
INFORME

**ANÁLISIS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS
PROMULGADOS AL AMPARO
DE LAS FACULTADES OTORGADAS
POR LA LEY N° 29009**

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

- I. **COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO**
- II. **LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS AL AMPARO DE LA LEY N° 29009 EN EL MARCO DE UNA PERSPECTIVA INTEGRAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA**
 1. **La delincuencia organizada como problema de seguridad ciudadana en el Perú**
 2. **La política criminal como elemento central de una política de seguridad ciudadana**
 - 2.1 **Necesidad de un enfoque integral para afrontar la criminalidad organizada**
 - 2.2 **La política criminal en el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana**
 - 2.3 **Hacia una política de seguridad ciudadana que vaya más allá del crimen organizado y el pandillaje pernicioso**
- III. **ANÁLISIS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS**
 1. **Consideraciones previas**
 2. **Compatibilidad de los Decretos Legislativos con la Constitución y la Ley autoritativa N° 29009**
 3. **Aspectos relevantes**
 - 3.1. **Sanción penal a funcionarios por participar en huelgas**
 - 3.1.1 **El artículo 42° de la Constitución de 1993**
 - 3.1.2 **La sanción contenida en el Decreto Legislativo N° 982**
 - 3.1.3 **Inconstitucionalidad de la sanción contenida en el Decreto Legislativo N° 982**
 - 3.2. **Exención de responsabilidad penal de miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional**
 - 3.2.1 **Reforma innecesaria del Código Penal**

3.8 Proceso de pérdida de dominio

3.8.1 Consideraciones previas

3.8.2 Inconstitucionalidad del proceso en relación con los límites de la materia delegada por el Congreso

3.8.3 Posibles problemas de interpretación del proceso de pérdida de dominio en relación con el artículo 70° de la Constitución

IV. CONCLUSIONES

V. RECOMENDACIONES

ANEXO 1 : Cuadro de reformas legales contenidas en los Decretos Legislativos dictados al amparo de la Ley N° 29009



PRESENTACIÓN

En atención a las competencias que le han sido asignadas en el artículo 162º de la Constitución, relacionadas con la protección de derechos fundamentales, la Defensoría del Pueblo ha estado particularmente atenta al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, tanto en la etapa de determinación de las conductas punibles y de las penas aplicables, como en el momento en que los operadores del sistema penal (jueces, fiscales, policías) ejecutan las normas que lo conforman.

Así, a lo largo de estos años hemos formulado puntuales observaciones y recomendaciones sobre dicho ejercicio, como las contenidas en el Informe N° 9 “Análisis de los Decretos Legislativos sobre Seguridad Nacional dictados al amparo de la Ley N° 26950”.

En esta perspectiva, la Defensoría del Pueblo ha realizado un análisis de los decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo al amparo de la delegación de facultades de la Ley N° 29009. En él presentamos aportes para un tratamiento integral de la criminalidad organizada, en el marco de las normas constitucionales propias de un Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales, en concordancia con las garantías contenidas en los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano.

El presente informe contiene una descripción inicial del marco conceptual de la delincuencia organizada y la política criminal. Luego se analizan aspectos específicos de la nueva legislación, incluyendo consideraciones sobre la ley autoritativa y la compatibilidad de algunos decretos legislativos con la Constitución. Finalmente, al amparo de nuestro mandato constitucional formulamos recomendaciones a las diversas instituciones del Estado involucradas en la problemática.

Para la Defensoría del Pueblo corresponde al Congreso, a los magistrados del Poder Judicial y demás instituciones, cada una en el marco de sus funciones, evaluar y asumir las recomendaciones que aquí se plantean.

Quiero finalizar esta presentación retomando para la reflexión las palabras de uno de los padres fundadores de los Estados modernos, Tomás Jefferson, quien decía que *“Quien está dispuesto a sacrificar la libertad por la seguridad, no merece ni la seguridad ni la libertad”*. En ese sentido estoy convencida de que nuestra democracia encontrará en el equilibrio entre libertad y seguridad, los caminos para lograr la real convivencia social y el respeto a los derechos humanos, base esencial para el progreso y el desarrollo.

Lima, Agosto de 2007

BEATRIZ MERINO LUCERO
Defensora del Pueblo

INFORME

ANÁLISIS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS PROMULGADOS AL AMPARO DE LAS FACULTADES OTORGADAS POR LA LEY N° 29009¹

I. COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo que tiene como funciones defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos, conforme lo establece el artículo 162° de la Constitución y el artículo 1° de su Ley Orgánica, Ley N° 26520.

En ese sentido, debe tenerse presente que la seguridad ciudadana es un bien jurídicamente protegido por nuestro ordenamiento constitucional, conforme al artículo 44° de la Constitución Política, según el cual el Estado tiene el deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y brindar protección a la población frente a cualquier amenaza contra su seguridad. Se trata de la seguridad de la vida, integridad, libertad y patrimonio, la misma que tiene como responsables a entidades del Estado como la Policía Nacional, el Ministerio Público, el Poder Judicial, las instituciones del sistema penitenciario, así como a los gobiernos regionales y locales, principalmente.

El conjunto de Decretos Legislativos expedidos en virtud de la Ley N° 29009 busca reforzar las capacidades de estas entidades para afrontar las amenazas a la seguridad ciudadana provenientes principalmente del crimen organizado y el llamado pandillaje pernicioso.

Cabe recordar que los problemas relacionados con el crimen organizado no se agotan en cambios normativos, sino que éstos deben acompañarse con mejoras organizativas y de gestión que fortalezcan la capacidad operativa de las entidades del sistema de seguridad ciudadana, y con medidas que aborden directamente las causas sociales de estos problemas.

