriza “Definir con precisión la configuración de la flagrancia en la comisión de los delitos para permitir la acción pronta y eficaz de la Policía Nacional del Perú”.

En ese orden de ideas, el cumplimiento de esta facultad legislativa debe darse en el marco de la delegación legislativa es decir en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso tal como se establece en el artículo 1° sobre el objeto de la Ley autoritativa 29009, y no de manera general para cualquier tipo penal tal como se ha regulado en el artículo 3° del Decreto legislativo 983.

En ese sentido, el Poder Ejecutivo, al establecer la redefinición del concepto de “flagrancia delictiva” ha excedido la autorización legislativa concedida por el Congreso de la Republica. Por ello, la modificatoria realizada al artículo 259° del nuevo Código Procesal Penal ha sido realizada sin autorización legal y con ello se produce su inconstitucionalidad.

8

2009
nueve

1.2.5. Regulación sobre reincidencia o habitualidad.

El artículo 1º del Decreto Legislativo 982, modifica el artículo 57º del Código Penal referido a la suspensión de la pena, incorporando en su último párrafo, las figuras de la reincidencia y habitualidad, de la siguiente manera:

“Artículo 57º.- Requisitos

El Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de la libertad no mayor de 4 años; y
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual.”

Esta modificatoria contiene un cambio normativo general aplicables a cualquier tipo penal, sin que exista una vinculación específica con el crimen organizado respecto al cual debía plantearse la regulación según la Ley 29009. Por lo tanto esta norma resultan inconstitucional por exceder el marco establecido en la delegación de facultades al no existir coincidencia con lo señalado por la Ley autoritativa

De esta manera, se hace evidente que el Poder Ejecutivo, mediante la modificación del artículo 57º del Código Penal ha sobrepasado la autorización legislativa concedida por el Congreso de la Republica. Por ello, esta modificación ha sido realizada sin autorización legal y con ello se produce su inconstitucionalidad.

2. INCONSTITUCIONALIDAD POR GRAVE AFECTACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.

En cuanto a la inconstitucionalidad basada en argumentos de fondo, señalamos que, también al desarrollar materias que efectivamente fueron delegadas al Poder Ejecutivo por la Ley autoritativa 29009, el contenido de los artículos señalados de los Decretos Legislativos 982, 983, 988 y 989 implica serias vulneraciones a la Constitución Política del Estado

Efectivamente, la ley 29009 delega facultades al Poder Ejecutivo para que elabore una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado, definir la configuración de la flagrancia delictiva, modificar las normas penales a fin de tipificar nuevas conductas delictivas, rediseñar los procesos con diligencias pertinentes y plazos perentorios, modificar las normas especiales y mejorar los procedimientos para efectivizar la investigación preliminar, modificar normas penitenciarias para los reclusos por delitos graves, tipificar con precisión sobre las modalidades de colaboración y participación del personal de la Policía Nacional y establecer en el marco de los tratados suscritos por el Estado a fin de facilitar la extradición y traslado de condenados por crimen organizado y pandillaje pernicioso.

A continuación, explicaremos de qué manera, al desarrollar estos temas, los artículos señalados de los Decretos Legislativos 982, 983, 988 y 989 afectan de manera grave diversos derechos constitucionales

11/10/10
des

2.1. Inimputabilidad de Fuerzas Armadas y Policiales

El artículo 1º del Decreto Legislativo N° 982 agrega un inciso al artículo 20º del Código Penal el cual establece:

“Artículo 20º Inimputabilidad: Esta exento de responsabilidad penal: (...)

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”.

Evidentemente, al añadirse este inciso al artículo 20º del Código Penal para establecer un supuesto de inimputabilidad para los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policiales, implica serias violaciones a derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal reconocidos por la Constitución Política del Estado en el artículo 2º inciso 2) y por los artículos 4º y 5º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Asimismo, vulnera el derecho que tiene toda persona a un recurso efectivo contra actos que violen sus derechos fundamentales, derecho que esta consagrado en el artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,³ toda vez que éste artículo puede generar una impunidad sin precedentes para los miembros de la Policía y las Fuerzas Armadas y resulta totalmente contrario a la obligación del Estado peruano de respetar y proteger la vida y la integridad física de los ciudadanos, puesto que el nuevo inciso del artículo 20º del Código Penal podría permitir que policías o militares lesionen o maten ciudadanos de manera arbitraria sin siquiera ser procesados.

De hecho, el artículo 1º del Decreto 982 no establece ningún criterio en cuanto a la responsabilidad subjetiva del agente que ha matado o lesionado a una persona, sino simplemente señala que las condiciones para la inimputabilidad son el uso de un arma de reglamento y el cumplimiento del deber. No debemos olvidar que, para muchos integrantes de las Fuerzas Armadas, “cumplimiento del deber” significa simplemente seguir las órdenes de sus superiores.

Desde el punto de vista constitucional, la muerte o lesión de un ciudadano deben ser siempre investigadas y en caso que se produzcan de manera dolosa o negligente deberían ser sancionadas. Resulta evidente que la redacción del nuevo inciso puede amparar peligrosos abusos de autoridad, que quedarían impunes precisamente por la muerte de las víctimas. Inclusive, en un caso en que se atente directamente contra la vida de un dirigente social o una persona en particular, podría siempre argumentarse que se actuó en cumplimiento del deber.

Igualmente, muchos de los militares y policías que vienen siendo procesados por las violaciones de derechos humanos cometidas en años anteriores podrían emplear este artículo para beneficiarse, por el principio de retroactividad benigna, que implica que debe aplicarse la ley más favorable para hechos anteriores. Inclusive en casos como las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el conflicto armado interno (Accomarca, Soccos, Cayara, Barrios Altos, Santa, etc) los militares o policías involucrados podrían alegar en su defensa que estaban actuando en cumplimiento de su deber.⁴

Cabe señalar que durante el gobierno de ex Presidente Alejandro Toledo Manrique, quince personas fallecieron por acción policial por lo menos y esta cifra se ha incrementado desde el inicio del actual

³ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 8º que establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

⁴ Aprobeh. “Serios peligros para los derechos humanos”. Pág.12

gobierno. Si bien, la mayoría de muertes se produjeron antes de la vigencia de este decreto, es factible que al saber que gozan de inimputabilidad, los abusos policiales o militares puedan incrementarse. De hecho, luego de la dación de dicha norma ya existe un número de seis personas fallecidas por acción policial (Miguel Añamuro, Puno, 14 de septiembre de 2007; John Acosta, Pucallpa, 10 de enero del 2008; Julio Rojas, Barranca, 18 de febrero de 2008; Emiliano García y Rubén Pariona, Ayacucho, 19 de febrero de 2008 y Justo Loma, Puno, 30 de abril de 2008) Hay que destacar asimismo, que el inciso 8) del artículo 20º del Código Penal ya establece como un eximente de responsabilidad el actuar en cumplimiento del deber. Ahora, si bien algunos consideran que este inciso solo sería una puntualización y por consiguiente, sería innecesaria su incorporación, sin embargo, con la promulgación de la Ley 29166 (ley que establece reglas de empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional) en diciembre de 2007, se ha demostrado que se puede implementar toda una política de impunidad de las Fuerzas Armadas y Policiales e instaurar un modelo de control social represivo con instrumentos legales que coadyuven a ello. Por ello, el nuevo inciso 11), tendría como finalidad principal generar temor dentro de la población y brindar a los policías y militares, la confianza de que no serán sancionados en caso de cometer excesos.

Nos preocupa que el Ministerio Público deje de denunciar casos de violaciones de derechos fundamentales bajo el pretexto de la aplicación de este artículo, o que los jueces se inhiban de abrir proceso, asumiendo que se encuentra ante efectivos policiales y militares que amparándose en esta ley son inimputables, lo que podría generar una situación de impunidad.

Sobre el particular, es importante recordar lo establecido en la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, la cual señala: "El Estado esta en el deber jurídico de prevenir, razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identifica a los responsables, de imponerles sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación".

En ese entender, la promulgación de este Decreto Legislativo implica graves vulneraciones a derechos fundamentales, olvidando así que el Estado peruano, ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos asumiendo la obligación de respetar y garantizar estos derechos, de acuerdo a lo establecido en el inciso 1 del artículo 1º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos en relación a la obligación de respetar los derechos el cual señala que: "1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."⁵

De igual forma el artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos en relación a la protección judicial también señala:

" 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

⁵ Convención Interamericana de Derechos Humanos. Inciso 1 del artículo 1º

12
doce

2. Los Estados partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.⁶

Por otro lado cabe también señalar que esta modificación en el artículo 20º del Código Penal, es realmente un supuesto de exención de responsabilidad penal, que constituiría una causa de justificación para las Fuerzas Armadas y Policiales que en el ejercicio de sus funciones puedan causar lesiones o la muerte, permitiéndose así vulnerar bienes jurídicos protegidos.

En efecto, es incorrecto calificar el nuevo supuesto previsto en el artículo 1º del Decreto Legislativo 982 como uno de inimputabilidad, la misma que es un elemento integrante de la culpabilidad y como tal, de la Teoría del Delito. Según el Diccionario de la Real Academia Española imputar es: "atribuir a otro culpa, delito o acción".

Cuando hablamos de inimputabilidad haremos referencia a un conjunto de condiciones psicobiológicas que las personas necesitan para que puedan comprender la ilicitud de su actuar. Por consiguiente, quien careciera de la capacidad de comprender su ilicitud, ya sea por motivos de su inmadurez psicológica o trastorno mental, será considerada inimputable.

Como podemos apreciar, al pretender declarar inimputable a cualquier miembro de las Fuerzas Armadas, en determinadas situaciones con prescindencia de algún condicionamiento psicobiológico es desnaturalizar la figura de la inimputabilidad, pues este concepto está referido a determinadas condiciones personales o al padecimiento de situaciones que determinan la incapacidad de una persona de conducirse conforme a derecho como son la minoría de edad, trastorno psíquico, alteración de la conciencia o miedo insuperable. Por lo tanto en este supuesto se trata en realidad de un caso de exención de responsabilidad penal por el cumplimiento de un deber⁷. Lo que hace sino llegar a la conclusión que con ello sólo se busca lograr impunidad a favor las Fuerzas Armadas cuando pretende reprimir de manera violenta las protestas sociales, y por consiguiente vulnerar derechos fundamentales como la vida e integridad física.

Por lo cual promulgar una norma que establezca la impunidad de miembros de las Fuerzas Armadas y de la policía nacional ante la violación del derecho a la vida o integridad física vulnera derechos fundamentales como la vida y la integridad física protegidos por nuestra Constitución en su artículo 2º inciso 1) al establecer que: "Artículo 2º. Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar ante la ley..."

La vida como la integridad personal, presupuestos fundamentales para el desenvolvimiento del ser humano, de allí la importancia de su protección, y de evitar situaciones que pongan en peligro el ejercicio de estos derechos fundamentales.

⁶ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 25º.

⁷ Defensoría del Pueblo. "Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009".

De esta forma, concluimos que el artículo 1º del Decreto Legislativo 982 permite generar situaciones de impunidad en materia de derechos humanos, considerando que si bien es cierto que para salvaguardar el orden interno y la defensa nacional el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional es legítimo, esto no implica que en aplicación de esta facultad su actuación sea abusiva y arbitraria vulnerando así derechos fundamentales como el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, reconocido en el inciso 1) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, así como en el artículo 4º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como el derecho a un recurso efectivo contra actos que violen derechos fundamentales, consagrado en el artículo 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos. Debido a los riesgos a que se expone la protección de los derechos a la vida y la integridad física, consideramos que este artículo debe ser declarado inconstitucional.

2.2. La nueva tipificación del delito de extorsión afecta derechos fundamentales

El artículo 2º del Decreto Legislativo N° 982 modifica el artículo 200º del Código Penal en lo referente a la tipificación del delito de extorsión:

“Artículo 200º.- Extorsión

(...) El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeñe cargo de confianza o de dirección que contraviniendo, lo establecido en el artículo 42º de la Constitución participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36º del Código Penal.

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años si la violencia o amenaza es cometida:

- a) A mano armada
- b) Participando dos o mas personas; o,
- c) Valiéndose de menores de edad. (...)”.

La modificación del artículo 200º del Código Penal implica la vulneración de derechos fundamentales como el derecho de huelga establecido en el inciso 3) del artículo 28º de la Constitución Política del Estado y reconocido también en el artículo 8º del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales así como en el artículo 8º inciso 1) literal b), del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre derechos humanos, Protocolo de San Salvador.

Este artículo vulnera también el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, establecido en el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado y reconocido en artículo 13º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así como en el artículo 19º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el derecho de asociarse libremente establecido en el inciso 17) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado y reconocido en el artículo 16º de la

14
20 de octubre

Convención Interamericana de Derechos Humanos y el derecho de reunión establecido en el inciso 12) del artículo 2º de la Constitución Política del Estado y reconocido en el artículo 15º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así como en el artículo 20º de la Declaración Universal de los derechos Humanos.

2.2.1. Afectación del principio de lesividad

En efecto, el delito de extorsión se materializa a través de una conducta dolosa que requiere un ánimo de lucro por parte del sujeto activo, dirigido a lograr un beneficio indebido de índole patrimonial, a través del uso de la violencia o intimidación, que de otro modo no se obtendría.

En relación a este delito, el diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio, señala que por extorsión, debe entenderse la "Intimidación, fuerza o coacción moral que se ejerce sobre otra persona, con el fin de obtener de la misma un desembolso pecuniario en su perjuicio".

Es así como el Código Penal Español en el artículo 243º del Capítulo III en el Título XIII sobre Delitos contra el Patrimonio y contra el orden socioeconómico se concibe este delito de la siguiente manera: "El que, con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o del de un tercero, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, sin perjuicio de las que pudieran imponerse por los actos de violencia física realizados"

En este mismo sentido el Código Penal de Argentina en el artículo 168º del Capítulo III describe este delito de la siguiente manera: "Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos. Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito"

Igualmente en el Código Penal de Paraguay en el artículo 185º en el Capítulo III sobre Hechos Punibles contra el Patrimonio se establece lo siguiente: "1º El que con la intención de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial indebido mediante fuerza o amenaza considerable, pusiera a otro en una situación de serio constreñimiento que le indujera a disponer de todo o parte de su patrimonio o el de un tercero, causándose con ello un perjuicio patrimonial a sí mismo o al tercero, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. 2º En estos casos, será castigada también la tentativa"

Así mismo el Código Penal de Ecuador en el artículo 557º del Capítulo IV en el Título X De los delitos de contra la Propiedad se establece lo siguiente: "Será reprimido con prisión de uno a cinco años el que, con intimidación, o simulando autoridad pública, o falsa orden de la misma, obligue a otro, sin privarle de la libertad personal, a entregar, enviar, depositar, o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero, o documentos que produzcan o puedan producir efectos jurídicos".

Sin embargo, la modificatoria al artículo 200º del Código Penal establecida por el artículo 2º del Decreto Legislativo 982 distorsiona totalmente el sentido de esta figura delictiva, al establecer que acciones que no buscan obtener ventajas económicas indebidas, sino de cualquier otra índole también se encuentran comprendidas dentro de este delito, olvidando que la extorsión es un delito contra el patrimonio y no debería considerarse como tal un acto que tuviera otra finalidad.

15
quince

De esta manera, se continúa la redacción adoptada por el Decreto Legislativo 896, uno de los decretos legislativos aprobados en tiempos de Fujimori, que convirtió a la extorsión en un tipo penal sumamente abierto.

Es importante señalar que la forma como se ha redactado el delito de extorsión según el Decreto legislativo 982 implica una total desnaturalización, porque permite que inclusive un acto público que pretenda denunciar una violación de derechos humanos o protestar contra el deterioro del medio ambiente sea considerado como extorsión.

Debe señalarse también que en este Decreto Legislativo se incluyen hechos que constituyen conductas delictivas que ya están tipificados en el Código Penal, como tomar locales establecido en el artículo 202º, impedir el libre tránsito señalado en el artículo 315º, así como perturbar el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas establecido en el artículo 283º del mismo cuerpo legal (delitos por los cuales muchas personas son denunciadas injustamente y sin pruebas por el simple hecho de participar en movilizaciones sociales). Los delitos antes señalados, constituirían en sí una perturbación del orden público, pero no tienen ninguna relación con el carácter patrimonial del delito de extorsión ni con la situación de crimen organizado objeto de la Ley autoritativa 29009 para la cual fueron otorgadas las facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

Esta distorsión del delito de extorsión constituye una violación al principio de lesividad, recogido por el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal y también implica una violación al principio de no arbitrariedad.

En efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido en su sentencia recaída en el expediente 005-2001-AI/TC: "El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y razonablemente proporcionados no solo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico protegido. Por eso no solo el delito debe estar claramente tipificado en la ley, de manera detallada y explícita, sino además, el bien jurídico protegido debe ser delimitado claramente, a fin de impedir que ciertos actos sean calificados o tipificados equivocadamente por el juzgador, con las consecuencias de un proceso indebido y una pena injusta".

Consideramos que el artículo 2º del Decreto Legislativo 982, al desnaturalizar la figura jurídica de extorsión, ampliándola más allá de aspectos patrimoniales como fue el espíritu inicial de la norma, no solo vulnera el principio de lesividad, sino también el de interdicción de la arbitrariedad.

Igualmente debe señalarse que las penas dispuestas para el nuevo delito de extorsión son sumamente elevadas, entre cinco o diez años. Sin embargo, se presenta un agravante: cuando se actúa entre dos o más personas, la sanción aumenta, oscilando entre 15 a 25 años. Resulta evidente que algunas de las modalidades contempladas, como el bloqueo de carreteras, no los puede cometer una sola persona, por lo que en la práctica se está señalando penas de hasta 25 años, penas sumamente elevadas si las comparamos, por ejemplo, con el delito de homicidio, cuya pena oscila en 15 años. Por ello consideramos que se trata de sanciones totalmente desproporcionadas para acciones que ya tienen una sanción establecida por el propio Código Penal.

En relación a esto el Tribunal Constitucional en los fundamentos 14 y 16 de la sentencia N° 0012-2006-PI/TC ha señalado lo siguiente: "(...) en el Estado democrático y social de derecho el

16
dieciséis

Legislador no tiene una "discrecionalidad absoluta" para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena pues debe respetar las garantías materiales y procesales ya mencionadas, dentro de las que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. (...)

En efecto, si bien ha sido común entender que el legislador penal, en función al contexto social y dentro de la política criminal del Estado, gozaba de la más absoluta discrecionalidad para establecer que conductas debían resultar punibles, cuales debían ser las penas que correspondían a estas conductas, cuales podían ser las circunstancias agravantes o cuales de las conductas penalizadas entre otros aspectos, hoy en día, debido a la fuerza vinculante de la Constitución, el Legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración constitucional de garantías tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el ya mencionado el ya mencionado principios de proporcionalidad. Así por ejemplo, en la tipificación de conductas el Legislador (...) no puede establecer penas que resulten desproporcionadas respecto del ilícito cometido".

Así mismo en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional señaló en los argumentos de la sentencia 0019-2005-PI/TC lo siguiente: "El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el *ius puniendi*, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, sólo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental".

Como correctamente apunta Carbonell Mateu: "Por relevancia constitucional no ha de entenderse que el bien haya de estar concreta y explícitamente proclamado por la Norma Fundamental. Eso sí, habría de suponer una negación de las competencias propias del legislador ordinario. La Constitución contiene un sistema de valores compuesto por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, aquellos que son necesarios y convenientes para hacer efectivos los fundamentales y los que simplemente se desprenden como desarrollo de aquellos. Por otra parte la interpretación que se realice de la norma fundamental no ha de ser estática sino dinámica; esto es adecuada a los cambios sociales y de cualquier otra índole que se vayan produciendo. De esta manera puede decirse que el derecho penal desarrolla, tutelándolos, los valores proclamados en la Constitución y los que de ella emanan; puede decirse, en fin, que detrás de cada precepto penal debe haber un valor con relevancia constitucional."⁸

Por todo lo que hemos señalado, queda demostrado que el artículo 2º del Decreto Legislativo 982 vulnera seriamente los mencionados principios constitucionales al modificar el artículo 200º del Código Penal.

⁸ *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 37, citado por la sentencia del Expediente Nº 0019-2005-PI/TC. Argumento 35.

11/17
Decreto

2.2.2. Violación del derecho de huelga

La nueva tipificación del delito de extorsión penaliza y dispone la inhabilitación de los funcionarios públicos por el solo hecho de participar en huelgas.

Al respecto, debe señalarse que el Tribunal Constitucional en la sentencia 0008-2005-PI/TC Se refiere al "derecho a la huelga que consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores y debe efectuarse en forma voluntaria y pacífica -sin violencia sobre las personas o bienes- y con abandono del centro de trabajo.

Mediante el ejercicio de este derecho, los trabajadores se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales; ya que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores. Ello debido a que la huelga es una manifestación de fuerza, respaldada por el derecho, tendente a defender los legítimos intereses de los trabajadores, que es ejercido cuando se ha agotado previamente la negociación directa con el empleador"

El respeto al derecho de huelga se encuentra reconocido por el inciso 3 del artículo 28° de la Constitución Política del Estado así como por el inciso d) del artículo 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en el artículo 8° inciso 1) literal b) del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre derechos humanos "Protocolo de San Salvador".

Cabe mencionar que el artículo 42° de la Constitución Política no les reconoce los derechos de sindicación y huelga a los funcionarios del Estado con poder de decisión ni a los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, pero tampoco les prohíbe participar o apoyar huelgas de terceros.

Si la huelga es un derecho constitucional reconocido a los trabajadores, resulta también válido el apoyo que un funcionario público pueda proporcionarle a quienes ejercen un derecho fundamental.

De esta forma, el artículo 2° del Decreto Legislativo 982 está penalizando el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y la participación en asuntos sociales que tiene cualquier ciudadano. Indirectamente, se estaría presentando a la huelga como un acto delictivo.

Jurídicamente no existe la posibilidad de realizar una conexión entre el delito de extorsión y el derecho a la huelga, porque la huelga reconocida así como en el artículo 42° de la Constitución Política del Perú, en nuestro sistema esta definida como un mecanismo legítimo de presión utilizado por trabajadores para lograr un derecho o beneficio al interior de la propia relación laboral.

Una huelga no puede entenderse como la comisión del delito de extorsión, que es un delito contra el patrimonio pues ello supondría relacionar la extorsión con la protesta por derechos o beneficios laborales. En consecuencia, se estaría calificando como extorsionadores a los huelguistas, lo cual implica el impedimento para ejercer derechos fundamentales.

Existe, de otro lado, la posibilidad que el Decreto Legislativo 982 haya sido redactado de manera errónea para referirse a paros, protestas, marchas y movilizaciones sociales en general. De ser así, se estaría estableciendo una severa restricción a derechos como la participación política y la libertad

18
18
18

de expresión, así como una práctica discriminatoria, porque el resto de la población sí podría participar en ello sin verse sancionada. De esta forma, curiosamente, las autoridades se encontrarían restringidas de expresarse públicamente en defensa de los intereses ciudadanos. Sin embargo, debemos ceñirnos a la redacción concreta del artículo 2º, que emplea la palabra "huelga" se refiere solamente a la materia laboral y las demás protestas o movilizaciones sociales no tienen esta connotación.

Entendemos que una autoridad podría ser inhabilitada si promueve que los participantes en una huelga atentaran contra la vida o la integridad física de las personas o contra la propiedad pública o privada, pero estos son supuestos que tienen su propia regulación en el Código Penal.

La forma como se ha redactado el artículo es totalmente vaga y peligrosa, con lo que se puede concluir que se busca inhibir la participación pública de las autoridades, estableciendo una sanción que, de aplicarse, tendría una evidente connotación política.

Por todo ello, dado que la huelga es un derecho constitucional y que las autoridades políticas tienen el derecho de apoyarlas en cuanto consideren justos los reclamos de los trabajadores, consideramos que el artículo 2º del Decreto Legislativo 982 es inconstitucional.

2.3. El nuevo tratamiento a la noción de flagrancia afecta derechos fundamentales

El artículo 3º del Decreto Legislativo 983 modifica el artículo 259º del nuevo Código Procesal Penal en el mismo sentido que el artículo 1º del Decreto Legislativo 989 modifica el artículo 4º de la Ley Nº 27934, ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito. Estas modificaciones son inconstitucionales en cuanto amplían los alcances de la definición de flagrante delito.

A través del inciso b) del artículo 2º de la Ley autoritativa 29009 se autorizó al Poder Ejecutivo legislar con el objetivo de definir con precisión la configuración de flagrancia en la comisión de los delitos para permitir la acción pronta y eficaz de la Policía Nacional.

En cumplimiento de esta delegación, en los Decretos Legislativos emitidos por el Poder Ejecutivo se establece una nueva definición de flagrancia. Como puede apreciarse, el artículo 3º del Decreto Legislativo 983 y el artículo 1º del Decreto Legislativo 989 tienen el siguiente texto común:

"Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:

- a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado o por otra persona que haya presenciado el hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.
- b) Es encontrado dentro de las 24 horas después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indique su probable autoría o participación en el hecho delictuoso".

Al respecto, consideramos que al extender el plazo de la flagrancia hasta por 24 horas y desligarse de la naturaleza inmediata de esta institución, se estaría vulnerando con esta definición gravemente

19
diciembre

el derecho a la libertad y seguridad personales reconocido en el artículo 2º inciso 24) de la Constitución Política del Estado y amparado también por el artículo 7º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos así como reconocido en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

Siendo la libertad personal un derecho fundamental reconocido en la Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, es importante señalar los alcances e interpretación que realiza la Corte Interamericana sobre lo establecido en la Convención Americana de derechos humanos señalando lo siguiente: "(...) nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificados en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos para la misma (aspecto formal)".⁹

La Constitución Política del Estado señala que sólo se puede detener a una persona con orden del juez o cuando se le encuentra en situación de flagrancia. Si bien no se define en el texto Constitucional qué se entiende por este último concepto, es imprescindible que sobre este tema se tome en consideración lo establecido en el artículo VI del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal que señala: "Artículo VI.- Legalidad de las medidas limitativas de derechos: Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en el Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con garantías previstas por la ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden Judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y el derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad".

Esta norma establece principios que deben observados en materia de limitación de derechos fundamentales ordenados por una autoridad judicial, que son aplicables también a los supuestos de detención en flagrante delito, en tanto constituye un supuesto que faculta la limitación del derecho fundamental a la libertad personal de manera que es necesario que medidas de este tipo se sustenten en suficientes elementos de convicción sobre su finalidad así como el respeto al principio de proporcionalidad.

En los fundamentos de la sentencia 2235-2004-AA/TC el Tribunal Constitucional ha afirmado en relación a los parámetros a la actividad limitadora de los derechos fundamentales lo siguiente: "Este Tribunal ha afirmado que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200º de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.

Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional.

Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo

⁹ Caso Gangaram Panday: sentencia del 21 de enero de 1994, párrafo 47.

20
Verste

constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél."

A nuestro modo de ver, la definición de flagrancia debe realizarse conforme a la Constitución, puesto que constituye un aspecto esencial para el respeto y garantía del derecho fundamental a la libertad personal. De esta forma, el supuesto de flagrancia como una causa para privar de libertad a una persona debe ser una medida excepcional y debe tener un desarrollo legislativo preciso, que no permita ir más allá de los supuestos en los que razonablemente cabe considerar que existe comisión flagrante de un delito así como es necesario sustentar la adopción de una medida restrictiva de este tipo.

Tanto la doctrina, como el propio Tribunal Constitucional a través de la sentencia N° 04557-2005-HC/TC, han reconocido que la flagrancia en la comisión de un delito requiere el cumplimiento de cualquiera de los dos requisitos siguientes: "(...) para declarar un delito flagrante deben concurrir dos requisitos: a) *la inmediatez temporal*, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes; b) *la inmediatez personal*, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar, en ese momento, en dicha situación; y, con relación al objeto o a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo".

De otro lado, el artículo 4° de la Ley 27934 que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, y el inciso 2 del artículo 259° del nuevo Código Procesal Penal, definieron la flagrancia considerando los requisitos de percepción directa de la comisión del delito y el principio de inmediatez de la manera siguiente: "Existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo".

Esta definición legislativa resulta conforme al marco constitucional y con los principios de razonabilidad y proporcionalidad así como con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional garantizando adecuadamente el derecho fundamental a la libertad personal.

Para calificar una determinada situación como flagrante delito, hay tres requisitos que deben estar presentes:

- a) la percepción directa de la comisión de un hecho delictivo, por el que una persona solo puede ser detenida in fraganti si un tercero descubre que esta cometiendo o acaba de cometer un hecho delictivo. Pero este descubrimiento no puede sustentarse en meras conjeturas o sospechas.
- b) la inmediatez temporal, Para calificar una situación como flagrancia, el delito debe estarse cometiendo o debe de haberse cometido instantes previos a la detención y;
- c) la inmediatez personal, para calificar una situación como flagrancia, el autor del delito debe ser encontrado con elementos que acrediten su participación en el mismo.¹⁰

Debe señalarse que resulta sumamente preocupante la desnaturalización de la noción de flagrancia que disponen el artículo 3° del Decreto Legislativo 983 y el artículo 1° del Decreto Legislativo 989, al extender el plazo de la detención en flagrancia hasta por 24 horas, es decir sin considerar la relación de inmediatez que debe existir entre la comisión del delito y la captura o detención del presunto delincuente. En realidad, en este caso la detención ya no se produce en flagrancia, sino que se ha realizado como producto de una investigación. Por lo tanto resulta ilógico que la Policía o el

¹⁰ Defensoría del Pueblo. "Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009".

21
2009

Ministerio Público no soliciten al Juez que ordene la detención de la persona a la cual se está investigando.

De igual manera resulta alarmante la modificatoria que introduce este Decreto Legislativo al disponer que la simple apreciación de un testigo ante la Policía pueda generar que una persona sea detenida, considerando que éste ha sido un medio que tradicionalmente ha sido empleado para utilizar testigos falsos que incriminen a determinadas personas.

Considerando que una persona solo puede ser detenida en flagrante delito si un tercero descubre que esta cometiendo o que acaba de cometer un hecho delictivo. Pero este descubrimiento no puede sustentarse en sospechas o meras conjeturas si se quiere hacer una interpretación acorde con la Constitución que garantice derechos fundamentales sin equiparar la flagrancia con la evidencia de la comisión de un delito.

“Evidencia del delito no es lo mismo que flagrancia, sus significados no coinciden; la flagrancia es, podemos decir una de las modalidades de la evidencia, una de las vías que conducen a la certeza de un dato cualquiera. Sólo habrá flagrancia si el conocimiento fundado que conduce a la certidumbre es resultado de la percepción sensorial directa e inmediata del hecho delictivo que se está cometiendo o se acaba de cometer, no siendo por tanto bastantes las presunciones o sospechas, por mucho que indiquen la probable comisión de un delito”.¹¹ En contradicción a ello, estos artículos consideran flagrancia el hecho que la persona sea encontrada dentro de las 24 horas con efectos o instrumentos procedentes del delito, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso.

De acuerdo a estos Decretos Legislativos se permite la posibilidad de atribuirle al detenido la posesión de un bien relacionado con un delito con la finalidad de poder detenerlo. A nuestro entender, se estaría posibilitando que la práctica denominada siembra de pruebas pudiera hacerse más frecuente, de lo que ya es en la actualidad. El riesgo sería mucho mayor considerando lo establecido por el Decreto Legislativo 989 mediante el cual la Policía puede proceder sin presencia del Fiscal.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo ha señalado la necesidad de que dentro del concepto de flagrancia se contemplen los requisitos de percepción directa en la comisión de un delito, señalando además que considera imprescindible que en la interpretación y desarrollo legislativo sobre flagrante delito, no debe quedar duda sobre la diferencia entre una detención en flagrancia autorizada constitucionalmente, y una detención en base a sospechas o conjeturas independientemente del método a través del cual se fundamenten, asimismo coincide con los alcances de los requisitos de inmediatez temporal y personal, considerando imprescindibles que en la interpretación y desarrollo legislativo sobre flagrante delito quede precisada de manera clara y definitiva su estricta observancia, ya que se trata de supuestos de hecho que permiten la privación de libertad de una persona.¹²

Por lo tanto, esta ampliación de los supuestos de flagrancia dispuesta por el artículo 3º del Decreto Legislativo 983 y el artículo 1º del Decreto Legislativo 989, al caso en que el supuesto autor del delito ha huido, pero ha sido encontrado e identificado dentro de las 24 horas mediante medios

¹¹ Hoyos Sancho, Montserrat de. “Análisis comparado de la situación de flagrancia”, en Revista de Derecho (valdivia), Vol. XII, diciembre del 2001. Pág. 137-149.- Citado en el Informe “Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley 29009” Pág. 27.

¹² Defensoría del Pueblo. “Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009”. Pág. 28

audiovisuales o análogos por el agraviado o incluso por un testigo, resulta inconstitucional, al no contemplar adecuadamente los requisitos de inmediatez temporal, inmediatez personal y percepción directa de la comisión del hecho delictivo y de esta forma vulnerar el derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 2º inciso 24 de la Constitución Política del Estado, así como establecido en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 7º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

2.4. La prórroga de la detención judicial preventiva afecta derechos fundamentales.

El artículo 2º del Decreto Legislativo 983 incorpora al tercer párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal un nuevo supuesto para prolongar la detención judicial preventiva por más de 36 meses, lo cual tiene serias implicancias para la vigencia de derechos fundamentales.

Mediante el inciso d) del artículo 2º de la Ley 29009 se autorizó al Poder Ejecutivo a legislar para redefinir los procesos con diligencias pertinentes y plazos perentorios que permitan decisiones judiciales oportunas. En cumplimiento de esta delegación, el artículo 2º del Decreto Legislativo 983 agrega un nuevo párrafo al artículo 137º del Código Penal¹³, posibilitando la prolongación del plazo de detención judicial preventiva por más de 36 meses:

Artículo 137º.- Duración de la detención

(...) "Cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por un plazo igual". (...)

Según lo que señala la Ley 29009, las modificaciones al Código Procesal Penal autorizadas al Poder Ejecutivo debían centrarse en lograr decisiones judiciales oportunas, para lo cual toda modificación que se realice a las normas penales deben estar orientadas hacia este objetivo, siendo contradictoria con los fines de la autorización legislativa una reforma en materia de detención judicial preventiva que permita justificar la prolongación excesiva de un proceso penal.