La Defensoría del Pueblo busca contribuir en el desarrollo de esa labor, necesidad que se hace más urgente si se tiene en consideración que aunque estos decretos contienen aspectos positivos, también presentan aspectos que merecen ser reformados. En el presente Informe se formulan recomendaciones y sugerencias al respecto, conforme al artículo 26° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520.

¹ El presente Informe ha sido elaborado por la Adjuntía para Asuntos Constitucionales con la colaboración del Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios de la Defensoría del Pueblo.

II. LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS AL AMPARO DE LA LEY Nº 29009 EN EL MARCO DE UNA PERSPECTIVA INTEGRAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

1. La delincuencia organizada como problema de seguridad ciudadana en el Perú

La seguridad ciudadana se ha vuelto una de las principales preocupaciones de los peruanos y peruanas. No hay sondeo de opinión donde ésta no aparezca en segundo o tercer lugar, después del desempleo y en ocasiones, la pobreza. Así lo demostró la encuesta de victimización encargada por el Ministerio del Interior en el año 2005², que registra a la seguridad ciudadana como el segundo problema en 5 de las 6 ciudades estudiadas. Incluso en ocasiones aparece en primer lugar, como lo revela una encuesta de Apoyo Opinión y Mercado de enero del 2007 para Lima Metropolitana³, donde el 65% de la población señala a la delincuencia como el principal problema de la ciudad.

Pero no se trata solamente de una sensación de inseguridad mayoritaria, sino de una percepción de que la delincuencia aumenta. Así, un 32% de encuestados en todo el Perú, según CONECTA⁴, afirmaba en julio del 2007 que la inseguridad había aumentado desde julio del 2006. Para Apoyo Opinión y Mercado, esta percepción se corresponde con la del 55% de la población que considera que el control de la delincuencia ha empeorado desde julio del 2006. Esta tendencia viene de años atrás, como puede desprenderse de la mencionada encuesta de victimización encargada por el Ministerio del Interior, que a noviembre del 2005 indicaba que más del 80% de los habitantes de Lima, Arequipa, Iquitos, Huamanga, Cusco y Trujillo, consideraba que la delincuencia había aumentado. Del mismo modo, estudios de IMASEN⁵ desde abril del 2003 hasta febrero del 2007 dan cuenta de una mayoría de encuestados que permanentemente indican que la violencia delincriminal está aumentando.

Debe precisarse que las percepciones no van de la mano con las cifras oficiales de criminalidad. Así por ejemplo, la Policía Nacional⁶ señala que a julio del 2007 en Lima Metropolitana los robos disminuyeron en 12%, los hurtos en 11%, y el número de heridos con arma de fuego en 18%.

Estas diferencias entre percepciones ciudadanas y datos oficiales puede deberse a varios factores. Uno de ellos es la llamada “cifra oculta”, referida a los delitos que no se denuncian, básicamente por considerarse inútil hacerlo, en un análisis práctico de costo-beneficio.

² “Estudio de Victimización en las ciudades de Lima, Arequipa, Cusco, Huamanga, Iquitos y Trujillo” realizado en el año 2005 por Apoyo – Opinión y Mercado para el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana. Disponible en <http://conasec.mininter.gob.pe/banerencuesta.htm>.

³ Reseñada por Carlos Basombrío en el trabajo “Delito e inseguridad ciudadana”. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2007, página 20.

⁴ CONECTA Asociados. “Evaluación del primer año de gobierno de García – Nivel nacional”. Julio del 2007. En: http://www.conectaperu.com/p_index.php?option=com_content&task=view&id=172&Itemid=55&func=fileinfo&filecatid=111&parent=category

⁵ Reseñados por Carlos Basombrío, op. cit., página 23.

⁶ Según nota de “El Comercio” publicada el 5 de agosto del 2007. La misma fuente señala que en el mismo período la captura de requisitorizados se elevó en 159%.

Otro factor es la dimensión mediática de los actos criminales. Delitos como el secuestro, pandillaje pernicioso, la extorsión, los relacionados con el tráfico ilícito de drogas y el terrorismo suelen generar una amplia cobertura periodística. Cuando no tienen una pronta respuesta del Estado, generan una sensación de ineficacia generalizada del sistema.

Más allá de lo noticioso de las acciones del crimen organizado, existe una tendencia internacional al aumento de dicha criminalidad, que incluso tiene dimensiones transnacionales. Así, países con importantes trayectorias en materia de política criminal optaron en primer lugar por la expansión del Derecho Penal como primera reacción⁷.

Ni Latinoamérica en general ni el Perú en especial son ajenos a dicha tendencia. Algunas organizaciones criminales tienen a nuestros países como puntos importantes de sus operaciones criminales. Y si bien éstas no suelen afectar de manera directa y masiva a la ciudadanía, el potencial corruptor que despliegan para dar cobertura a sus operaciones contribuye a la degradación de las funciones públicas en cuanto entran en contacto con ellas.

Así por ejemplo, es conocida la fuerza corruptora de las organizaciones de tráfico ilícito de drogas. Desde el recordado caso “Villa Coca”, en la primera mitad de la década de los 80, cuando se descubrió que oficiales policiales eran cómplices de una organización criminal dedicada al narcotráfico, hasta el muy reciente de la comisaría de Apolo (La Victoria, Lima), donde se descubrió *in fraganti* a personal policial en tratos con microcomercializadores.

En general, puede afirmarse que el potencial corruptor de esas organizaciones criminales no distingue entre instituciones, pudiéndose conocer denuncias al respecto contra magistrados, alcaldes, periodistas, entre otros. Por ello se justifica la preocupación estatal por afrontarlas de manera efectiva.