Dado que la potestad punitiva del Estado constituye una de las manifestaciones del ejercicio del poder con mayor posibilidad de afectar los derechos fundamentales, el legislador, que en este caso es el Poder Ejecutivo, al momento de establecer y ejecutar los lineamientos de la política criminal, está llamado a regirse por los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas; principios reconocidos por la Constitución Política del Estado al consagrar la dignidad humana como uno de los fundamentos del Estado así como en el Título Preliminar del Código Penal. Por ello, nos corresponde demostrar que el plazo señalado por el artículo 2º del Decreto Legislativo 983 vulnera los mencionados principios.

¹³ Al ser promulgado en 1991, el artículo 137º del Código Procesal Penal de 1991 establecía lo siguiente:

"La detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 135º del Código Procesal Penal. Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpaado, debiendo el juez disponer las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales.

Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpaado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual".

Handwritten signature or initials

En los fundamentos de la sentencia N° 2915-2004-HC/TC, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los alcances de los dos primeros párrafos del artículo 137° del Código Procesal Penal señalando lo siguiente:

“El primer párrafo del citado artículo establece la existencia de dos tipos de plazo máximo de detención, distinguibles en razón del delito imputado y de la complejidad de la causa:

- a) De un lado se encuentra el plazo máximo aplicable a los procesos que versan sobre la generalidad de los delitos y cuyo encauzamiento, en principio no reviste mayor complejidad, el cual a su vez se divide en razón del tipo de procedimiento en que debe ser merituada la causa, de manera tal que si se trata del procedimiento ordinario (denominado sumario por el Código de Procedimientos Penales), el plazo máximo es de 9 meses, y si se trata del procedimiento especial (denominado ordinario por el Código de Procedimientos Penales), 18 meses.
- b) De otro tenemos el plazo máximo aplicable a los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado, en cuyo caso el plazo máximo es de 36 meses (...).”

En relación al segundo párrafo del artículo 137°, el Tribunal Constitucional se pronunció de la siguiente manera: “(...) es posible prolongar el plazo máximo de detención por un plazo igual a los establecidos en su primer párrafo “cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia”.

De una interpretación literal de los preceptos aludidos se podría concluir que presentadas las circunstancias descritas, los plazos podrían extenderse a 18 meses en el caso de los delitos merituados en el procedimiento ordinario, a 36 meses en el caso de los delitos merituados en el procedimiento especial y a 72 meses en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas o del Estado (...).”

A pesar de esto el Tribunal Constitucional estableció en cuanto a la posibilidad de aplicar un plazo de detención superior a 36 meses, que esto sólo podía ocurrir en el supuesto que la demora en el desarrollo del proceso penal sea imputable al procesado, sin que pueda justificarse esta medida en la complejidad del proceso. En este sentido señaló lo siguiente: “Una interpretación pro homine y favor libertatis del segundo párrafo del artículo 137° del CPP, se concluiría en que la especial dificultad” o especial prolongación de la investigación que permite justificar la prolongación del plazo de detención en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado (más de 36 meses), sólo podría fundamentarse en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio justiciable, sin que para tales efectos, sea posible recurrir a una supuesta “ complejidad del asunto”.

En consecuencia el Tribunal Constitucional advierte que toda resolución judicial que pretenda prolongar el plazo de detención provisional por un periodo superior a los 36 meses, debe encontrarse necesariamente motivada en causas suficientes y objetivamente atribuibles al procesado, pues en

24
Sentencia 2915-2004-11C/TC

caso contrario se vulneraría el derecho fundamental de toda persona a no ser sometida a detención provisional mas allá de un plazo razonable".¹⁴

Por tanto, lo referido al segundo párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal de 1991 a la "especial dificultad" o "especial prolongación de la investigación" solo puede interpretarse con relación a la demora en el proceso atribuida al procesado.

Posteriormente el Tribunal Constitucional preciso, que en el caso de tráfico ilícito de drogas, además de poder justificarse el plazo de detención por más de 36 meses en la demora imputable al procesado, también podía justificarse en atención a las características particulares en las que fue cometido este delito en específico. Se reafirmó señalando que el plazo máximo de 36 meses solo podrá prorrogarse cuando la dilación del proceso se deba a una conducta obstruccionista del procesado.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Penal, se dispuso en esta misma sentencia que "Cuando en casos excepcionalísimos, el delito de tráfico ilícito de drogas represente un grave peligro para la seguridad ciudadana, la soberanía nacional, el estado de derecho y de la sociedad en conjunto, el juez podrá disponer la prolongación del plazo de detención más allá de 36 meses hasta el máximo permitido por ley, mediante resolución debidamente motivada"

Si bien es cierto que el marco normativo establecido y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han permitido hacer frente a casos particularmente delicados en materia de investigación criminal, sin embargo la posibilidad de que un proceso penal pueda durar hasta 72 meses es decir seis años sin que exista sentencia definitiva, estando las personas involucradas detenidas bajo mandato judicial preventivo, es contraria a la tendencia jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que considera contraria a la Convención Americana las detenciones preventivas de cuatro años y los procesos judiciales de cinco años.

La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en su artículo 8º el derecho de toda persona al plazo razonable de duración de un proceso. Este derecho tiene una connotación adicional en el ámbito de los procesos penales, pues en el caso que estos tengan una duración excesiva, las personas inculpadas que se encuentran detenidas tienen derecho a que se decrete su libertad. Así mismo el artículo 7.5 de la Convención Americana aborda este tema estableciendo lo siguiente: "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora antes 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 (...)"

De acuerdo a lo establecido en este artículo este derecho para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente".

Al precisar los alcances de una privación arbitraria de la libertad, prohibida por los tratados sobre derechos humanos, la Corte Interamericana señalo lo siguiente: "(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que aun calificados de legales puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad".¹⁵

¹⁴ Sentencia 2915-2004-11C/TC. Argumento 41 c.

¹⁵ Caso Gangaram Panday, sentencia del 21 de enero de 1994 párrafo 47 y caso Cesti, sentencia del 29 setiembre 1999, párrafo 140.

25
"Constitución"

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia ha identificado situaciones contrarias al derecho al plazo razonable de duración de un proceso, que permiten a su vez identificar casos en lo que se estaría afectando el derecho al plazo razonable de la detención judicial preventiva.

En la sentencia del caso Genie Lacayo del 29 de enero de 1997, la Corte Interamericana consideró que desde la fecha en que se abrió instrucción en el proceso penal que se inició para investigar su muerte, han transcurrido más de cinco años en este proceso sin que se haya pronunciado sentencia firme, lapso que la Corte consideró que sobrepasaba los límites de la razonabilidad previsto por el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos el cual establece lo siguiente: "Artículo 8º: Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter."¹⁶

Estos criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser tomados en consideración al momento de establecer a nivel legislativo los alcances del plazo de detención judicial preventiva, cumplimiento lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, de acuerdo a los cuales las normas sobre derechos fundamentales deben ser interpretadas de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En consecuencia el artículo 2º del Decreto Legislativo 983, en el extremo que establece un nuevo supuesto para prolongar la detención judicial preventiva por más de 36 meses, sin establecer como condiciones que exista una defensa obstruccionista por parte del detenido o la existencia de una situación particular que genere graves perjuicios para la sociedad, es contrario a lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La posibilidad de ampliar hasta 72 meses la detención judicial preventiva resulta contraria a lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y resulta vulneratoria a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben ser observados cuando se establezcan límites temporales a la libertad personal.

De acuerdo a los fundamentos 14 y 16 de la sentencia N° 0012-2006-PI/TC, cuando el Poder Ejecutivo realice su función normativa en cumplimiento de las facultades otorgadas por el Congreso, debe procurar una especial atención al momento de la determinación de la pena a imponer, considerando que debe cumplir los criterios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas.

Por todas estas consideraciones que la Defensoría del Pueblo en su informe "Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley 29009", recomendó al Congreso derogar el artículo 2º del Decreto Legislativo 983 en la parte que agrega un supuesto para prolongar la detención judicial preventiva por más de 36 meses.

De la misma manera al establecer un supuesto tan amplio para prolongar la detención judicial preventiva permite la posibilidad de que un proceso penal se vea también extendido durante varios

¹⁶ "Convención Americana de Derechos Humanos". Artículo 8º inciso 1

años, situación que resulta contraria del objetivo de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo, la cual es modificar el Código Penal a fin de obtener "decisiones judiciales oportunas".

En conclusión la modificación del artículo 137° del Código Procesal Penal, dispuesta por el artículo 2° del Decreto Legislativo 983 contradice lo establecido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues el hecho de que el delito se haya cometido "a través de una organización criminal" no se relaciona con la posible demora atribuible al procesado, que pudiera existir en un proceso penal. Tampoco esta modificación se relaciona con la gravedad que pueda generar un caso particular de tráfico ilícito de drogas para la seguridad ciudadana, la soberanía nacional, el estado de derecho y de la sociedad en conjunto, así como tampoco esta modificación está de acuerdo con lo establecido en el marco de la delegación de facultades señalado en el inciso c) del artículo 2° de la Ley autoritativa 29009 que determina entre otras cosas que se perfeccionaran los tipos penales vigentes y se modificará o establecerá nuevas penas, bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la gravedad de los delitos y a la afectación social que estos acarrearán. Por todos estos argumentos consideramos que el artículo 2° del Decreto Legislativo 983, en el extremo que establece un nuevo supuesto para prolongar la detención judicial preventiva por más de 36 meses es inconstitucional.

2.5. Intervención inconstitucional de la Policía Nacional

El artículo 1° del Decreto Legislativo 989 modifica los artículos 1° y 2° de la Ley 27934, ley que regula la intervención de la Policía Nacional y en Ministerio Público en la investigación preliminar del delito.

Mediante el inciso e) del artículo 2° de la Ley 29009 se autorizó al Ejecutivo a legislar con el objeto modificar las normas especiales y mejorar los procedimientos para lograr una efectiva investigación preliminar de los delitos y lograr su prevención. En cumplimiento de esta delegación, mediante el artículo 1° del Decreto Legislativo 989, se agregan nuevas acciones en la actuación de la Policía en la Investigación Preliminar estableciendo lo siguiente:

"Artículo 1°.- Actuación de la Policía en la investigación preliminar.

La Policía Nacional, en su función de investigación, al tomar conocimiento de hechos de naturaleza delictiva deberá de inmediato llevar a cabo las diligencias imprescindibles para impedir que desaparezcan sus evidencias y, en caso de flagrante delito, proceder a la captura de presuntos autores y partícipes, dando cuenta sin mayor dilación que el término de la distancia, en su caso al Fiscal Provincial, para que asuma la conducción de la investigación.

Cuando el Fiscal se encuentre impedido de asumir de manera inmediata la conducción de la investigación debido a circunstancias de carácter geográfico o de cualquier otra naturaleza, la Policía procederá con arreglo a lo dispuesto en el párrafo precedente, dejando constancia de dicha situación y deberá realizar según resulten procedentes las siguientes acciones:

(...) 13. Recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados.

14. Solicitar y recibir de inmediato y sin costo alguno de las entidades de la Administración Pública correspondientes, la información y/o documentación que estime necesaria vinculada a los hechos materia de investigación, para lo cual suscribirá los Convenios que resulten necesarios, con las entidades que así lo requieran.

15. Realizar las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

De todas las diligencias especificadas en este artículo, la Policía sentará actas detalladas que entregará al Fiscal, respetando las formalidades previstas para la investigación. El Fiscal durante la Investigación puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía.

Las partes y sus abogados podrán intervenir en todas las diligencias practicadas y tomar conocimiento de estas, pudiendo en cualquier momento obtener copia simple de las actuaciones, guardando reserva de las mismas, bajo responsabilidad disciplinaria. En caso de inobservancia del deber de reserva, el Fiscal deberá comunicar al Colegio de Abogados correspondiente para que proceda con arreglo a sus atribuciones.

El Fiscal dispondrá de ser el caso, el secreto de las actuaciones en la investigación por un plazo prudencial que necesariamente cesará antes de la culminación de las mismas, poniendo en conocimiento de tal decisión a las partes¹⁷.

Al respecto, consideramos que esta modificatoria establecida por el artículo 1º del Decreto Legislativo 989, disminuye las facultades otorgadas constitucionalmente al Ministerio Público en relación a la dirección de la investigación del delito y establece mayores atribuciones a la Policía durante esta etapa de las que le otorga la Constitución. De esta manera, el artículo 1º vulnera los incisos 2) y 4) del artículo 159º sobre las atribuciones del Ministerio Público: Artículo 159.- Atribuciones del Ministerio Público Corresponde al Ministerio Público: (...) 2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia. 4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.

Como se sabe, las atribuciones y funciones del Ministerio Público han ido evolucionando a lo largo de la historia constitucional, desde una función pasiva y limitada que consistía en emitir dictámenes previos a las resoluciones judiciales pasando por la función de vigilar la investigación del delito desde la etapa policial, que se estableció en el artículo 250º de la Constitución de 1979, hasta la función que le impone la Constitución vigente de conducir la investigación del delito con autonomía.

Dentro de todas las atribuciones del Ministerio Público, la dirección jurídico-funcional de la Policía es la función más compleja pero más significativa, dado que le permitirá definir el rumbo de la persecución penal. Se trata de una función orientada a la dirección y a la vigilancia de las investigaciones. El Fiscal ejerce ante ello, una doble función: de control y de impulso de la Policía Judicial, y como tal, debe estar en condiciones de superponerse a la organización policial y de ser su efectivo director, evitando que los actos de investigación sigan caminos distintos al esclarecimiento objetivo de los hechos y también evitando que la actuación policial pueda lesionar derechos fundamentales¹⁷."

Las facultades que el artículo 1º del Decreto Legislativo 989 otorga a la Policía Nacional para que al tomar conocimiento de los hechos delictivos intervenga aun sin la presencia del Fiscal, pudiendo recibir la manifestación de los presuntos autores, solicitar información a entidades públicas y

¹⁷ SAN MARTÍN CASTRO. César. Artículo El Perfil del Fiscal en el Sistema de Justicia Penal Peruano". Lima - Junio 2001

28
Señalado

realizar las demás diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos implican desconocer el rol del Ministerio Público como director de la investigación del delito desde su inicio.

Precisamente, el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha señalado los alcances de las funciones del Ministerio Público en los fundamentos de la sentencia N.º 3960-2005-PHC/TC: "el artículo 159º, numerales 4 y 5, de la Constitución, establece que corresponde al Ministerio Público "ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte", conduciendo desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función. Por otro lado, el artículo 94, inciso 2, del Decreto Legislativo N.º 052, Ley Orgánica del Ministerio Público, dispone que "denunciado un hecho que se considere delictuoso (...), si el Fiscal estima procedente la denuncia, puede, alternativamente, abrir investigación policial para reunir la prueba indispensable o formalizarla ante el Juez Instructor (...)".

"(...) Conforme al numeral 4 del Artículo 159º de la Constitución Política del Perú, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función; el artículo 7º, inciso 10, y el artículo 9º, inciso 4, de la Ley N.º 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú (PNP), establecen que es función de la PNP: "10. Cumplir con los mandatos escritos del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Ministerio Público y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el ejercicio de sus funciones"; y es facultad de la PNP: "4. Intervenir, citar y detener a las personas de conformidad con la Constitución y la ley".

De la misma manera El Tribunal Constitucional en el fundamento 8 de esta sentencia reconoce: "Este Tribunal considera necesario señalar que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba, asumiendo la conducción de la investigación desde su inicio, para lo cual, previo estudio de los hechos, determinará si la conducta incriminada es delictuosa; es decir, si hay razones atendibles sobre la comisión de hechos constitutivos de un delito, para luego determinar y acreditar la responsabilidad o inocencia del imputado; de ocurrir la primera, calificará su procedencia formalizando la correspondiente denuncia penal; en caso contrario, archivará la denuncia. Sin embargo, en caso de no reunir la prueba suficiente sobre la constitución del hecho delictuoso o la del presunto infractor, dispondrá la realización de una investigación preliminar para reunir la prueba que considere necesaria; para tal efecto, practicará u ordenará practicar los actos de investigación que correspondan, así como las demás diligencias pertinentes. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional".

De todo lo anteriormente señalado podemos concluir que no existen mayores dudas respecto que la persecución y la investigación del delito le esta reservada constitucionalmente desde su inicio al Ministerio Público, siendo así que la Policía Nacional tiene una posición dependiente en términos funcionales del Ministerio Público (...) Con lo cual se ratifica el rol activo del Ministerio Público en el proceso penal

En efecto esta interpretación que realiza el Tribunal Constitucional esta de acuerdo con los principios y derechos constitucionales que el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal recoge en concordancia con la Constitución vigente, en el Artículo IV sobre el rol del Ministerio Público que señala lo siguiente:

"Artículo IV. Titular de la acción penal

1. El Ministerio Público es titular de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.

29
veinti nueve

2. El Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos del delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.
3. Los actos de investigación que practica el Ministerio Público o la Policía Nacional no tienen carácter jurisdiccional. Cuando fuera indispensable una decisión de esta naturaleza la requerirá del órgano jurisdiccional, motivando debidamente su petición.”

El nuevo Código Procesal Penal en concordancia con lo que establece la Constitución Política del Estado atribuye exclusivamente al Ministerio Público la titularidad de la acción penal y una responsabilidad determinante para controlar los excesos que pudieran darse en los actos que la Policía realiza. El rol conductor de la investigación preparatoria que la Constitución y el nuevo Código Procesal Penal han asignado al Ministerio Público permite delimitar claramente cual es el papel de la Policía Nacional en cuanto colaboradora de la institución que conduce la investigación.

Igualmente, la Ley Orgánica del Ministerio Público, sobre la intervención del Ministerio Público en la etapa policial señala: “Artículo 9º.- El Ministerio Público, conforme al inciso 5 del Artículo 250 de la Constitución Política, vigila e interviene en la investigación del delito desde la etapa policial. Con ese objeto las Fuerzas Policiales realizan la investigación. El Ministerio Público interviene en ella orientándola en cuanto a las pruebas que sean menester actuar y la supervigila para que se cumplan las disposiciones legales pertinentes para el ejercicio oportuno de la acción penal. Igual función corresponde al Ministerio Público en las acciones policiales preventivas del delito”. La Ley Orgánica del Ministerio Público establece por lo tanto principios y dispositivos que deben ser observados por el Ministerio Público desde la etapa policial como son la vigilancia e intervención en la investigación del delito así como el orientar las pruebas que sean necesarias para el ejercicio oportuno de la acción penal y las acciones preventivas del delito, acciones que deben ser realizadas en cumplimiento de su función de conducción del delito desde su inicio.

A pesar de todo ello, el artículo 1º del Decreto Legislativo 989 disminuye las facultades constitucionales de dirección de la investigación del delito por parte del Ministerio Público, al eliminar del artículo 1º de la Ley 27934 la potestad del Fiscal para evaluar la legalidad de las pruebas dispuestas por la Policía Nacional o de poder ordenar que se realicen nuevamente o se amplíen bajo su dirección.

Igualmente, el mismo artículo autoriza a la Policía Nacional para recibir la manifestación de los presuntos autores, sin presencia del Fiscal (inciso 13) y dispone que la policía tenga toda la libertad para realizar las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados (inciso 15). Estas atribuciones son evidentes vulneraciones del artículo 159º de la Constitución.¹⁸

En definitiva, se está distorsionando el modelo que promueve el nuevo Código Procesal Penal, aumentando las facultades de la Policía Nacional en el ejercicio de su función en la investigación penal, en clara contradicción con la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Por lo tanto el artículo 1º del Decreto Legislativo 989 es inconstitucional en cuanto elimina el control y la conducción en la investigación por el Ministerio Público, otorgando a la Policía Nacional facultades vulnerando lo establecido por la Constitución Política, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica del Ministerio Público que señalan que la investigación del delito requiere el

¹⁸ Aprodeh. “Serios Peligros para los Derechos Humanos”. Pág. 19

control y la dirección del Ministerio Público, vulnerando así lo establecido por estos dispositivos legales. Al eliminar esta conducción que debe ejercer el Ministerio Público en la investigación desde la etapa inicial, se abren las posibilidades para que se cometan muchas otras violaciones contra los derechos fundamentales por parte de la Policía Nacional.

2.6 La incomunicación como medida limitativa de derechos

El artículo único del Decreto Legislativo 988 modifica el artículo 2º de la Ley 27379, Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares. Este dispositivo legal es inconstitucional en cuanto restringe la posibilidad de comunicación del detenido en la investigación fiscal preliminar.

Mediante el inciso e) del artículo 2º de la Ley 29009 se autorizó al Ejecutivo a legislar con el objeto modificar las normas especiales y mejorar los procedimientos para lograr una efectiva investigación preliminar de los delitos y lograr su prevención. En cumplimiento de esta delegación el artículo único del Decreto Legislativo 988 modifica la Ley 27379, agregando un inciso al artículo 2º que establece lo siguiente:

“Artículo 2º.- Medidas Limitativas de derechos

El Fiscal Provincial en casos de estricta necesidad y urgencia, podrá solicitar al Juez Penal las siguientes medidas limitativas de derechos:

(...) 2. a. Incomunicación. Esta medida se acordará siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados. Puede acumularse a la medida de detención preliminar, con una duración no mayor de diez (10) días, siempre que no exceda el plazo de duración de esta última. Esta medida no impide la conferencia en privado del detenido con su abogado defensor, la que no requiere autorización previa ni podrá ser prohibida.”

Si bien es cierto que la incomunicación es una medida limitativa de derechos, es aceptada como una medida a ser aplicada para esclarecer la comisión de un delito, pero siempre bajo la forma y por el tiempo previsto por la ley: la incomunicación se puede imponer a una persona por su supuesta participación en un hecho delictivo con la finalidad de evitar que haga desaparecer los indicios o huellas de la comisión del mismo o también para evitar que cometa actos que dificulten la investigación. La incomunicación es una medida de carácter preventivo, pero bajo ninguna circunstancia esta medida puede impedir las conferencias que debe haber entre el incomunicado y su abogado defensor.

Es así que el literal “g” del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado establece dentro del capítulo de derechos fundamentales de la persona el derecho a no ser incomunicado el cual señala lo siguiente:

“24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...) g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida”

La incomunicación debe ser una medida excepcional, porque las personas requieren siempre del contacto con el mundo exterior como aspecto indispensable para el desarrollo de su personalidad, la adquisición de conocimientos, la integración social, etc. No se debe, por tanto, confundir la incomunicación con el impedimento para acceder a la diversa información proveniente del exterior.

31
Trentino

ya sea escrita, hablada, etc., a la que toda persona tiene derecho. Esto se evidencia en tanto el acceso a tal información, de ningún modo influirá en el curso de la investigación de cualquier delito.

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una prolongada incomunicación no solamente afecta el estado mental de las personas detenidas, sino que involucra además proyectar el castigo contra los miembros de sus familias, quienes no reciben ninguna clase de explicaciones y no saben la situación del detenido-incomunicado

El Tribunal Constitucional también se pronunció sobre los alcances del derecho a no ser incomunicado en la sentencia del Expediente 010-2002- AI/TC en que declara la inconstitucionalidad de la incomunicación absoluta de los detenidos, estableciendo en los fundamentos lo siguiente:“(...) Dos son los temas que, a juicio del Tribunal Constitucional, son imprescindibles analizar: a) Los alcances del derecho a no ser incomunicado; y b) la autoridad responsable para disponerla.

En lo que atañe al primer aspecto, nuevamente el Tribunal Constitucional ha de recordar que el derecho a no ser incomunicado no es un derecho absoluto, sino susceptible de ser limitado, pues como el mismo literal "g", inciso 24), del artículo 2º de la Constitución se encarga de precisar, tal incomunicación puede realizarse en los casos indispensables para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. En tal supuesto, "la autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida". En consecuencia, no hay un derecho absoluto a no ser incomunicado. Éste puede efectuarse, excepcionalmente, en los casos indispensables, y siempre que con ello se persiga el esclarecimiento de un delito, considerado como muy grave. Además, el Tribunal Constitucional considera que cuando la Constitución alude a la existencia de un "caso indispensable", con ello exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique. Pero, a su vez, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse para otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca. Como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "la incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos" (Caso Suárez Rosero. Ecuador, párrafo 51).

En segundo lugar, aunque el literal "g", inciso 24), del artículo 2º de la Constitución no indique expresamente la autoridad responsable para decretar la incomunicación, el Tribunal Constitucional entiende que ella debe ser efectuada necesariamente por el Juez penal, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental."

Esta interpretación del Tribunal Constitucional coincide con lo señalado por el nuevo Código Procesal Penal que en su Título Preliminar recoge los principios y derechos constitucionales que la Constitución establece y que son aplicables al proceso penal. Dentro de estos principios incorpora el principio de legalidad de las medidas limitativas de derechos en el Artículo VI el cual señala lo siguiente: "Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo y la forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad".

El doctor Cesar Landa, señala de acuerdo a lo establecido en este artículo del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal "que las restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales no pueden dictarse por cualquier autoridad ni bajo cualquier circunstancia, sino que se encargan a una autoridad específica y bajo supuestos claramente establecidos que deben ser previstos en el

32
Trinidad 5

ordenamiento jurídico¹⁹. Además de ello, señala Landa que las limitaciones de los derechos fundamentales dentro de un proceso penal deben producirse “dentro de la estricta observancia del procedimiento previsto para tal efecto y con las garantías que se derivan tanto de la Constitución, como de las leyes pertinentes. En nuestro ordenamiento, como regla general se ha encargado a la autoridad judicial la limitación de derechos”.

De otro lado, desde el punto de vista constitucional, el artículo VI del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal ha recogido lo previsto por la Constitución en su artículo 139° inciso 5, el cual exige la motivación escrita de la resolución judicial, a excepción de los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley que se está aplicando y los fundamentos de hecho en que se funda. Con esto se busca proteger el derecho de todas las personas a la certeza judicial, es decir el derecho del procesal a que las sentencias y autos estén debidamente fundamentados o motivados; de modo tal, que el texto de la resolución demuestre con claridad el razonamiento respecto al hecho que se conoce al hecho como el derecho que se aplica.

Otro aspecto relacionado con este artículo del nuevo Código Procesal Penal es la incorporación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad como parámetros a considerar cuando se trata de la limitación a un derecho fundamental por una resolución judicial. Esto es especialmente importante por cuanto, mediante la observación de este principio, se busca evitar que el juez incurra en arbitrariedades cuando se trata de la limitación a un derecho fundamental, mediante una resolución judicial dentro del marco del proceso penal. De esta manera los principios de razonabilidad y proporcionalidad, por los cuales los medios empleados deben ser legítimos y proporcionales al fin perseguido, se convierten en un parámetro importante a observar por los jueces; con lo cual se busca prevenir la afectación arbitraria e ilegal de los derechos fundamentales.”

Por estas consideraciones es que en relación a la modificatoria del artículo 2° de la ley 27379 establecida por el Decreto Legislativo 988, consideramos que es inconstitucional porque vulnera el derecho conexo a la libertad individual al restringir la posibilidad de comunicarse del detenido incomunicándolo hasta por 10 días. Si bien es cierto no se limita la conferencia en privado del detenido con su abogado defensor, tampoco se menciona en este nuevo inciso los supuestos ante los que se puede disponer la incomunicación es decir no se especifica en que casos se considera como indispensable la adopción de esta medida, así tampoco no se especifica la necesidad de motivar adecuadamente la resolución que adopten esta medida, vulnerándose así la garantía constitucionalmente reconocida de motivación escrita de las resoluciones judiciales.

2.7. Violación del derecho de defensa en el interrogatorio del acusado:

El artículo 1° del Decreto Legislativo 983, modifica el artículo 244° del Código de Procedimientos Penales, que regula el procedimiento a seguir en el examen del acusado, esta norma resulta inconstitucional porque además en su inciso 2° que trata sobre el orden del interrogatorio al acusado, existe una violación al derecho de defensa consagrado en el inciso 14° del artículo 139° de la Constitución.

“Artículo 244°.- Examen del acusado

1. El examen del acusado procederá si el imputado no acepta el trámite de la conformidad previsto en la ley.

¹⁹ Ensayo “Bases Constitucionales del nuevo Código Procesal Peruano”. César Landa Arroyo.

33
trintitres

2. El acusado es examinado por el Fiscal, por los abogados de la parte civil, del tercero civil, por su abogado y por el Director de Debates, en ese orden. Los demás miembros de la Sala, sólo podrán examinar al acusado si existiera la necesidad de una aclaración. En todos estos casos, el interrogatorio será directo.
3. El interrogatorio se orientará a obtener la versión del acusado, las aclaraciones y explicaciones acerca del hecho objeto de imputación, las circunstancias del mismo, su participación y la de los otros acusados, así como los móviles, justificaciones y los demás elementos necesarios para la individualización de la pena y la determinación del monto de la reparación civil.
4. Durante el examen del acusado las partes podrán formular sus repreguntas en base a anteriores declaraciones del acusado o confrontar su versión con la de otros acusados, testigos u otro medio probatorio."

El derecho de defensa es una garantía de la administración de justicia que implica dos ámbitos, el derecho a la defensa técnica que la ejerce el abogado de la parte procesada, y la defensa material, ejercida por la parte interesada. El derecho de defensa se ejerce a través de diversos mecanismos e instrumentos que la hacen adecuada. Tener a disposición las pruebas de cargo y de descargo, conocer los motivos de una detención o de la acusación hace que la defensa pueda ejercerse de manera adecuada y así poder actuar de manera oportuna en su auxilio.

El derecho de defensa está presente a lo largo del proceso, ejerciéndose de manera oportuna en favor del justiciable, sin embargo, con el nuevo orden previsto para el interrogatorio del acusado, con tendencias de tipo inquisitivo, predominando el protagonismo del magistrado, en desmedro de la parte acusada, pues, si bien antes, la defensa de la parte acusada era la última en interrogarlo.

De acuerdo a lo planteado por la nueva redacción del artículo, el último en interrogar es el magistrado, con lo cual es posible que éste impida a la defensa poder aclarar algunos puntos fundamentales. De esta forma, se afecta el derecho del acusado a una defensa adecuada: con frecuencia los magistrados actúan de manera parcializada en perjuicio hacia la parte acusada realizando preguntas que dejen vacíos para la defensa y si el abogado de la defensa quisiera interrogar a fin de aclarar tales puntos, sería imposible pues ya su oportunidad de interrogar ha terminado.

Resulta preocupante una norma en este sentido, pues no tiene antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico, ya que hasta el momento el último en interrogar era el abogado del acusado, ya sea con el Código de Procedimientos Penales, nuevo Código Procesal Penal, Código Procesal Penal, por lo que establecer al magistrado el privilegio de ser el último en interrogar indica la tendencia inquisitiva de esta norma, debido al protagonismo que se le da al magistrado, retrocediendo en este sentido nuestro sistema penal, es desmedro del derecho fundamental a la defensa.

El derecho de defensa debemos entenderlo en materia penal, vinculado al principio del contradictorio como garantía para el imputado; el magistrado Víctor Burgos Mariños en su artículo "Principios rectores del Nuevo Código Procesal Penal Peruano"²⁰ señala que "La garantía de la contradicción encuentra su expresión final en el derecho a la última palabra. Es decir, el debate debe finalizar con el uso de la palabra por parte del procesado o su abogado. Esta garantía se encuentra dirigida a que el imputado pueda contestar y contradecir absolutamente todos los cargos y argumentos que se esgrimen en su contra, lo que sólo puede ocurrir cuando se le asegura la intervención final, cerrando el debate..."

²⁰ Artículo publicado en los materiales del Instituto de Ciencia Procesal Penal para el Diplomado de Especialización en Reforma Procesal Penal y Litigación Oral. Pág. 29.

Al otorgarle la facultad de interrogar en último término al director de debates, vulnera este principio y por consiguiente el derecho a la defensa, limitando los medios necesarios para ejercer la misma y aclarar su posición y contradecir todos los cargos en su contra, pues el interrogatorio final del director de debates limita la respuesta del acusado, y la posibilidad de poder rebatir todos los aspectos que no hubiesen quedado claros por la falta de la intervención de su abogado defensor al final del interrogatorio.

Por tanto el artículo 1º del Decreto Legislativo 983 que modifica el artículo 244º del Código de Procedimientos Penales es inconstitucional al violar el inciso 14º del artículo 139º de la Constitución, así como también vulnera el literal d) del inciso 2º del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, normas que protegen el derecho a la defensa.

2.8. Violaciones al principio constitucional de cosa juzgada:

El artículo 1º del Decreto Legislativo 982, modifica el artículo 57º del Código Penal referido a la suspensión de la pena, incorporando en su último párrafo, las figuras de la reincidencia y habitualidad y el artículo 1º del Decreto Legislativo 983 que modifica el artículo 261º del Código de Procedimientos Penales, al introducir la figura de la prueba trasladada son inconstitucionales porque vulneran el principio de cosa juzgada protegido en el inciso 13º del art. 139º de la Constitución.

En efecto, el artículo 1º del Decreto Legislativo 982 señala esta nueva redacción del artículo 57 del Código Penal:

Art. 57º.- Requisitos

El Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnen los requisitos siguientes:

1. Que la condena se refiera a pena privativa de la libertad no mayor de 4 años; y
2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.

El plazo de suspensión es de uno a tres años.

La suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual.”

De esta manera se afecta el principio constitucional de cosa juzgada, pues el acusado resulta siendo procesado dos veces por una misma infracción. La cosa juzgada aparece además como principio de la función jurisdiccional regulado en nuestra Carta Magna en el art. 139º inciso 13º. Este principio guarda precisamente relación con los fines de la pena como son la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, principios que se encuentran protegidos en el artículo 139º inciso 22º de la Constitución.

Tantaleán Odar en su artículo “Reincidencia y Ne bis Idem La inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la Ley Nº 28726”²¹ comenta acerca de la utilización de tales conceptos para efectos de la aplicación de la pena “el hecho de “No ser juzgado dos veces por el mismo delito” guarda estrecha relación con los fines de la pena, tales como el protector, resocializador y el preventivo, así como el principio de cosa juzgada, regulados constitucionalmente. De tal forma que aquello que contravenga a tales principios quebranta lo que un Sistema Jurídico Coherente posee dentro de sus fines y bases, los mismos que deberán ser acordes a los intereses fundamentales del Estado en que se desarrollan.”