2. La política criminal como elemento central de una política de seguridad ciudadana

2.1 Necesidad de un enfoque integral para afrontar la criminalidad organizada

Responder al reto que la criminalidad organizada le plantea al Estado y a la sociedad requiere, como otros problemas de seguridad ciudadana, un enfoque integral, lo cual supone atender a que *“el desempeño de cada actor institucional con responsabilidades en el tema sólo es relevante para el cambio de la realidad en la medida en que se entienda relacionado con los desempeños de los demás actores relevantes”*⁸.

Si bien las medidas legislativas pueden agilizar procedimientos y ampliar facultades para la actuación de los agentes respectivos, su efectividad

⁷ Zúñiga, Laura. Política criminal. Editorial COLEX. Madrid, 2001, p.271.

⁸ Defensoría del Pueblo. Hacia un sistema de seguridad ciudadana. Lineamientos de trabajo. Lima, 2006, ps .17-18.

dependerá de mecanismos complementarios para aprovechar adecuadamente estos procedimientos y facultades. Por ejemplo, si el legislador plantea reformas en la legislación penitenciaria, debe asegurarse la existencia de condiciones materiales y personales para su implementación. Igualmente, medidas legislativas cuya consecuencia será un aumento de la cantidad de personas privadas de libertad, ya sea por la mayor efectividad de la investigación, la mayor celeridad en los procesos o el mayor tiempo en prisión, deben acompañarse de la creación de más centros penitenciarios, una mejor diferenciación de los tratamientos penitenciarios y un eficaz funcionamiento de las juntas de asistencia post penitenciarias. De lo contrario, los problemas no se resolverán o se generarán otros de igual o mayor gravedad.

Sólo afrontando integralmente los problemas de criminalidad se podrán obtener los resultados que lleven a reducir la mencionada sensación de ineficacia del sistema. Estos resultados pueden sintetizarse en evitar que los delitos ocurran, es decir, prevenirlos en la mayor medida posible. Para ello ha de plantearse una política criminal con objetivos verificables, estrategias adecuadas y mecanismos eficaces.

2.2 La política criminal en el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana

Una política criminal debe orientarse a suprimir las causas de la criminalidad, fortalecer los mecanismos institucionales que tienen que responder ante la delincuencia y procurar la efectiva resocialización del delincuente. Una vez fijados los objetivos específicos en cada nivel de intervención se deben orientar las actividades de las diferentes entidades estatales hacia su logro.

La planificación concertada exigida en el diseño del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana – instituido en la Ley N° 27933, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 12 de febrero del 2003 – debería, en su más alto nivel, seguir los objetivos nacionales planteados en materia de política criminal del Estado. Por su parte, el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana debería ser uno de los más importantes espacios de deliberación para precisarlos y definirlos, teniendo en cuenta que tiene por funciones legales, conforme el artículo 9° de la Ley N° 27933, establecer las políticas y el Plan Nacional de Seguridad Ciudadana, así como evaluar su ejecución.

Cabe recordar que en el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana participan todos los integrantes estatales del sistema penal:

- La Policía Nacional del Perú.
- El Ministerio Público.
- El Poder Judicial.
- El Instituto Nacional Penitenciario.

Además, participan directamente los ministerios cuyos sectores son relevantes para el diseño de una política integral:

- El Ministerio del Interior.
- El Ministerio de Justicia.

- El Ministerio de Educación.
- El Ministerio de Salud.
- El Ministerio de Economía y Finanzas.

También participan la Defensoría del Pueblo, dos representantes de los gobiernos regionales, así como los dos gobiernos provinciales con mayor población. Por parte de organizaciones sociales, se ha incorporado a representantes de las empresas privadas de seguridad.

Por estas consideraciones, el diseño de políticas para afrontar la criminalidad organizada y el pandillaje pernicioso requiere de la participación del Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana (CONASEC), no para reemplazar a los órganos competentes para proponer y decidir sobre las medidas a tomar, sino para enriquecerlas con los criterios intersectoriales propios de este espacio. Esto evitaría posteriores cuestionamientos de las políticas que se adopten y aseguraría compromisos para la aplicación adecuada de las medidas normativas, como por ejemplo, la capacitación de los policías y magistrados sobre las reformas legales que se adopten.

2.3 Hacia una política de seguridad ciudadana que vaya más allá del crimen organizado y el pandillaje pernicioso

La exigencia ciudadana por hacer frente a la criminalidad organizada y el pandillaje pernicioso, no debe llevar a descuidar otros problemas de seguridad ciudadana, que afectan en mayor proporción a la ciudadanía.

Así, es preciso resaltar que los miembros de los comités locales y regionales de seguridad ciudadana pueden dar fe de que la violencia familiar viene siendo una de las principales fuentes de problemas de inseguridad en el país, al generar lógicas de tolerancia al uso de la violencia. De igual modo, las serias deficiencias en la institucionalidad estatal en el mundo rural peruano generan inseguridad ante el abigeato y los tráficos ilícitos (de drogas, de madera producto de tala ilegal, ente otros) para cerca de un tercio de la población peruana. De manera similar, la aún incipiente respuesta a las faltas resulta muy insuficiente para afrontar este problema, generadora de una alta percepción de impunidad e incapacidad del Estado para atender a los ciudadanos en su vida cotidiana. Se trata de aspectos que no vienen siendo afrontados de manera integral y que no fueron materia de delegación de facultades legislativas; pero que deberían, junto con la criminalidad organizada, ocupar los primeros lugares en el diseño de las políticas nacionales de seguridad ciudadana.

Para la Defensoría del Pueblo, si se atienden seriamente esos problemas, de manera intersectorial y coordinada, pueden iniciarse procesos para que tanto los indicadores como las percepciones de inseguridad empiecen a descender y podría empezar a generarse una población segura en su vida cotidiana, que estará mucho más dispuesta a confiar en el conjunto de la institucionalidad estatal, la que entonces contará con el respaldo ciudadano indispensable para responder de manera sostenible a los desafíos que le plantea la criminalidad organizada.

III. ANÁLISIS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

1. Consideraciones previas

El 21 de abril del 2007, a través del Proyecto de Ley N° 1237/2007-PE, el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la República facultades para legislar en materia de crimen organizado.

Este proyecto se convirtió en la Ley N° 29009, publicada el 28 de abril en el Diario Oficial “El Peruano”, que otorgó facultades hasta por 60 días al 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 adoptar e implementar una estrategia integral para combatir eficazmente los citados delitos”*.

Al amparo de esta ley, el 22 de julio del 2007 se publicaron en el diario oficial “El Peruano” once (11) decretos legislativos⁹, descritos en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1

	N° de Decreto Legislativo	Sumilla
1	Decreto Legislativo N° 982	Modifica el Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635.
2	Decreto Legislativo N° 983	Modifica el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal y el Nuevo Código Procesal Penal.
3	Decreto Legislativo N° 984	Modifica el Código de Ejecución Penal, Decreto Legislativo N° 654.
4	Decreto Legislativo N° 985	<ul style="list-style-type: none">- Modifica el Decreto Ley N° 25475, que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la Investigación, la Instrucción y el Juicio- Modifica el Decreto Legislativo N° 923, que fortalece organizacional y funcionalmente la Defensa del Estado en delitos de terrorismo.- Modifica el Decreto Legislativo N° 927, que regula la ejecución penal en materia de delitos de terrorismo.
5	Decreto Legislativo N° 986	Modifica la Ley N° 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos.
6	Decreto Legislativo N° 987	Modifica la Ley N° 27378, que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la Criminalidad Organizada.

⁹ Con fecha 2 de agosto del presente año se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” una Fe de Erratas a los Decretos Legislativos N° 982 (artículo 2°, en la parte referida a los artículos 195°, 296°, 296°-A y 317° del Código Penal), N° 983 (artículo 1°, en la parte referida a los artículos 251° y 263° del Código de Procedimientos Penales; y artículo 3°, en la parte referida a los artículos 24°, 319° y 523° del Nuevo Código Procesal Penal), N° 985 (artículo 1°, en la parte referida al inciso b del artículo 3° y al artículo 4° del Decreto Ley N° 25475) y N° 992 (artículo 12°).

	Nº de Decreto Legislativo	Sumilla
7	Decreto Legislativo N° 988	Modifica la Ley N° 27379, que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares.
8	Decreto Legislativo N° 989	Modifica la Ley N° 27934, que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito.
9	Decreto Legislativo N° 990	Modifica la Ley N° 27377, Código de los Niños y Adolescentes referente al pandillaje pernicioso.
10	Decreto Legislativo N° 991	Modifica la Ley N° 27697, que otorga facultad al fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional.
11	Decreto Legislativo N° 992	Regula el proceso de pérdida de dominio.

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Estos decretos legislativos dictados al amparo de la Ley N° 29009 contemplan normas relacionadas con las etapas de investigación, procesamiento y sanción del crimen organizado. En suma, se mejoran las capacidades de la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial, en orden a combatir la criminalidad organizada, la captura y sanción de delincuentes, así como la desarticulación o debilitamiento de algunas de sus organizaciones.

Sin embargo, la Defensoría del Pueblo advierte que las normas legales por sí solas no impiden la tendencia al aumento y sofisticación de la criminalidad organizada, siendo necesario adoptar otras medidas para afrontar las causas de la delincuencia. Por lo tanto, a pesar de los puntuales resultados que la aplicación de estas normas pueda mostrar, resulta dudoso que incidan en un descenso de la percepción mediática de inseguridad ciudadana, si es que no se atiende a la capacidad operativa de los operadores estatales o si no se previenen las causas de la criminalidad organizada.

De otro lado, a fin de garantizar la correcta aplicación de los decretos legislativos, la Defensoría del Pueblo considera importante que todos los funcionarios cuya labor se relaciona con la lucha contra el crimen organizado tomen en consideración la definición que sobre grupo delictivo organizado se encuentra en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (Convención de Palermo), ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo N° 88-2001-RE, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 20 de noviembre del año 2001 y vigente desde el 29 de setiembre del año 2003.

De acuerdo con este tratado, se entiende por grupo delictivo organizado a todo grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves (delito punible con mínimo de 4 años de pena privativa de libertad), con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Una definición de este tipo debe permitir a los jueces, fiscales, policías y otros funcionarios contar con mejores elementos para realizar su labor, por tratarse de un criterio de interpretación internacionalmente aceptado, a fin de evitar excesos en la aplicación de los decretos legislativos, así como para precisar aspectos concretos de los mismos.

2. Compatibilidad de los Decretos Legislativos con la Constitución y la Ley autoritativa Nº 29009

De conformidad con el artículo 104º 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 determinado establecidos en la ley autoritativa”*.

En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha precisado lo siguiente respecto a los decretos legislativos¹⁰:

- Estas normas tienen 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.
- 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.
- Si una ley autoritativa delega una materia permitida por la Constitución pero el decreto legislativo se excede y regula una materia no delegada, se configura un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104º de la Constitución.