²¹ Artículo publicado en Internet en la Revista Electrónica Derecho y Cambio Social en la página web <http://www.derechocambiosocial.com/revista009/reincidencia.htm>.

Chacón Núñez en un artículo²² relacionado a este tema cita lo siguiente: "Según Manuel Osorio: "La locución Latina, Non bis in idem, es un principio del Derecho con arreglo al cual nadie puede ser perseguido ni condenado dos veces por un mismo hecho delictivo o infracción, lo que no impide la revisión de la causa si después de la condena aparecieren hechos reveladores de la inexistencia del delito o de la inocencia del condenado" Según Amado Ezaine es: "Principio que establece la exclusión de la doble represión por un mismo hecho delictuoso, es decir, que no se puede aplicar a un mismo individuo dos veces la pena por el mismo delito". Principio del Derecho Penal que como se puede advertir nace para fortalecer la inmutabilidad de la Cosa Juzgada, impidiendo que el mismo hecho o imputación le sea dos veces atribuida a un mismo sujeto lo cual extralimitaría la represión pública que ejerce el Estado convirtiéndose en una arbitrariedad. También ha sido tomado para proscribir la reincidencia y habitualidad en el Código Penal de 1991 en el cual se expresaba que carece de lógica, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena correspondiente a un nuevo delito, vía la reincidencia o habitualidad, sin otro fundamento que la existencia de una o varias condenas precedentes"

Por ello, al incorporar las figuras de reincidencia y habitualidad como causales para que no proceda la suspensión de la pena, se contraviene nuestro sistema jurídico y se vulnera el principio constitucional de la Cosa Juzgada, por lo cual resulta imperativo que se declare inconstitucional la modificatoria del último párrafo del art. 57º del Código Penal.

Por lo tanto, el artículo 1º del Decreto Legislativo 982 que modifica el artículo 57º del Código Penal es inconstitucional al vulnerar con el principio constitucional de cosa juzgada, establecido en el inciso 13 del artículo 139º de la Constitución Política del Estado así como amparado en el inciso 7 del artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Del mismo modo, el artículo 1º del Decreto Legislativo 983 establece la siguiente redacción del artículo 261º del Código de Procedimientos Penales:

"Artículo 261º.- Prueba trasladada

En los delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir, la Sala a pedido de las partes o de oficio podrá realizar las actuaciones probatorias siguientes:

Las pruebas admitidas y practicadas ante un Juez o Sala Penal podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Sin necesidad de que concurren tales motivos, podrán utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial. La oposición a la prueba trasladada se resuelve en la sentencia.

La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir determinada, o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada conforme al artículo 283º."

El tercer párrafo de este artículo, al tratar sobre el tema de la prueba trasladada, no hace referencia al traslado de una prueba testimonial o pericial, sino a una sentencia firme. Por ello es necesario

²² En su artículo "El Principio de Non Bis in Idem", publicado en la Revista Electrónica Estafeta jurídica en la página web <http://www.amaq.edu.pe/webestafeta/>.

36
Frente a ser 13

determinar si nuestra legislación establece normas que permitan la reevaluación de una sentencia firme en un nuevo proceso.

La sentencia firme en los procesos penales, tiene tanto efectos materiales como procesales, los efectos materiales, se encuentran relacionados al propio fallo en sí. Mientras que los efectos procesales o consecuencias legales del fallo está íntimamente relacionado al tema de la cosa juzgada.

El principio de cosa juzgada, como efecto legal de un fallo, busca proteger las resoluciones judiciales a fin de que no puedan ser atacadas por la apertura de procesos futuros. Este principio se encuentra consagrado en nuestra Constitución en el artículo 139° inciso 13 al establecer " la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada".

Existirá de esta manera la imposibilidad de una doble persecución penal por la misma infracción, pues una nueva sanción significaría para el imputado un ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado, creándose además un conflicto con el principio de proporcionalidad de las penas y una inseguridad jurídica latente. Para el Tribunal Constitucional²³, este principio "...lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal...", pues el Estado solo tendría una única oportunidad de persecución frente a una determinada infracción atribuida a un sujeto.

Ahora bien, en esta modificatoria propuesta en el tercer párrafo del art. 261°, estamos frente a valorar la infracción cometida en proceso penal fenecido en un nuevo proceso, existiendo de esta manera un uso excesivo del poder sancionador del Estado al imponer más de una sanción por la lesión de un mismo interés protegido al perseguir al sujeto por el mismo fundamento, para Caro Coria ello implicaría "...tolerar una ilimitada intromisión pública sobre la esfera de libertad y seguridad de la persona..."²⁴

La prohibición de la revisión de una sentencia firme, implica que no pueda ser enfrentada mediante un nuevo juicio, mal podría por ello pretender sancionar al sujeto teniendo como fundamento la lesión de un bien jurídico por el cual pesa una sentencia firme, pues estaríamos frente a la violación del principio de cosa juzgada amparado en nuestra Constitución y por consiguiente una vulneración al debido proceso contenido en el art. 139° inciso 3° de la Constitución.

Sin embargo, esta no sería la primera vez que el Estado en ejercicio abusivo de su poder sancionador, crea instrumentos legales que buscan revivir procesos con calidad de cosa juzgada²⁵.

Ahora bien, se pretende revestir la violación de un principio constitucional, invocando una figura que resulta común en materia procesal civil.

²³ En su sentencia de fecha 07 de febrero de 2007. Exp. 10192-2006/PH/TC. Acción interpuesta por Luis Alfonso Rivera Gomero.

²⁴ Caro Coria, Dino Carlos. En su artículo "El principio de Ne Bis in Idem en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". "La Prueba, reforma del Proceso Penal y Derechos Fundamentales". Jurista Editores. 1ª Edición. 2007. pag. 102.

²⁵ Un antecedente de ello lo encontramos en la Ley 28726 que basa la sanción de un nuevo ilícito en los antecedentes penales del sujeto (extrayendo el concepto de la reincidencia como fundamento de una nueva condena).

3-1
Tribunales

La institución de la prueba trasladada, generalmente es utilizada en los procesos civiles, los cuales difieren en su naturaleza de los procesos penales, existiendo en estos últimos una serie de principios rectores para la actuación de las pruebas.

Este principio exige que para la imposición de una pena debe existir la confrontación entre los intereses del acusador y el acusado, en donde las pruebas para ser consideradas como válidas deben ser sometidas al control de las partes (principio íntimamente relacionado al derecho de defensa), por lo cual toda prueba para ser considerada como válida, requerirá la aplicación obligatoria de tal principio, pues resultaría indispensable la ratificación de la prueba, ya sea testimonio, pericia, etc., para darle mérito probatorio, lo contrario sería vulnerar el principio antes mencionado.

Sin embargo, el único criterio para valorar dicha prueba es la utilización del criterio de conciencia regulado por el art. 283° del Código de Procedimientos Penales, sin mencionar de manera alguna que una prueba trasladada de esta manera debe guiarse bajo el principio del contradictorio y por consiguiente ratificarse dicha prueba en un nuevo proceso para ser considerada como prueba válida. Este principio se ve soslayado no sólo en el último párrafo del mencionado artículo, sino también en el segundo párrafo al considerar a la pericia, entre otra clase de pruebas admisibles a ser trasladada según dicha norma.

Este tipo de enfoques en materia penal de la prueba trasladada, hace que a nivel doctrinario exista una resistencia a su aplicación pues debe estar de por medio en principio la ratificación de dicha prueba en el proceso en trámite; sin embargo, de suceder un traslado de pruebas de un proceso fenecido, sería una grave violación del principio de cosa juzgada. Si bien existe una libertad probatoria, la misma tiene sus límites, las leyes naturales, las normas jurídicas vigentes, aquello que es objeto de cosa juzgada, lo imposible y lo notorio, no pueden ser objeto de prueba. Una de esas limitaciones, hace referencia precisamente a lo que es objeto de cosa juzgada, es decir, hace referencia a la sentencia firme, pues al ser incorporada a un nuevo proceso para ser valorada y por consiguiente para reevaluarse la infracción que fue objeto de la misma, como fundamento de una nueva sanción en otro proceso, ya no constituiría un simple traslado de prueba, sino que estaremos frente a la violación de la res judicata, al reevaluar un proceso fenecido. De esta manera se estaría desnaturalizando la figura de la prueba trasladada con evidente violación de principios constitucionales.

Por tanto el artículo 1° del Decreto Legislativo 983, en cuanto modifica el artículo 57° del Código Penal y el artículo 261° del Código de Procedimientos Penales, resulta inconstitucional no sólo por no haber excedido las facultades otorgadas por el Congreso al Poder Ejecutivo, sino también al vulnerar el principio de cosa juzgada y derecho de defensa amparados en el inciso 13° y 14° del art. 139° de la Constitución Política del Perú.

2.9. Violación al principio de dignidad humana

Las diversas violaciones a los derechos fundamentales que se aprecian en los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo 982, los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 983, el artículo único del Decreto Legislativo 988 y el artículo 1° del Decreto Legislativo 989 afectan el principio de dignidad humana.

Según nos señala el tratadista Mendoza Escalante, el principio de dignidad humana es uno de los principios fundamentales del sistema constitucional peruano. En efecto, el sistema político diseñado por nuestra Constitución coloca a la dignidad de la persona como uno de los principios

138
Trenklocho

fundamentales, pues la Constitución establece en su artículo 1º que: "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", así mismo reconoce a la "dignidad del hombre" como elemento del que se pueden derivar u obtener derechos fundamentales implícitos²⁶.

La Constitución "se ha manifestado de forma indubitable declarando la dignidad no como un fin mas entre otros, sino precisamente como un fin supremo. Esta afirmación descarta desde el propio derecho positivo la posibilidad de la presencia en nuestro sistema jurídico de otro principio que pueda equipararse o disputarle el mayor valor material que el mismo le ha reconocido, en tal sentido, se trata del principio fundamental que reviste el mayor grado de fundamentalidad que el resto de ellos, lo cual ha de tener especial relevancia ante el caso de eventuales colisiones entre los mismos"²⁷.

Esto implica, en cuanto al Estado, sus órganos constitucionales y los de relevancia constitucional y en general a las autoridades, la vinculación a la que se hallan sujetos en sus actos respecto al principio de dignidad, entendiéndose que tal vinculación obliga su tutela así como su promoción. Además, el principio de dignidad de las personas es el referente axiológico central de índole material en el que se sustenta la legitimidad de nuestro sistema político que funda la Constitución de 1993, de allí procede también su vital importancia jurídico-política²⁸.

Mendoza sostiene que, en cuanto principio, la dignidad de la persona aparece concretizada en nuestra Constitución a través de los diversos enunciados sobre derechos humanos. De esta manera, la consideración de la persona como fin intrínseco a cuyo servicio han de orientarse tanto el Estado como la sociedad implica la obligación de ambos de protegerla así como de promover su plena realización²⁹.

Insiste Mendoza en la relación entre la dignidad de las persona y los demás derechos: "Ahora bien la protección y la promoción, así impuestas han de desplegarse en la diversas y complejas urdumbres del actuar interhumano dando consigo a los variados derechos humanos"³⁰.

De este modo, en nuestra Constitución, dado el principio de dignidad de la persona, entonces se la debe proteger y promover en cuanto a los demás derechos contemplados en esta acción de inconstitucionalidad, como sucede con:

- Derecho a la vida y la integridad física, artículo. 2, inciso 1
- Derecho a la libertad, artículo. 2, inciso 24
- Derecho a la igualdad, artículo. 2, inciso 2
- Derecho al libre desenvolvimiento, artículo. 2, inciso 1
- Derecho a la libertad de expresión, artículo 2, inciso 4).

Los "derechos fundamentales" y los "procesos para su protección" se han instituido como institutos que no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos solo podrían realizarse en la medida en que cuenten con mecanismos "rápidos, adecuados y eficaces para su protección. Así, a los derechos fundamentales, además de su condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al

²⁶ MENDOZA ESCALANTE, Mijail, en Los Principios Fundamentales del Derecho Constitucional Peruano. Lima, Perú, 2000, p. 187.

²⁷ Id.

²⁸ Ibid., pp. 188-189.

²⁹ Ibid., p. 192.

³⁰ Id.

34
Trenkner

mismo tiempo de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, les es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo.

De esta forma, los derechos fundamentales y los procesos que los tutelan se constituyen en presupuestos indispensables para un adecuado funcionamiento del sistema democrático y en el instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales³¹.

Como se aprecia, entonces, cuando artículos 1º y 2º del Decreto Legislativo 982, los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 983, el artículo único del Decreto Legislativo 988 y el artículo 1º del Decreto Legislativo 989 vulneran derechos como la vida, la integridad física, la libertad individual, la libertad de expresión, las garantías judiciales, el derecho de defensa y el derecho de huelga, también vulneran el derecho a la dignidad humana.

POR TANTO:


A usted, Señor Presidente del Tribunal Constitucional, solicito se sirva tener por interpuesta y admitir la presente demanda y en su momento declarar la inconstitucionalidad de los artículos señalados, ordenando su inmediata expulsión del ordenamiento jurídico.

ANEXOS:


De Conformidad con lo dispuesto en el artículo 101º y 102º del Código Procesal Constitucional, adjuntamos a la presente demanda los documentos siguientes:

1. La resolución del Jurado Nacional de Elecciones que contiene la certificación de que los actores son mas de cinco mil ciudadanos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 102º, inciso 3) del Código Procesal Constitucional.
2. Copia del DNI de Juan Miguel Jugo Viera, quien actúa como representante de los 5, 393 ciudadanos demandantes.
3. Copias simples de las normas objeto de la demanda, Decretos Legislativos 982, 983, 988 y 989.

Lima, 12 de mayo de 2008.



Wilfredo Jesús Ardito Vega.
C.A.L. 18651



Juan Miguel Jugo Viera
DNI. N° 07930753

³¹ Sentencia N° 0023- 2005- PI/TC. Argumento 8.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS
OFICINA DE SISTEMAS
TRAMITE DOCUMENTARIO

18 SET. 2008
2008 25314

REGISTRON:
Hora: 11:23 AM

RECIBIDO EN LA FECHA

CARGO

67

Lima, 16 de setiembre de 2008

OFICIO N.º 088-2008-P/TC

Señor doctor
JORGE DEL CASTILLO GALVEZ
Presidente del Consejo de Ministros
Av. 28 de Julio 878
Miraflores

Ref:Exp 0012-2008-PI/TC

De mi mayor consideración:

Tengo a bien dirigirme a usted con el objeto de dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 107º de la Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional, en cuya virtud el Tribunal de mi presidencia se encuentra en la obligación de poner la demanda adjunta en su conocimiento.

Con este propósito, se acompaña además, copia certificada de la correspondiente resolución, su fecha 25.08.08.

Hago propicia la oportunidad para reiterarle las expresiones de mi más alta consideración y estima personal.

Atentamente,


CARLOS MESÍA
PRESIDENTE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Adj. 56 f
/brl.
c.c. archivo



Presidencia del Consejo de Ministros
Procuraduría Pública

32 1013

TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Exp. No. 00012-2008-PI/TC
Cuaderno Principal
Escrito N° 01

22 SEP 2008 PM 2:00 Devolución de cédula.

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

RICARDO RAUL CASTRO BELAPATIÑO, Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08329550, designado mediante Resolución Suprema N° 147-2006-JUS; en la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo N° 982, los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 983, el artículo único del Decreto Legislativo N° 988 y el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989, interpuesta por **JUAN MIGUEL JUGO VIERA**, en representación de 5,393 ciudadanos, contra **EL PODER EJECUTIVO**, ante usted respetuosamente me presento y digo:

Que, el Decreto Supremo No.032-2001-JUS del 01 de octubre del 2001, señala que en los procesos de inconstitucionalidad en los que se impugnan Decretos Legislativos, la notificación de la resolución que corre traslado de la demanda al Poder Ejecutivo se dirige al Ministerio de Justicia, a efectos que el Presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado designe al Procurador Público que represente al Poder Ejecutivo en el proceso; en tal virtud, tratándose la presente de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo N° 982, los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 983, el artículo único del Decreto Legislativo N° 988 y el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 989, es preciso que el Presidente del Consejo de Defensa Judicial del Estado designe al Procurador que se hará cargo de la defensa del Poder Ejecutivo, encontrándonos imposibilitados de asumir la defensa de manera directa, razón por la que cumplo con devolver los actuados a su Despacho a efectos que se sirva resolver con arreglo a ley.



POR TANTO:

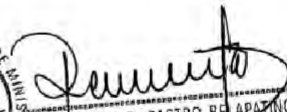
Señor Presidente, solicito se sirva tener por devuelta la cédula de notificación.

109

ANEXOS:

- 1.A: Copia simple de mi Documento Nacional de Identidad.
- 1.B: Copia Simple de la Resolución Suprema N° 147-2006-JUS, mediante la cual se me designa como Procurador Público.

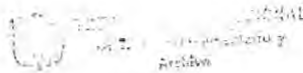
Lima, 22 de setiembre del 2008.