Una vez expedido un decreto legislativo, el Ejecutivo tiene que dar cuenta del mismo al Congreso de la República. De acuerdo al artículo 90º del Reglamento del Congreso, la Comisión de Constitución y Reglamento - o la que señale la ley autoritativa - realiza un estudio de estas normas. Si el decreto legislativo contraviene la Constitución Política o excede el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso, recomienda su derogación o modificación para subsanar el exceso o la contravención.

Adicionalmente a este mecanismo de control político, también existe la posibilidad de impugnar los decretos legislativos a través del proceso de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 200º, inciso 4º, de la Constitución. La demanda de inconstitucionalidad puede estar fundamentada en razones de forma y/o fondo.

Para la Defensoría del Pueblo, la revisión por parte del Congreso de la República de los decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo resulta una vía adecuada para la derogatoria o modificación de aquellos que

¹⁰ Sentencia del expediente 047-2004-AI/TC, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 13 de mayo del 2006.

contengan normas contrarias a la Constitución o que han excedido el marco de delegación de facultades. La vía de la demanda de inconstitucionalidad debe ser una medida excepcional.

De un análisis de los decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo, la Defensoría del Pueblo considera que los siguientes decretos contienen materias delegadas al Ejecutivo pero cuyo contenido es contrario a la Constitución:

- Decreto Legislativo 983, artículo 3º, y Decreto Legislativo 989, artículo 1º, en la parte que reforman el artículo 259º del nuevo Código Procesal Penal y el artículo 4º de la Ley N° 27934, ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito. Estas normas son inconstitucionales en cuanto amplían los alcances de la definición de flagrante delito.
- Decreto Legislativo 983, artículo 2º. Esta norma es inconstitucional en la parte que agrega un nuevo supuesto para prolongar la detención judicial preventiva por más de 36 meses (tercer párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal de 1991).

Estos dos supuestos de inconstitucionalidad serán analizados en las secciones correspondientes del presente Informe, en las cuales también se presentarán las respectivas recomendaciones de la Defensoría del Pueblo.

En cuanto a la posibilidad de que se haya producido un exceso respecto a la materia delegada, la Defensoría del Pueblo considera importante señalar que la Ley N° 29009 establece una norma general de delegación (artículo 1º) y una norma de desarrollo específico de las materias delegadas (artículo 2º). En tanto la segunda norma está en vinculación con la primera, la Defensoría del Pueblo es de la opinión que las reformas a la legislación penal y procesal penal previstas en los decretos legislativos expedidos al amparo de la Ley N° 29009, sólo son compatibles con la ley autoritativa, y por ende con la Constitución, en la medida que regulen materias relacionadas con tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso.

De una revisión de los decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo, la Defensoría del Pueblo desea en primer lugar señalar que existen dos materias que no se encontraban autorizadas a ser reguladas a través de estas normas:

- Decreto Legislativo 982, artículo 1º, en la parte que agrega un inciso al artículo 20º del Código Penal, sobre exención de responsabilidad penal al personal de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
- Decreto Legislativo 982, artículo 2º, en la parte que modifica el artículo 200º del Código Penal, sobre el delito de Extorsión, sancionando por su participación en huelgas a funcionarios públicos con poder de decisión y que desarrollan cargos de confianza y de dirección.

Estos dos supuestos de inconstitucionalidad serán analizados en las secciones correspondientes del presente Informe, en las cuales también se presentarán las respectivas recomendaciones de la Defensoría del Pueblo.

En segundo lugar, la Defensoría del Pueblo ha identificado que un 37% de las reformas a la legislación penal y procesal penal previstas en diez de los once decretos legislativos (del 982 al 991) no se relaciona con el crimen organizado ni alguno de los delitos mencionados de forma expresa en la ley autoritativa, sino que contiene cambios normativos generales, aplicables a cualquier tipo penal¹¹. Por lo tanto, estas normas también resultan inconstitucionales, por exceder el marco de la delegación de facultades. El siguiente cuadro es ilustrativo del número de normas de uno y otro tipo que han sido reguladas:

Cuadro Nº 2

Número de Decreto Legislativo	Total de reformas	Total de reformas relacionadas con materia delegada	Total de reformas no relacionadas con materia delegada
Decreto Legislativo 982	27	18	9
Decreto Legislativo 983	20	15	5
Decreto Legislativo 984	6	4	2
Decreto Legislativo 995	6	6	0
Decreto Legislativo 996	5	5	0
Decreto Legislativo 987	4	3	1
Decreto Legislativo 988	10	3	7
Decreto Legislativo 989	14	3	11
Decreto Legislativo 990	11	8	3
Decreto Legislativo 991	3	1	2
Total	106	66	40
%	100%	63 %	37 %

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Al respecto, la Defensoría del Pueblo recomienda al Congreso de la República derogar aquellas reformas a la legislación penal, procesal penal y de ejecución penal realizadas a través de estos decretos legislativos, que no se relacionen en estricto con el crimen organizado, o regularlas a través de una ley. Para tal efecto, la Defensoría ha elaborado una lista de estas reformas (Anexo 1 del presente informe), a fin de que pueda servir a la labor de control de los decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo.

3. Aspectos relevantes

3.1. Sanción penal a funcionarios por participar en huelgas

Una de las modificaciones más relevantes incluidas en los decretos legislativos es la penalización de la participación en huelgas de funcionarios públicos con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza y de dirección. Al respecto, el artículo 2º del Decreto Legislativo 982 reforma el artículo 200º

¹¹ El Decreto Legislativo Nº 992 desarrolla un tema específico, cual es el proceso de pérdida dominio, por lo que no ha sido considerado para este análisis en particular, pero que es objeto de desarrollo en una sección específica del Informe.

del Código Penal, referido al delito de Extorsión, disponiendo en el cuarto párrafo de este último lo siguiente:

“El funcionario público con poder de decisión o que desempeñe 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 índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36° del Código Penal”.

3.1.1 El artículo 42° de la Constitución de 1993

De acuerdo con el propio texto del artículo modificatorio, la sanción que en él se prevé tiene como base formal el artículo 42° de la Constitución Política que, dentro del capítulo IV del Título I del propio texto constitucional (“De la función pública”), reconoce los derechos de sindicación y huelga a los servidores públicos, estableciendo de modo expreso la restricción de estos derechos a aquellos que tienen la calidad de funcionarios públicos con poder de decisión y a los que desempeñan cargos de confianza o de dirección.

Esta restricción tiene su fundamento en el poder decisorio y de autoridad que ostentan dichos funcionarios, pues representan de modo directo y con mayores cuotas de poder, al empleador – el Estado – contra el cual reclaman, lo que lleva a que tengan una posición especial de privilegio dentro del aparato estatal. Esta situación de privilegio haría contraproducente para los intereses del propio Estado que los funcionarios responsables de su dirección y que tienen el poder de decidir o influir con mayor envergadura sobre los reclamos materia de una huelga, utilicen esta posición de privilegio para lograr un cambio laboral a su favor.

El texto del artículo 42° de la Constitución se relaciona con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1° del Convenio N° 151 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT - que precisa que *“La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o de los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial”.*

En esta línea, para efectos de entender adecuadamente la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 982, conviene advertir que el texto constitucional no brinda una definición de huelga que nos permita determinar su contenido, sino que, en nuestro sistema, dicha definición ha sido encomendada al legislador, quien en el artículo 72° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 010-2003-TR) ha definido la huelga como:

“la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha desarrollado este concepto, precisando que el derecho de huelga:

“consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes- y con abandono del centro de trabajo”¹².

De ese modo, el Tribunal Constitucional ha precisado que, de acuerdo con los artículos 72° y 73° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el ejercicio del derecho de huelga *“corresponde a los trabajadores en sentido lato, aunque sujeto a que la decisión sea adoptada en la forma que expresamente determina la ley y dentro de su marco, el estatuto de la organización sindical”¹³*, por lo que *“huelguista será aquel trabajador que ha decidido libremente participar en un movimiento reivindicatorio”¹⁴*.

Para la Defensoría del Pueblo, la restricción contenida en el artículo 42° de la Constitución no está referida a cualquier medida de reclamo que pudiesen efectuar este tipo de funcionarios. Sólo opera respecto de la posibilidad de que éstos puedan hacerlo en su calidad de trabajadores del Estado, en ejecución de una decisión colectiva con otros trabajadores, abandonando su centro de trabajo (con ánimo únicamente suspensivo de su relación laboral), y con el fin de ejercer presión contra su empleador - el Estado - para que les reconozca algún tipo de derecho o beneficio dentro de la relación laboral que mantienen con él.

En consecuencia, el artículo 42° de la Constitución, antes que establecer una prohibición en sentido estricto, define los límites del derecho de huelga respecto a un tipo especial de trabajadores, por razones válidamente constitucionales. Asimismo, estos límites deben interpretarse de acuerdo con la propia definición legal que ha realizado el legislador y la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional.

Desde un punto de vista constitucional, la Defensoría del Pueblo considera que cualquier restricción desarrollada en la ley deberá ajustarse a los límites fijados por el artículo 42° de la Constitución, el artículo 72° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 008-2005-PI/TC, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 14 de setiembre de 2005, fundamento 40.

¹³ Idem. Fundamento 41.

¹⁴ Idem. Fundamento 40.

3.1.2 La sanción contenida en el Decreto Legislativo N° 982

El Poder Ejecutivo ha establecido una sanción penal a los funcionarios que contravienen la restricción expresa del artículo 42° de la Constitución, al interior del concepto de delito de Extorsión contenido en el artículo 200° del Código Penal, ubicado dentro del capítulo de “Delitos contra el Patrimonio”.

A este efecto, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el primer párrafo del citado artículo, el delito de Extorsión se materializa a través de una conducta dolosa dirigida a lograr un beneficio indebido -que de otro modo no se obtendría- de índole patrimonial a través del uso de la violencia o intimidación. Este beneficio ha sido entendido por la jurisprudencia como lucro¹⁵, es decir, una ventaja de contenido patrimonial.

Por ello, la ubicación de la sanción introducida por el Decreto Legislativo N° 982 debiera, en principio, estar referida a una sanción específica contra aquel funcionario público que comete el delito de Extorsión.

Sin embargo, no parece ser éste el sentido de la norma, pues la sanción está dirigida contra el funcionario que *“contraviniendo 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”*.

Leída con atención esta norma, podría ser materia de diversas interpretaciones. Tal vez una de las más acordes con la finalidad del artículo 200° del Código Penal en conjunto, podría ser sancionar al funcionario que participe en una huelga con fines de extorsión. Esta interpretación requeriría partir del supuesto de que el funcionario realmente se encuentra en huelga, tal como se ha definido anteriormente, y que haya usado esa medida de fuerza para obtener un lucro indebido que no guardaría ninguna relación con su reclamo laboral. Pero esta interpretación, aparte de constituir un supuesto de hecho bastante complejo, y hasta cierto punto imposible de materializarse en la realidad, resultaría asistemática y contraproducente, pues implicaría que tendría que darse por válido que el funcionario participe en una huelga, lo que no es posible de acuerdo con el artículo 42° de la Constitución.