DR. RICARDO R. CASTRO BELAPATINO
Procurador Público
Presidencia del Consejo de Ministros
Reg. C.A.L. N° 15846



Procuraduría Pública

105406



Expediente N° 00012-2008/PI-TC

2009 OCT 30 CONTESTA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

LOURDES MARIA DEL CARMEN RIVERA SANTANDER MEDINA, Procuradora Pública del Ministerio de Justicia, designada mediante Resolución Suprema N° 212-2005-JUS, identificada con DNI N° 08776968, con domicilio legal y procesal en Jr. Scipión Llona N° 350 módulo 11, Distrito de Miraflores, en los autos seguidos por **JUAN MIGUEL JUGO VIERA en representación de CINCO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES CIUDADANOS** sobre **DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD**, me presento ante usted y con el debido respeto digo:

I. APERSONAMIENTO

Que, asumiendo la defensa y representación del Poder Ejecutivo en mérito a lo dispuesto por el artículo 1° de la Resolución de la Presidencia del Consejo de Defensa Judicial del Estado N° 017-2008-JUS/CDJE-P que se acompaña a la presente, concordante con en el Decreto Supremo N° 032-2001-JUS, comparezco al proceso en mi calidad de Apoderada de conformidad con lo establecido por el artículo 99° in fine del Código Procesal Constitucional, con el propósito de efectuar la defensa de los artículos 1° y 2° del Decreto Legislativo 982, artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 983, artículo Único del Decreto Legislativo 988 y el artículo 1° del Decreto Legislativo 989.

II. PETITORIO

Habiendo sido notificada con la resolución del 25 de agosto de 2008 que admite a trámite la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos



1° y 2° del Decreto Legislativo 982, artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 983, artículo Único del Decreto Legislativo 988 y el artículo 1° del Decreto Legislativo 989, publicados el 12 de mayo de 2008 en el Diario Oficial El Peruano; dentro del plazo de ley y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107° del Código Procesal Constitucional **PROCEDO A CONTESTAR LA DEMANDA**, a fin que en su oportunidad, se la declare, de manera alternativa:

- **Inadmisibile**, pues, no ha cumplido con los requisitos señalados en el artículo 101 del Código Procesal Constitucional; ó
- **Infundada**, porque los artículos de los Decretos Legislativos cuestionados no contravienen, sea por la forma o por el fondo, disposición constitucional alguna.

Se desarrolla, a continuación, los argumentos que sustentan nuestro petitorio:

II.1 LA FINALIDAD DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. La finalidad del proceso de inconstitucionalidad según el artículo 75° del Código Procesal Constitucional es "la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo". Es decir, el Tribunal Constitucional examinará las normas impugnadas con el fin de verificar si guardan conformidad formal y material con la norma suprema del Estado, la Constitución.

Dicho examen no sólo está referido a si la norma cumplió con todos los requisitos formales para su dación (procedimiento legislativo, materia no reservada a otra norma y expedición por órgano competente) establecidos en la Constitución, a efectos de que su entrada al ordenamiento jurídico produzca



70

todos los efectos propios del rango normativo al que pertenece, sino también está referido a la concordancia que debe existir entre el contenido de la norma legal con el contenido de la Constitución, es decir, con los principios, valores y normas que consagra (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

2. Por otra parte, se debe recordar que, toda norma goza de presunción de constitucionalidad y solamente pueden ser excluidas del ordenamiento jurídico siempre que **"no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución"**. (artículo VI del Código Procesal Constitucional). En ese sentido, el Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, señala que, "El reconocimiento de que al Congreso asiste la legitimidad directa del pueblo (artículo 93º de la Constitución)¹, el deber de concebir al ordenamiento jurídico como una proyección unitaria y armónica de los valores constitucionales (artículo 51º de la Constitución) y el deber de la jurisdicción constitucional de actuar "con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen" (artículo 45º de la Constitución), exigen que la sentencia constitucional, no sólo pueda ser una afirmación o negación de la ley, sino también su integración con la Constitución, de modo tal que, **por vía de la interpretación constitucional, se evite, en la medida de lo posible, la expulsión de la ley del ordenamiento, si de ello se pueden derivar inconstitucionalidades mayores a aquella en la que incurre"**².

En consecuencia, la salida de una norma del sistema jurídico sólo puede darse cuando es manifiestamente contraria a la Constitución y no cabe por ningún lado, alguna interpretación acorde con ella. Entonces, podemos decir que, la salida de la norma del ordenamiento es la medida última que toma el contralor de la Constitución, luego de haber intentado por todos los medios de salvar su constitucionalidad.



¹ La legitimidad del Congreso puede atribuirse indirectamente a este caso, pues el Ejecutivo legisló por delegación autorizada del Congreso de la República. Con lo cual, las normas emitidas por el Poder Ejecutivo mediante autorización legal del Congreso gozan de legitimidad y de presunción de constitucionalidad.

² STC N° 0009-2007-PI/TC y N° 0010-2007-PI/TC (acumulados), fundamento 16.

11

II.2 INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA: EL DEMANDANTE NO CUMPLE CON SEÑALAR DOMICILIO PROCESAL

3. El Código Procesal Constitucional, como toda norma procesal, está incorporada de normas de orden público, y por lo tanto no pueden ser desobedecidas. Es en ese orden de ideas, existen instituciones como la inadmisibilidad y la improcedencia que, aunque con efectos jurídico-procesales distintos, cumplen la función de rechazar aquellas demandas que no observan las normas procesales para admitir su ingreso y darle el trámite con el fin de pronunciarse sobre el fondo que aquellas contienen, ya que al inobservar las normas procesales se vuelven en demandas inidóneas de lograr su objetivo, y en consecuencia, inviables.

Así se tiene que, el inciso 1 del artículo 103° del Código Procesal Constitucional señala como causal de inadmisibilidad, el no cumplir con los requisitos señalados en el artículo 101. Así el artículo 101 en su inciso 1 señala como requisito de la demanda: "La identidad de los órganos o personas que interponen la demanda y su domicilio legal y **procesal**". El demandante en su escrito sólo señala su domicilio legal, mas no el procesal. Dicha omisión es una clara violación a una norma de orden público, por lo tanto se configura el artículo 103° del Código Adjetivo acotado, en consecuencia, el Tribunal debe declarar **INADMISIBLE** la presente demanda.

II.2 LA DEMANDA DEBE SER DECLARADA INFUNDADA PORQUE LOS ARTÍCULOS 1° Y 2° DEL DECRETO LEGISLATIVO 982, ARTÍCULOS 1° Y 3° DEL DECRETO LEGISLATIVO 983, NO CONTRAVIENEN DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL ALGUNA, POR LA FORMA



4. Los artículos de los Decretos Legislativos cuya constitucionalidad se cuestiona, fueron emitidos en virtud de lo establecido en los artículos 1° y 2° de

22

la Ley N° 29009 que facultó al Poder Ejecutivo para legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso; con el objeto de establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general, y en especial los delitos arriba señalados.

5. En el marco de esta delegación legislativa se facultó al Ejecutivo, entre otros, a **definir con precisión la configuración de la flagrancia** en la comisión de los delitos para permitir la acción pronta y eficaz de la Policía Nacional del Perú, **modificar el Código Penal y las normas penales especiales**, a fin de tipificar nuevas conductas delictivas, así como perfeccionar los tipos penales vigentes y **modificar o establecer nuevas penas**, bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la gravedad de los delitos y a la afectación social que éstos acarrearán, **modificar el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal para rediseñar los procesos con diligencias pertinentes y plazos perentorios** que permitan decisiones judiciales oportunas, **modificar las normas especiales y mejorar los procedimientos para lograr una efectiva investigación preliminar** de los delitos y lograr su prevención, modificar otras normas conexas vinculadas a las materias señaladas en el artículo 1 de la Ley N° 29009 y, en general, adecuar dicha legislación a las modificaciones que se introduzcan en el Código Penal, legislar para tipificar con precisión sobre las modalidades de colaboración y participación del personal de la Policía Nacional del Perú en la comisión de los delitos graves y **establecer penas proporcionales a la gravedad de la conducta y el agravante por la calidad del agente delictivo**.

6. Es de señalar que, los Decretos Legislativos que se cuestionan se emitieron, tal como se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 1237/2006-PE que dio origen a la Ley N° 29009, ante el notable incremento de la delincuencia a nivel nacional, motivada entre otros factores por un accionar criminal cada vez más organizado, que venía provocando un estado de inseguridad creciente en la población, teniendo el crimen organizado como



característica fundamental el uso de la violencia física y el empleo de armas de fuego, de manera que era necesaria la expedición de normas adecuadas, que permitan una sanción proporcional a la grave lesión originada a la sociedad y a los bienes jurídicos tutelados, como la vida, libertad personal, seguridad pública, propiedad pública y privada, y que cubran vacíos de tipificación en dichas conductas antijurídicas; y por otra parte, debían optimizarse los procedimientos y facultades para la investigación preliminar de los delitos, no sólo para el esclarecimiento de los hechos, identificación e individualización de los presuntos responsables, sino también para frenar las consecuencias de los delitos y prevenir actos criminales conexos, que pongan en peligro bienes jurídicamente tutelados; de manera que la acción legislativa no lesiona la Constitución como sostiene el demandante, porque los artículos de los Decretos Legislativos materia del presente proceso se encuentran dentro de los alcances de la delegación de facultades.

7. El demandante solicita que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad y derogación de las siguientes normas por regular materia no delegada por la Ley autoritativa N° 29009, con lo que se estaría vulnerando el artículo 104° de la Constitución:

- El Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 982 en el extremo que modifica el artículo 20° inciso 11 del Código Penal.
- El Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 982 en la parte que modifica el artículo 200° del Código Penal sobre delito de extorsión.
- El Artículo 1° del Decreto Legislativo 983 en el extremo que modifica el artículo 244° inciso 2° del Código de Procedimientos Penales.
- El Artículo 3° del Decreto Legislativo 983, en el extremo que modifica el artículo 259° del nuevo Código Procesal Penal.



24

En ese orden de ideas, a continuación se pasa a demostrar que los Decretos Legislativos cuestionados se encuentran dentro de los alcances de la delegación de facultades conferida por la Ley N° 29009:

7.1 El demandante sostiene que la modificación del artículo 20° del Libro Primero (Parte General) del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635, es inconstitucional por que no forma parte de la materia delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso mediante la Ley autoritativa N° 29009 y no autoriza que se legisle en supuestos de exención de responsabilidad penal.

El inciso 11. del artículo 20° modificado prescribe "Está exento de responsabilidad penal: (...) El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte".

Esta modificatoria se encuentra facultada por la Ley N° 29009 en el artículo 2 inciso a), que señala que se encuentra en el marco de la delegación legislativa " **Establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general, y en especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, así como pandillaje pernicioso**". En ese sentido, se debe tener en consideración que la misión de la Policía Nacional del Perú es Investigar, denunciar y combatir la delincuencia común, el crimen organizado y otros hechos trascendentes en el ámbito nacional y la delincuencia internacional, por lo que debe entenderse que la estrategia integral a que se refiere este dispositivo implica también realizar las modificaciones necesarias en la Parte General del Código Penal que permitan cumplir con este objetivo; por lo que la incorporación del inciso 11) al artículo 20° del Código Penal garantiza a los miembros de las fuerzas armadas y policiales que en su actuación, en cumplimiento del deber, puedan hacer uso de sus armas de fuego conforme a sus leyes y reglamentos y que ello no les signifique



31047

posteriormente una responsabilidad penal; por lo que esta modificatoria si se encuentra dentro del ámbito de la delegación de facultades conferida por la Ley N° 29009.

Asimismo, la exposición de motivos señala en su primer párrafo que, "el crimen organizado, como modalidad de delinquir, tiene una doble consecuencia: por un lado, la objetiva inseguridad de los bienes e intereses ciudadanos y públicos cuya protección compete al Estado; y por el otro, el incremento del sentimiento ciudadano de que tales bienes no están suficientemente resguardados. **En tal sentido, resulta pertinente mencionar que el fenómeno de la criminalidad organizada puede enfrentarse de mejor manera, si se cuenta con una regulación legal sistematizada y coherente que considere una visión global del Derecho Penal y Penitenciario y normas conexas, así como el fortalecimiento de las instituciones del Estado**".

En ese sentido, debido al problema que embarga los delitos de criminalidad organizada es que, el combate contra el crimen organizado en general demande un cambio mayor que sólo modificar los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavados de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso. Por lo tanto, sólo así "se podrá otorgar a la sociedad resultados tangibles en la lucha contra el crimen organizado y los delitos previstos en la Ley N° 29009" (Análisis Costo-Beneficio). Así, se entiende que dicha modificación es un recurso necesario para "la defensa de la sociedad y los derechos de los ciudadanos con miras al bien común, cuya tarea corresponde al Estado en las diversas funciones que se le ha asignado a la Policía Nacional -y a las Fuerzas Armadas" (Efecto de la Vigencia de la Norma sobre la Legislación Nacional). En consecuencia, la modificación hecha por el artículo 1° del Decreto Legislativo 982 en el extremo de agregar un inciso al artículo 20° del Código Penal no excede los alcances de la delegación de facultades.



7.2 El demandante sostiene que la modificación del artículo 57° del Código Penal, es inconstitucional por que no forma parte de la materia delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso mediante la Ley autoritativa N° 29009 porque se trata de un cambio normativo general y excede al marco establecido en la delegación de facultades al no existir coincidencia con lo señalado por la ley autoritativa.

El artículo 57° del Código Penal establece que **“el Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: 1. Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; y 2. Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito. El plazo de suspensión es de uno a tres años. La suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual”**.

Esta modificación en el Código Penal se encuentra facultada por la Ley N° 29009 en el artículo 2 inciso a), donde se indica que se encuentra en el marco de la delegación legislativa **“ Establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general, y en especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, así como pandillaje pernicioso”**, así como en el inciso c) de este mismo artículo que faculta a **“Modificar el Código Penal y las normas penales especiales, a fin de tipificar nuevas conductas delictivas, perfeccionar los tipos penales vigentes y modificar o establecer nuevas penas, bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la gravedad de los delitos y a la afectación social que éstos acarrear”**.



En ese sentido se debe entender que en la estrategia integral que establece la ley autoritativa, se faculta expresamente a realizar modificaciones en la Parte General del Código Penal tal como se ha

efectuado ya que contiene los Principios e Instituciones que rigen el derecho penal peruano, con el objetivo, tal como se ha señalado de hacer más eficaz la lucha contra el crimen organizado; por tanto esta modificatoria se encuentra dentro del marco establecido en la delegación de facultades.

7.3 El demandante sostiene que el artículo 2º del Decreto Legislativo 982 es inconstitucional en el extremo que modifica el artículo 200º del Código Penal, sobre el delito de extorsión, al sancionar por su participación en huelgas a funcionarios públicos con poder de decisión y a aquellos que desarrollan cargos de confianza y de dirección, porque no forma parte de la materia legislativa delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso mediante Ley autoritativa 29009.

La parte pertinente de la norma impugnada prescribe "El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42º de la Constitución Política del Perú (*Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional*), participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal.

Esta modificatoria también se encuentra facultada por el inciso a) de la Ley Nº 29009 cuando se refiere a "Establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general, y en especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, así como pandillaje pernicioso"; así como por el inciso c) que del artículo 2 porque está facultado a "Modificar el Código Penal y las normas



penales especiales, a fin de tipificar nuevas conductas delictivas, perfeccionar los tipos penales vigentes y modificar o establecer nuevas penas, bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la gravedad de los delitos y a la afectación social que éstos acarrearán"; por tanto esta modificatoria se encuentra dentro de las facultades conferidas al Ejecutivo por el Congreso de la República mediante Ley autoritativa N° 29009; porque se ha incorporado nuevas modalidades al delito de extorsión y ampliado el concepto de sujeto pasivo de la acción penal manera que se encuentra debidamente acreditado que el Poder Ejecutivo no ha sobrepasado la autorización legislativa concedida mediante Ley autoritativa por el Congreso de la República.

7.4.- Los demandantes sostienen que el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 244° inciso 2. del Código de Procedimientos Penales es inconstitucional por que no forma parte de la materia delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso mediante la Ley autoritativa N° 29009.

La parte pertinente de la norma impugnada señala: **1. El examen del acusado procederá si el imputado no acepta el trámite de la conformidad previsto en la ley. 2. El acusado es examinado por el Fiscal, por los abogados de la parte civil, del tercero civil, por su abogado y por el Director de Debates, en ese orden. Los demás miembros de la Sala, sólo podrán examinar al acusado si existiera la necesidad de una aclaración. En todos estos casos, el interrogatorio será directo. 3. El interrogatorio se orientará a obtener la versión del acusado, las aclaraciones y explicaciones acerca del hecho objeto de imputación, las circunstancias del mismo, su participación y la de los otros acusados, así como los móviles, justificaciones y los demás elementos necesarios para la individualización de la pena y la determinación del monto de la reparación civil. 4. Durante el examen del acusado las partes podrán formular sus repreguntas en base a**



anteriores declaraciones del acusado o confrontar su versión con la de otros acusados, testigos u otro medio probatorio.

Esta modificatoria se encuentra facultada por el inciso d) de la Ley N° 29009 que literalmente prescribe **“Modificar el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal para rediseñar los procesos con diligencias pertinentes y plazos perentorios que permitan decisiones judiciales oportunas”**, y conforme a lo que se señala en la exposición de motivos “los Códigos Procesales son instrumentos necesarios para hacer efectivos los derechos sustanciales o para viabilizar la imposición de penas previstas en las leyes sustantivas, (por lo que) resulta razonable introducir algunas modificaciones que sirvan para mejorar en particular el diseño y mecánica del proceso judicial, el mismo que se aplica a los delitos previstos en las leyes penales, dentro de los que se encuentran los delitos objeto de delegación de facultades conferida. Por lo tanto, lo que importa es que, el cambio esté referido a la vía procedimental a la que pertenecen los delitos delegados vinculados al crimen organizado en general y a los delitos de tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión, terrorismo y los demás expresados en la Ley N° 29009. En tal sentido, la norma no es inconstitucional; pues esta dirigida hacia una administración de justicia rápida que en forma oportuna permita la resolución de los procesos, dotando al Poder Judicial con los elementos necesarios para administrar justicia.