Aparte de estas consideraciones habría que advertir que la introducción de esta modificatoria podría ser considerada por algunos actores políticos y sociales como un mecanismo orientado a aminorar la participación de las autoridades públicas en las protestas que, desde distintos ámbitos, se producen actualmente contra el Gobierno Central, Regional o Local. Para ello, se habría optado por establecer una vinculación entre los conceptos de extorsión y huelga, partiendo de la premisa de que la regulación del delito de extorsión permite que dicha modificación se encuentre dentro del ámbito material de la delegación de facultades.

¹⁵ A propósito, puede verse la Resolución N° 2220-2004-Ayacucho, referida en “El Código Penal en su Jurisprudencia”. Diálogo con la Jurisprudencia. Lima, mayo de 2007. pág. 321.

Pero como se ha explicado, jurídicamente no existe la posibilidad de realizar una conexión de este tipo, porque la huelga está definida en nuestro sistema como un mecanismo legítimo de presión utilizado por trabajadores para lograr un derecho o beneficio al interior de su propia relación laboral. Por ello, no todo acto de protesta contra el Estado puede entenderse como una huelga. Asimismo, una huelga no puede entenderse como la comisión del delito de extorsión, que es un delito contra el patrimonio, pues ello supondría la conclusión asistemática de relacionar la extorsión con la lucha por derechos o beneficios laborales legítimos.

De otro lado, si el objeto de la norma ha sido sancionar la participación de funcionarios en actos de violencia a propósito de manifestaciones de protesta, estén o no dentro del marco de una huelga, debe recordarse que esas conductas ya tienen sanción en los artículos del Código Penal que tipifican los delitos contra la tranquilidad pública (disturbios, apología de delitos, etc.).

En ese sentido, la modificatoria realizada por el Ejecutivo trascendería la sanción de autoridades políticas por contravención al artículo 42º de la Constitución y estaría dirigido más bien a regular la participación de éstas en actos de protesta no necesariamente insertos dentro del concepto constitucional de huelga.

Por ello, a entender de la Defensoría del Pueblo, la modificatoria es asistemática y legislativamente antitécnica, al confundir un derecho constitucional de carácter laboral como la huelga con un delito como la extorsión, en relación con funcionarios y situaciones de hecho que no se encuentran comprendidas dentro de dichas instituciones jurídicas.

3.1.3. Inconstitucionalidad de la sanción contenida en el Decreto Legislativo N° 982

Aparte de asistemática y antitécnica, la sanción contenida en el Decreto Legislativo N° 982 además es inconstitucional, por no formar parte de la materia legislativa delegada al Poder Ejecutivo por el Congreso mediante la Ley N° 29009.

En este sentido, al no encontrarnos dentro de un supuesto ni de huelga ni de extorsión, no existen elementos para considerar que la *“participación en huelga de funcionarios públicos con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza y de dirección”*, forme parte de lo que se entiende por criminalidad organizada en general, o de los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o pandillaje pernicioso, que constituyeron la materia delegada por la ley autoritativa.

3.2. Exención de responsabilidad penal de miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

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

“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”.

Esta modificación denomina formalmente “inimputabilidad” a un supuesto que materialmente es de exención de responsabilidad, por lo que ésta será la perspectiva que este Informe empleará para el análisis de esta reforma al Código Penal.

En efecto, de acuerdo a la doctrina, una persona es imputable *“cuando posee la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto y la facultad de determinarse conforme a esta apreciación”*¹⁶. Por el contrario, la inimputabilidad está referida a determinadas condiciones personales o al padecimiento de situaciones que determinan la incapacidad de una persona de motivarse por las normas y por ende conducirse conforme al Derecho. Aquí se incluyen casos de minoría de edad, trastorno psíquico, alteración de la consciencia o miedo insuperable.

Por lo tanto, para la Defensoría del Pueblo es incorrecto calificar al nuevo supuesto previsto en el inciso 11) del artículo 20° del Código Penal como uno de inimputabilidad. Se trata en estricto de un caso de exención de responsabilidad penal por el cumplimiento de un deber, que en términos de doctrina penal constituye una causa de justificación que permite, de manera excepcional, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido¹⁷.

3.2.1 Reforma innecesaria del Código Penal

Los supuestos de exención de responsabilidad penal encuentran sentido en la necesidad de asegurar el cumplimiento de las funciones públicas que, en ocasiones excepcionales, requiere de la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos. De lo contrario, las fuerzas de seguridad no podrían cumplir con sus funciones, por ejemplo, protegiendo la vida o la integridad de las personas, el patrimonio público o privado ante hechos de violencia, entre otras.

Sin embargo, para la Defensoría del Pueblo la incorporación de una causa de justificación específica para los miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional respecto a este tema es innecesaria, pues ya existe un supuesto general en el inciso 8) del artículo 20° del Código Penal, en el que se exige de responsabilidad penal al que:

“(...) obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

Similar redacción puede encontrarse en diversos códigos penales, que asimismo no contienen especificación alguna respecto al cargo de los

¹⁶ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal: Parte General I. 3° Edición. Lima, Editorial Grijley, 2005. p. 626.

¹⁷ *Ibíd.* p. 519.

funcionarios que obran en cumplimiento de un deber, como se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 3

Norma / País / Año	Regulación del cumplimiento del deber
Código Penal de Argentina(1985)	Artículo 34°. – No son punibles: (...) 4. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;
Código Penal de Bolivia (1973)	Art. 11°.- 1. Está exento de responsabilidad: (...) 2) El que en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, cumplimiento de la ley o de un deber, vulnera un bien jurídico ajeno.
Código Penal de Colombia (2000)	Artículo 32. <i>Ausencia de responsabilidad</i> . No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...) 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
Código Penal de Chile (1994)	Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.
Código Penal de España (1995)	Artículo 20.- Están exentos de responsabilidad criminal: (...) 7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Elaboración: Defensoría del Pueblo

En consecuencia, incorporar una precisión a esta figura jurídica para los miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional constituye una reiteración innecesaria que incluso podría generar confusión en su interpretación, pues esta nueva causal podría aplicarse de manera menos restrictiva que la regla general prevista en el inciso 8), del artículo 20º del Código Penal.