- 7.5. El demandante sostiene que el artículo 3° del Decreto Legislativo 983 inconstitucional en el extremo que modifica el artículo 259° del Nuevo Código Procesal Penal, porque no forma parte de la materia legislativa delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso mediante Ley autoritativa 29009 por regular materia no delegada.

La norma impugnada prescribe **1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando: a) Ha huido y ha sido identificado**



inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible. b) Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso. 2. Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, podrá ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad”.

Esta modificatoria se encuentra facultada por el inciso b) de la Ley N° 29009 que literalmente prescribe **“Definir con precisión la configuración de la flagrancia en la comisión de los delitos para permitir la acción pronta y eficaz de la Policía Nacional del Perú”**, con el propósito de poder luchar contra las diferentes manifestaciones que se presenta en el crimen organizado, para optimizar el trabajo de la Policía Nacional del Perú, que garantice su accionar oportuno ante la comisión de hechos delictuosos y que garantice la identificación y captura de los autores.

Además, la exposición de motivos expone que, “dicha norma debe explicitar el concepto jurídico de ‘flagrancia’ acorde a los **avances tecnológicos y a las necesidades de satisfacer el natural resarcimiento a favor de la víctima y la sociedad**, que al pecar de garantismo pudiera no ser efectivo instrumento a fin de combatir la delincuencia común o la criminalidad organizada, máxime que **las diversas modalidades que utilizan los que infringen la ley penal hacen indispensable adoptar una interpretación teleológica y consecencialista del concepto de flagrancia**”; por lo que el Poder



82

Ejecutivo no ha sobrepasado la autorización legislativa concedida mediante Ley autoritativa por el Congreso de la República.

8. De lo señalado se puede advertir que, el demandante realiza una interpretación cerrada, restringida de la ley autoritativa y las normas de los Decretos Legislativos, obviando la finalidad de ambas normas y el estricto acatamiento de estos a aquella que los origina. Es claro que, los Decretos Legislativos se valen de las herramientas con las que se cuenta en el ordenamiento jurídico a fin de brindar los mejores medios a las entidades encargadas de luchar directamente contra el crimen organizado, dentro de los cuales encontramos a las Fuerzas Armadas (medio que utiliza el Estado para la lucha contra el crimen organizado especialmente en los lugares marginados de nuestro país, como en el interior de la selva), la Policía Nacional y, quienes materializan y tutelan los derechos fundamentales de los demás ciudadanos que se conducen de acuerdo a Ley, son diferentes órganos jurisdiccionales. Es así que, se puede aseverar que, los Decreto Legislativos han sido expedidos en cumplimiento del artículo 104° de la Constitución Política del Perú y la Ley N° 29009.

II.3 LA DEMANDA DEBE SER DECLARADA INFUNDADA PORQUE LOS ARTÍCULOS 1° Y 2° DEL DECRETO LEGISLATIVO 982, ARTÍCULOS 1°, 2° Y 3° DEL DECRETO LEGISLATIVO 983, ARTÍCULO ÚNICO DEL DECRETO LEGISLATIVO 988 Y EL ARTÍCULO 1° DEL DECRETO LEGISLATIVO 989, NO CONTRAVIENEN DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL ALGUNA, POR EL FONDO

9. El demandante argumenta que, los Decretos Legislativos mantienen infracciones constitucionales de fondo, pues la materia que regulan son contrarias a algunos derechos, principios y/o valores constitucionales.



9.1. La incorporación del inciso 11. al artículo 20° no implica violación a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad persona.

El demandantes sostienen que inciso 11. que se ha incorporado al artículo 20° Código Penal es inconstitucional por que vulnera el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal, así como el derecho que tiene toda persona a un recurso efectivo contra actos que violen sus derechos fundamentales y que este artículo puede generar impunidad en las Fuerzas Armadas y Policiales.

La incorporación del inciso 11. al artículo 20° no implica violación a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad persona, reconocidos por la Constitución Política del Perú en su artículo 2° inciso 2.; ni al derecho a un recurso efectivo porque está referida a una causa eximente de responsabilidad penal en el caso del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas de fuego en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte.

En este sentido cabe resaltar que ya en el inciso 8 de este mismo dispositivo legal establece que está exento de responsabilidad penal aquel que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho; por lo que la incorporación del inciso 11 es una puntualización respecto a la actuación del personal de las Fuerzas Armadas y Policiales, lo que no implica una contravención a la Constitución como se alega porque lo se pretende con esta incorporación es garantizar el accionar de las fuerzas del orden en su lucha contra la delincuencia y en especial contra la criminalidad organizada, dentro del marco de la Constitución, de las leyes y reglamentos correspondientes.

Se debe tener en cuenta además que está vigente la Ley N° 29166 y su reglamento que regula el empleo de la fuerza. Dicha Ley, en su artículo 5° establece los siguientes principios: **1) legalidad, por el cual el empleo de la fuerza se debe enmarcar en la normatividad vigente,**



dentro del cual tenemos a la Constitución, en ese sentido, las Fuerzas Armadas sujetan su accionar y conducta a lo previsto en la Constitución Política del Perú, en la legislación nacional y en la presente Ley, en estricta observancia de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; 2) necesidad, por el cual debe darse una situación especial que justifica el uso de la fuerza; 3) Proporcionalidad, por el cual, el uso de la fuerza debe ser la necesaria en intensidad, duración y magnitud, para oponerse a un acto hostil o intento de cometerlo; 4) Inmediatez, la acción debe ser oportuna y se debe presentar ante una situación de agresión de carácter inminente la misma que, de no ser ejecutada de inmediato, podría ocasionar perjuicios vitales a aquellas fuerzas o personas que actúan dentro de la legalidad; 5) Obligatoriedad: las órdenes dictadas deben estar conforme a las Reglas de Empleo de la Fuerza; y 6) Razonabilidad, por el cual el personal militar debe diferenciar las diversas situaciones de alteración del orden interno que pueden generar grupos hostiles, evaluando la duración, magnitud, continuidad, riesgos y nivel de intensidad de los actos hostiles o intentos de cometerlos.

Asimismo, el Reglamento de la Ley Orgánica de la Policía Nacional regula el empleo de armas de fuego por parte de los efectivos policiales en el artículo 103 , indicando que su empleo se hará en forma racional y constituye una medida extrema en el desempeño de sus funciones, debiendo utilizarse cuando los otros medios disuasivos no hayan sido suficientes y se vea en peligro su vida y la de otras personas. Su empleo se sujetará al respeto irrestricto de los derechos humanos” .

Es por ello que se puede afirmar que, a diferencia de lo afirmado por el demandante, las ordenes a dictarse y los reglamentos no son limites indeterminados para la actuación de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, sino todo lo contrario, son parámetros o limites claramente



constitucionales, pues siempre deben obedecer a la supremacía Constitucional.

Además, la determinación del cumplimiento de estos presupuestos los tendrá que realizar la autoridad competente dentro de la tramitación de una investigación preliminar o un proceso judicial, con arreglo a los dispositivos legales vigentes; a efectos de establecer si se trata de una causa eximente de responsabilidad, con lo que se desvirtúa también que se atente contra el derecho a un recurso efectivo que se señala en la demanda.

Por otro lado, la norma incorporada cuando se refiere al cumplimiento de su deber se refiere al que se dicta con arreglo a la Constitución y las leyes. En este aspecto, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en Sentencia recaída en el Expediente 2446-2003-AA/TC Puno de 30 de setiembre de 2005 en que establece que, "los alcances de la obediencia debida, dentro del marco de la Constitución supone, ante todo, reconocer que, bajo los principios de supremacía constitucional y de Estado social y democrático de derecho, quienes ejercen el poder del Estado lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen" (artículo 45° de la Constitución). Este es precisamente el alcance del inciso 11 incorporado al artículo 20° del Código Penal por lo que no corresponde interpretar la norma suponiendo el obedecer órdenes ilícitas, que son incompatibles con la Constitución y respeto a los derechos fundamentales.

9.2 La modificación del artículo 57° del Código Penal no vulnera el principio constitucional de cosa juzgada

El demandante señala que la nueva redacción del artículo 57° del Código Penal al haber introducido la reincidencia y habitualidad es inconstitucional porque vulnera el principio constitucional de cosa juzgada.



30

Al respecto debe indicarse que, tal como ha quedado establecido en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de 19 de enero de 2007 en el Expediente N° Expediente N° 0014-2006-PI/TC en señala que "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. Esta sentencia recoge asimismo el principio de legalidad y proporcionalidad...³ Considera asimismo que el primer delito cometido –aquél 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 genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in idem*...**"

³ El principio del *ne bis in idem* material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos –como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, 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 comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.



1000 87

9.3 La modificación del artículo 200° del Código Penal no vulnera el derecho a la huelga, el derecho a la libertad de pensamiento y el de expresión, el derecho a asociarse libremente y el derecho a la reunión.

El demandante sostiene que el artículo 2° del Decreto Legislativo 982 es inconstitucional en el extremo que modifica el artículo 200° del Código Penal, sobre el delito de extorsión, al sancionar por su participación en huelgas a funcionarios públicos con poder de decisión y a aquellos que desarrollan cargos de confianza y de dirección, y porque vulnera el derecho a la huelga (inciso 3 del artículo 28° de la Constitución), el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión (inciso 4 del artículo 2° de la Constitución), el derecho de asociarse libremente (inciso 17 del artículo 2° de la Constitución) y el derecho de reunión, sin precisar ni fundamentar de que manera se vulnera los derechos que menciona en su petitorio; y sin tener en consideración que dicha modificatoria respecto al derecho de huelga es concordante con lo establecido en el artículo 42° de la Constitución Política del Perú que reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, pero sin poner en riesgo el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y opinión; el ejercicio de estos derechos comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección; pero respetando los derechos o la reputación de los demás.

Respecto al derecho de reunión y asociación, éstos consisten en la libertad del ser humano de congregarse, ya sea para participar, protestar, compartir ideas u opiniones, intercambiarlas o acordar una acción común. Estos derechos son una manifestación de la vocación asociativa del ser humano y de la instintiva interacción de los individuos. Las reuniones y



asociaciones son voluntarias, organizadas previamente, importan una preparación e incluso, en ocasiones, una publicidad, aspectos que las diferencian de las simples aglomeraciones accidentales. Claros ejemplos de los derechos de huelga, de pensamiento, expresión, de asociarse libremente y el de reunión en el Perú lo constituyen las marchas de protesta de la población contra alguna medida gubernamental, o de los sindicatos en pro de algún reclamo laboral, las manifestaciones de la libertad de religión a través de ceremonias en los templos o procesiones en la vía pública, o los mitines de alguna agrupación política con miras a captar adeptos que los respalden en las elecciones, etc.

El propio Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, interpretó que la Constitución impide el ejercicio de la huelga a los funcionarios de cargo de confianza, con poder de decisión o de dirección, no por razones discriminatorias, sino por razones especiales (basados en la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad), la función pública que realizan no es cualquiera, sino que estos funcionarios manejan información sumamente importante perteneciente al Estado, o tienen a su cargo una institución que ante su negativa a seguir laborando puede producir serios daños, no sólo a su superior o entidad estatal en la que labora, sino a toda la sociedad en su conjunto, por lo que corresponde a la Constitución dar prioridad a un derecho superior al derecho a la huelga de estos funcionarios.

El delito de extorsión es un delito que, afecta gravemente a la sociedad y se encuentra íntimamente vinculado con el crimen organizado. Así tenemos que, la extorsión se define como el ejercicio de la violencia o la intimidación a una persona para obligarla a otorgar al sujeto activo una ventaja económica indebida.



Así para Soler, la disposición patrimonial es tomada con voluntad viciada; en un caso por intimidación o coacción, en el otro por error⁴.

En ese orden de ideas, por la especial característica del cargo que tiene un funcionario con poder de decisión, confianza y de dirección, ésta le crea una ventaja frente al empleador público, pues dicho funcionario tiene acceso a información secreta de la institución o su intervención es imprescindible para el normal desenvolvimiento de la entidad estatal, en consecuencia, ante la participación de una huelga puede amenazar al empleador que, puede divulgar aquella información a otros en su perjuicio, a cambio de una ventaja económica que no le es debida, toda vez que, su participación en la huelga es ilegal y, por sobre todo, inconstitucional⁵. Consecuentemente, lo que se reprime no es la huelga sino la extorsión que de ella se deriva en los casos de la participación de funcionarios de confianza, de decisión y dirección.

9.4 El artículo 1º del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 244º inciso 2. del Código de Procedimientos Penales no vulnera el derecho a la defensa.

El demandante señala que, el artículo 1º del Decreto Legislativo 983 en el extremo que modifica el artículo 244º del Código de Procedimientos Penales, que regula el procedimiento a seguir en el examen del acusado, deviene en inconstitucional, pues en su inciso 2º que trata sobre el orden del interrogatorio al acusado, existe una supuesta violación al derecho de defensa consagrado en su inciso 14 del artículo 139º de la Constitución.



⁴ PAREDES INFANZÓN, Jelio. Delitos Contra el Patrimonio. 2ª edición. Gaceta Jurídica. Lima. 2000. p. 267.

⁵ En ese sentido la Jurisprudencia ha señalado que, "el delito de extorsión supone la existencia de elementos objetivos o de hechos constituidos por la amenaza de la publicación, denuncia o revelación del hecho, cuya divulgación puede perjudicar a la víctima del chantaje, o a un tercero con quien esté estrechamente vinculada; y por el sacrificio pecuniario que hiciere o hubiere estado en peligro de hacer; y de elementos subjetivos que radican en la intención dolosa de un aprovechamiento indebido de lo que se exige, en recompensa del silencio y en el propósito de la amenaza hecha únicamente en mira a este injusto lucro. La misma infracción supone que los hechos que se amenazan dar a la publicidad sean ocultos, secretos o desconocidos" (Ejecutoria de fecha 8 de octubre de 1928.-A.J. 1928, p. 192). En ese sentido, la amenaza de publicar información secreta, valiosa para la víctima a cambio de una ventaja económica indebida inconstitucionalmente, configura el delito de extorsión.

El demandante alega que, debido a que el nuevo texto del inciso 2 del artículo 244º del Código de Procedimientos Penales establece que, el último en realizar el examen (interrogar) al acusado sea el Director de Debates, y no el abogado defensor, se estaría vulnerando el derecho a la defensa del acusado, pues, de forma parcializada y en perjuicio del acusado el Magistrado podría realizar preguntas que dejen vacíos para la defensa y volviéndose imposible para el abogado defensor interrogar al acusado para aclarar tales puntos, pues su oportunidad habría terminado.

En consecuencia, sostiene que, se estaría vulnerando el principio del contradictorio como expresión del derecho de defensa, pues el acusado ni su abogado defensor tendrían derecho a la y última palabra, es decir su intervención final, cerrando el debate.

La interpretación que hace el demandante de la normas contenidas en los Decretos Legislativos no corresponden a una interpretación sistemática del Derecho, que responde a la idea de que el Derecho está compuesto de un conjunto de normas sujetas todas a la Constitución Política que nos gobierna⁶.

En ese orden de ideas se puede citar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° que sostiene en cuanto al derecho a la defensa, *"Se señala que el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos"*



En ese sentido, el Tribunal Constitucional, estableció que ni siquiera las normas de la misma Constitución pueden interpretarse de forma aislada, así nos señala lo siguiente: *"Pues bien, resulta evidente que luego de la lectura aislada de alguna de estas disposiciones (de la Constitución), se llegará a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca ha sido ni será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada. Es indiscutible que esta es una lectura más sencilla; sí, tan sencilla como ilegítima"* (El sombreado es nuestro). Véase en Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 05854-2005-AA/TC, fundamento 16.

procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés".

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal, el derecho a la defensa se materializa, siempre que el imputado tenga la oportunidad dentro del proceso judicial, en este caso el penal, para enfrentar cualquier elemento que se dirija contra su situación jurídica de inocencia, pudiendo contradecir, entonces, los actos procesales que realice la otra parte. Para ello, se debe verificar si dicha oportunidad del acusado fue vetado con la modificación o si dicha oportunidad permanece.

En principio, se debe entender que, los Jueces no son parte en proceso penal. El Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: *"Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo"*. De acuerdo a lo señalado, la intervención de los Magistrados no puede constituir en ningún caso un acto parcial hacia alguna de las partes. En ese orden de ideas, el Magistrado no podría interrogar al acusado de tal manera que, busque su inocencia o su culpabilidad. El interrogatorio que hagan deberá estar desprovisto de toda parcialidad, de lo contrario estaríamos frente a un acto judicial atentatorio contra el derecho a un juez imparcial y, por lo tanto, al debido proceso. Corresponde, entonces, que los Magistrados, en cada caso concreto, deban medir sus preguntas de tal manera que no revistan una clara intención de parcialidad, tanto para el lado del Fiscal como para el lado del mismo acusado.



Por lo tanto, debido al derecho a un juez imparcial (derecho que debe tenerse presente al momento de aplicar la presente norma en cuestión), el acusado ejerce su derecho a la defensa y al principio del contradictorio,

procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés “.

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal, el derecho a la defensa se materializa, siempre que el imputado tenga la oportunidad dentro del proceso judicial, en este caso el penal, para enfrentar cualquier elemento que se dirija contra su situación jurídica de inocencia, pudiendo contradecir, entonces, los actos procesales que realice la otra parte. Para ello, se debe verificar si dicha oportunidad del acusado fue vetado con la modificación o si dicha oportunidad permanece.

En principio, se debe entender que, los Jueces no son parte en proceso penal. El Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: **“Desde esta perspectiva, el derecho a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo”**. De acuerdo a lo señalado, la intervención de los Magistrados no puede constituir en ningún caso un acto parcial hacia alguna de las partes. En ese orden de ideas, el Magistrado no podría interrogar al acusado de tal manera que, busque su inocencia o su culpabilidad. El interrogatorio que hagan deberá estar desprovisto de toda parcialidad, de lo contrario estaríamos frente a un acto judicial atentatorio contra el derecho a un juez imparcial y, por lo tanto, al debido proceso. Corresponde, entonces, que los Magistrados, en cada caso concreto, deban medir sus preguntas de tal manera que no revistan una clara intención de parcialidad, tanto para el lado del Fiscal como para el lado del mismo acusado.



Por lo tanto, debido al derecho a un juez imparcial (derecho que debe tenerse presente al momento de aplicar la presente norma en cuestión), el acusado ejerce su derecho a la defensa y al principio del contradictorio,

pues a quien debe contradecir es al Fiscal y a la Parte Civil, pues son la parte⁷ del proceso de la que emanan los actos procesales dirigidos a acusar al inculpado⁸. Entonces, la modificación realizada por el Decreto Legislativo N° 983 entiende y enfatiza la clara delimitación de las funciones que le corresponde a cada interviniente en el proceso penal.

El nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 386°, estipula que, "**Concluido el examen del acusado**, la discusión final se desarrollará en el siguiente orden: a) Exposición oral del Fiscal; b) Alegatos de los abogados del actor civil y del tercero civil; c) Alegatos del abogado defensor del acusado; d) **Autodefensa del acusado**". Como se puede apreciar el Nuevo Código Adjetivo, tiene en claro que, al finalizar el juicio oral, el último que tiene el derecho a la palabra es el acusado para que haga uso de su derecho a la autodefensa. Por lo tanto, la interpretación que se debe hacer de la normatividad nunca puede hacerse de forma aislada, sino integral.

En consecuencia, el artículo 1º del Decreto Legislativo 983 en el extremo que modifica el artículo 244º del Código de Procedimientos Penales, que regula el procedimiento a seguir en el examen del acusado se condice con el derecho constitucional a la defensa consagrada en el inciso 14 del artículo 139º de la Constitución, toda vez que el acusado no se ve privado del ejercicio de su derecho a la defensa en ningún estado del proceso.

9.5 La modificación al artículo 137 del Código Procesal Penal no vulnera garantías constitucionales ni afecta derechos fundamentales.

El demandante sostiene que el artículo 2º del Decreto Legislativo 983 es inconstitucional cuando establece un nuevo supuesto para prolongar la detención judicial preventiva hasta de 36 meses, porque vulnera los



⁷ No decimos "*partes*" puesto que ambos integran una misma parte o posición, a saber, la que se encarga de acusar.

⁸ Así la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 983, explicó que, la modificación del orden en que se deberá efectuar el examen del acusado permitirá la verificación del principio contradictorio, que inspira el juicio oral, en el desarrollo de la audiencia (Exposición de Motivos 1, punto 6).

principios reconocidos por la Constitución y están referidos al principio de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas.

La prolongación de la detención excepcionalmente por un plazo superior, está prevista siempre que concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el imputado pueda sustraerse de la investigación judicial o perturbar la actividad probatoria, tal como se ha señalado en la Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 983 cuando se refiere a la modificación del artículo 137° del Código Procesal Penal cuando refiere que se ha introducido **una causal genérica y objetiva relacionada con el juzgamiento de presuntos integrantes de una organización criminal, la cual- por su estructura, clandestinidad y envergadura – hace más compleja y prolongada la actividad probatoria teniendo vocación perturbatoria de la misma. A fin de evitar un abuso de esta autorización excepcional se ha creído necesario acotar el número de presuntos integrantes de la organización criminal. La complejidad y peligrosidad de estos grupos delictivos justifica plenamente la ampliación a treinta y seis (36) meses de duración de la detención y que podrían ampliarse en atención a la subsistencia de riesgo procesal por un plazo igual.**

Es importante tener presente en este sentido que tal como también se ha señalado en la Exposición de motivos de este dispositivo legal, la lucha contra la criminalidad organizada requiere de medidas procesales prontas y efectivas que permitan asegurar la investigación y juzgamiento de los delitos altamente nocivos para la sociedad, y que por tratarse de organizaciones criminales profesionales, con recursos económicos y ventajas tecnológicas, hacen uso de todo su poderío económico para evadir o perturbar la acción de la justicia.



Es por ello que la determinación del plazo razonable de detención no puede tomar en consideración únicamente la presunción de inocencia y

el derecho a la libertad del procesado, sino que la constitucionalidad de la prisión provisional encierra el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, como una manifestación negativa del derecho a la libertad personal.

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado en este sentido en la sentencia recaída en el Exp. 1175-2006 -PHC/TC Lima donde señala que **“La prolongación del plazo de la detención no vulnera el derecho al plazo razonable de la detención, cuando se imputan la comisión de hechos a través de una organización criminal internacional con ramificaciones internacionales, estructura en compartimentos estancos, división de funciones y con un poder para encubrir el accionar que hacen en este caso dificultosa la actividad del Estado para el debido esclarecimiento de los hechos y la eventual y efectiva sanción para los que resulten responsables, lo que comporta un grave peligro para la soberanía nacional, la estabilidad del sistema democrático, la seguridad ciudadana y la sociedad general”**.⁹

Se debe recordar que en toda sociedad democrática ningún derecho fundamental es absoluto, sino que tiene limitaciones en su ejercicio; y es precisamente la detención preventiva una de esas limitaciones legítimas dentro del proceso penal, el mismo que establece los presupuestos que lo rigen a fin de evitar vulneraciones a derechos fundamentales referidos a la libertad personal, los que en todo caso se pueden hacer valer a través del proceso constitucional de Habeas Corpus. En consecuencia la modificación al artículo 137° del Código Procesal Penal no vulnera dispositivo constitucional ni derecho fundamental alguno.



⁹ Ver también STC Exp. N° 2042-2003-HC/TC- Lima, STC Exp. N° 1917-2006-HC/TC- Lima, STC Exp. N° 7624-2005-HC/TC- Lima

9.6 La ampliación de los alcances de la definición de flagrante delito contemplados en el artículo 3° del Decreto Legislativo 983 que modifica el artículo 259° del Nuevo Código Procesal Penal no afecta derechos fundamentales.

El demandante señala que con la ampliación del plazo de la flagrancia se está vulnerando el derecho a la libertad y seguridad personales, reconocidos por el artículo 2° inciso 24) de la Constitución.

Tal como se ha señalado anteriormente, en una sociedad democrática con un Estado de Derecho no existen derechos absolutos, y en el presente caso, tratándose de la lucha contra la criminalidad organizada en sus diferentes manifestaciones se hace necesario contar con los mecanismos legales que garanticen el accionar efectivo y oportuno de las fuerzas del orden las mismas que de acuerdo a lo informado presentaban múltiples problemas operativos para proceder a la detención en flagrancia, y que tal como se describe en la Exposición de Motivos de esta norma, se hacía necesario **"..dictar una norma de desarrollo, respecto al precepto constitucional. Dicha norma debe explicitar el concepto jurídico de flagrancia acorde a los avances tecnológicos y a las necesidades de satisfacer el natural resarcimiento a favor de la víctima y la sociedad..."**

Dentro de este desarrollo señala los presupuestos en que se presenta la flagrancia señalando que ésta se produce "cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de éste y, es encontrado dentro de las veinticuatro horas de producido el hecho punible, y b) Es encontrado dentro de las veinticuatro horas después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquél, o que hubieran



4016095

sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indican su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso.

Al respecto, el Profesor Arsenio Oré Guardia señala que, "la definición de flagrancia es un tema que aún se mantiene en debate. De esta manera suele distinguirse 3 supuestos:

- a) **Flagrancia estricta:** Cuando el sujeto es sorprendido en el mismo acto de estar ejecutando el delito.
- b) **Cuasiflagrancia:** Cuando ya se ha ejecutado el delito, pero es detenido poco después ya que no se le perdió de vista desde entonces,
- c) **Presunción de flagrancia:** Cuando sólo hay indicios razonables que permiten pensar que es el autor del delito".¹⁰

Asimismo el Tribunal Constitucional en diferentes sentencias ha manifestado diferentes posiciones respecto a los elementos de la flagrancia referidos a la inmediatez temporal e inmediatez personal, siendo de resaltar el contenido en la STC 3766-2004-HC/TC en el que admitió que para que se configure la flagrancia se podría presentar cualquiera de los dos supuestos; con lo que se puede concluir que al haberse precisado los alcances de la flagrancia no se está vulnerado principio constitucional alguno como se pretende.

9.6 El artículo Único del Decreto Legislativo del Decreto Legislativo 988 en la parte que modifica el artículo 2º de la Ley 27379.

El demandante sostiene que, el artículo único del Decreto Legislativo 988 que modifica el artículo 2º de la Ley N° 27379, Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares, es inconstitucional porque restringe la posibilidad de comunicación del detenido en la investigación fiscal preliminar, vulnerando el literal g) del inciso 24 del



¹⁰ Oré Guardia, Arsenio "Informe acerca de los decretos legislativos expedidos al amparo de la Ley 29009" en www.cal.org.pe.

artículo 2º de la Constitución Política del Estado (derecho a no ser incomunicado), el derecho a la libertad individual, por restringir la comunicación al imputado. Asimismo, afirma que, es inconstitucional porque no menciona los supuestos ante los que se puede disponer dicha medida, y porque no se precisa la necesidad de motivar la resolución que ordena la incomunicación.

En principio, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, los derechos fundamentales, si bien son necesarios en un Estado de Constitucional de Derecho, no revisten una protección absoluta, sino que deben ceder ante un derecho que ante el caso concreto deviene en superior, por lo que la legislación puede vulnerar aquellos derechos constitucionales.

Así se tiene que, el literal g) del inciso 24 del artículo 2º de la Constitución, establece que, "nadie puede ser incomunicado **sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito** en la forma y por el tiempo previstos por la Ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida". Así tenemos que, la libertad individual a la comunicación de una persona puede ser restringido, pero no en cualquier caso, sólo, como menciona la modificatoria, en casos de "estricta necesidad y urgencia" y cuando "resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados". Lo que vemos es que, la norma ha desarrollado lo estipulado por la Constitución, estableciendo a esta medida como una medida excepcional, y con un plazo prudente máximo de diez días. Ahora bien, la persecución penal del Estado y el logro de la consolidación del Estado Constitucional de Derecho, es un valor superior que debe sobreponerse al de la libertad individual, pero no anularla, y sólo en la forma y tiempo previstos por la Ley, tal como lo señala el literal b), inciso 24 del artículo 2º de la Constitución¹¹.



97

En cuanto a la forma, el Fiscal Provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, solicita al Juez Penal que el imputado sea incomunicado, la resolución que lo concede, según el inciso 5 del artículo 139º de la Constitución Política, deberá ser debidamente motivada y por escrito, pues no nos encontramos ante un decreto de mero trámite. Por lo que, a diferencia de lo afirmado por el demandante, de ninguna manera puede entenderse que una medida limitativa de derechos como la incomunicación podría ser inmotivada, por el solo hecho que la norma no lo dice.

En cuanto al tiempo, la norma señala un plazo máximo de 10 días, otorgándole al Juez penal que, para el caso concreto pueda decidirse por un plazo menor o igual. Primero que, el legislador fue sabio al no haber señalado un plazo determinado para cada supuesto, pues cada caso es singular, y ante un mismo supuesto, podría decidirse un plazo distinto, que sea más justo, por lo que la medida excepcional es una medida flexible, la cual siempre se deberá interpretar a favor del imputado.

Por otra parte, la modificatoria al hablar de que la medida se aplicará sólo en los casos en que sea "indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados", pone barreras al uso de la medida limitativa, la cual sólo procederá cuando no su incomunicación con agentes externos sea la única manera para que la investigación preliminar pueda desarrollarse de forma normal con el fin de que se pueda esclarecer el hecho delictivo, lo cual se presenta con mayor incidencia, en los casos de crimen organizado, por el cual, el inculcado se comunica con sus secuaces para informar sobre la investigación del Fiscal y borre todo indicio que pruebe la comisión del delito.



¹¹ Artículo 2º inciso 24 literal b: "No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la Ley".

Asimismo, como lo mencionara el demandante, citando al Tribunal Constitucional, la medición de lo indispensable de la medida no puede ser cualquiera, sino que debe surgir de criterios objetivos y razonables, que la vuelven una medida necesaria en el proceso penal.

De su lado, la modificatoria no incomunica totalmente al imputado, sino que, de acuerdo al último párrafo de la norma, no existe impedimento alguno para que el imputado se entreviste en privado con su abogado defensor, la que no requiere autorización previa ni podrá ser prohibida. En consecuencia, la normatividad ha tratado de limitar el derecho a la libertad individual lo menos posible, consagrando el derecho a la defensa a la que no puede ser restringido en ningún momento, ni siquiera cuando está incomunicado.

Finalmente, no existe imposibilidad alguna para que, el incomunicado pueda acceder a libros, diarios, revistas y escuchar noticias de libre circulación y difusión, por lo que la aseveración hecha por el demandante respecto a este impedimento no tiene fundamento alguno, pues la norma lo permitiría, siempre que no afecte el esclarecimiento de los hechos.

En consecuencia, la modificatoria contenida en este artículo guarda conformidad con los derechos y valores constitucionales.

9.7 El artículo 1° del Decreto Legislativo 989 que modifica el artículo 1° de la Ley 27934, no afecta derechos fundamentales.

Al respecto debo de mencionar que las modificaciones a este Decreto Legislativo buscan sancionar al elemento nocivo debidamente comprobado a través del órgano jurisdiccional; "(...) nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material) pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente



definidas por la misma (aspecto formal)".El ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por Ley. Por otro lado debo de manifestar que la Constitución de 1993 establece que la Policía Nacional cumple un rol importante en la protección del orden interno, cuya fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado, previene, investiga y combate la delincuencia, autorizada por atribución constitucional el intervenir a las personas en prevención de la delincuencia y al mantenimiento del orden interno, en la medida estrictamente proporcional a los objetivos que se desean alcanzar, inclusive proceder a la detención sin que exista orden judicial o flagrante delito, justificándose en estos casos que las autoridades policiales actuaron en cumplimiento de la función preventiva de la delincuencia, en aplicación del artículo 166° de la Constitución Política del Estado **"La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras. que se encuentra prevista en el artículo 166° de la Constitución"**.

De esta manera la facultad de la Policía Nacional se encuentra prevista legalmente; caso contrario las personas afectadas, las personas afectadas en su derecho a la libertad personal pueden presentar una demanda de hábeas corpus a efectos de garantizar su derecho afectado. El Nuevo Código Procesal Penal en concordancia con lo que establece la Constitución Política del Estado atribuye al Ministerio Público la titularidad de la acción penal y una responsabilidad determinante para controlar los excesos que pudieran darse en los actos que la policía realice.



219

10. Por todo lo manifestado en los puntos precedentes corresponde al Tribunal Constitucional examinar las normas impugnadas con el fin de verificar si guardan conformidad formal y material con la norma suprema del Estado, la Constitución. Dicho examen no sólo está referido a si la norma cumplió con todos los requisitos formales para su dación (procedimiento legislativo, materia no reservada a otra norma y expedición por órgano competente) establecidos en la Constitución, a efectos de que su entrada al ordenamiento jurídico produzca todos los efectos propios del rango normativo al que pertenece, sino también está referido a la concordancia que debe existir entre el contenido de la norma legal con el contenido de la Constitución, es decir, con los principios, valores y normas que consagra (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional); y atendiendo a que las normas impugnadas no vulneran derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado, la demanda debe deviene en INFUNDADA.

POR TANTO:

A Usted, Señor Presidente del Tribunal Constitucional, solicito tener presente lo expuesto y proveer conforme a ley declarando, en forma alternativa, **inadmisible o infundada** la demanda interpuesta.

OTROSÍ DIGO: Se adjunta como Anexos:

- 1-A: Copia del Documento Nacional de identidad de la recurrente.
- 1-B: Copia de la Resolución Suprema N° 212-2005-JUS.
- 1-C: Copia de la Resolución del Consejo de Defensa Judicial del Estado N° 017-2008-JUS/CDJE-P.

Lima, 30 de octubre de 2008.



L. Lourdes Rivera Santander
LOURDES RIVERA SANTANDER MEDINA
Procuradora Pública del
Ministerio de Justicia
C.A.L. N° 11411