3.2.2. Problemas de interpretación en materia de violaciones de derechos humanos

Una de las críticas formuladas contra el inciso 11) del artículo 20º del Código Penal ha sido la posibilidad de que este nuevo supuesto de exención sea interpretado y aplicado con el objetivo de generar una situación de impunidad en materia de violaciones de derechos humanos.

La Defensoría de Pueblo comparte esta preocupación y manifiesta de manera contundente que ni la regla general ni la específica de exención de responsabilidad penal, previstas en los incisos 8) y 11) del artículo 20º del Código Penal, pueden ser empleadas para impedir las investigaciones en materia de violaciones a derechos humanos.

Cabe recordar al respecto que el Estado peruano, al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos¹⁸, asumió las obligaciones de respeto y garantía de estos derechos. Así, para la Corte Interamericana la obligación de garantizar implica que:

“(e) El Estado está 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 identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”¹⁹.

En esa línea, el Estado peruano, durante el gobierno del presidente Valentín Paniagua, creó la Comisión de la Verdad y Reconciliación con el objetivo de “esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación de los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre del 2000”²⁰. El mensaje del Estado fue que se conozcan los hechos ocurridos en estas dos décadas a efectos de que no queden en total impunidad. Producto de ello es que actualmente algunos de los casos registrados por esta Comisión se encuentran siendo investigados judicialmente²¹. Por su parte, la Defensoría del Pueblo ha elaborado hasta el momento tres Informes Defensoriales en los cuales da cuenta del seguimiento y la supervisión realizados a las principales recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación²².

Por todo lo expuesto resulta importante que el Estado continúe demostrando su voluntad en la investigación de este tipo de hechos, evitando establecer medidas de carácter legal que podrían permitir la impunidad u obstaculizar su investigación en la vía judicial.

En este sentido, la Defensoría del Pueblo comparte la preocupación de organizaciones de derechos humanos respecto a que uno de los posibles peligros de la aplicación del nuevo inciso 11) del artículo 20º del Código Penal, sea la impunidad que pueda generar su aplicación en investigaciones judiciales de casos de violaciones a los derechos humanos, ya que podría invocarse la aplicación de este inciso a fin de beneficiar a los responsables de estos hechos, teniendo como fundamento la retroactividad benigna de las normas en materia penal.

¹⁸ Ambos tratados internacionales ratificados por el Estado peruano el 28 de abril de 1978.

¹⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, de fecha 29 de julio de 1988, parágrafo 174.

²⁰ Texto según el artículo 1º del Decreto Supremo N° 065-2001-PCM, publicado el 4 de junio del 2001. Sobre el cambio de denominación e integrantes, ver el Decreto Supremo N° 101-2001-PCM del 4 de setiembre de 2001.

²¹ De acuerdo a la supervisión realizada por la Defensoría del Pueblo al proceso de judicialización de violaciones a los derechos humanos, de 59 casos ocurridos durante el período de violencia (1980-2000), 47 fueron consignados en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. En DEFENSORÍA DEL PUEBLO “Informe Defensorial N° 112 - El difícil camino de la reconciliación. Justicia y Reparación para las víctimas de la violencia”, enero del 2007, p. 42.

²² La Defensoría del Pueblo ha emitido los siguientes Informes Defensoriales: Informe N° 86 “A un año de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, octubre del 2004, 242 p.; Informe N° 97 “A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación”, setiembre del 2005, 419 p. y el Informe N° 112 “El difícil camino de la reconciliación. Justicia y Reparación para las víctimas de la violencia”, enero del 2007, 429 p.

Por esta razón, ante el riesgo de interpretar esta causa de justificación especial en términos distintos a su finalidad y tomando en consideración lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 20° del Código Penal, la Defensoría del Pueblo recomienda a las autoridades judiciales que bajo ningún supuesto esta nueva causal sea interpretada de modo tal que permita la impunidad en materia de violaciones de derechos humanos.

Sin embargo, la Defensoría del Pueblo comparte la necesidad de que exista un marco legal adecuado que permita a los funcionarios salvar su responsabilidad penal cuando actúen en efectivo cumplimiento de su deber. Al respecto, debe recordarse que la Defensoría del Pueblo, en ejercicio de su facultad de iniciativa legislativa, presentó en setiembre del 2006 el Proyecto de Ley N° 00290/2006-DP, que entre otros temas, propone una regulación de la defensa legal de los funcionarios públicos en todos los niveles²³. Esta propuesta puede debatirse en el Congreso a efectos de regular la defensa de aquellos funcionarios que actúan en cumplimiento de un deber, en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

3.2.3. Inconstitucionalidad de la exención de responsabilidad penal contenida en el Decreto Legislativo N° 982

La Ley N° 29009 sólo delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de crimen organizado y no autoriza que se legisle en supuestos de exención de responsabilidad penal. Para la Defensoría del Pueblo, en consecuencia, no existe relación alguna entre la adopción de medidas tendientes a fortalecer la lucha contra el crimen organizado, que en estricto son modificaciones a la Parte Especial del Código Penal, y la exención de responsabilidad penal por cumplimiento de un deber, que se encuentra en la Parte General de este texto y por tanto es una regla aplicable a todo delito.

Como se mencionó anteriormente, la delegación de facultades implica que se legisle en aquellas materias previstas en la ley autoritativa. En este caso, luego de una revisión del Decreto Legislativo N° 982, en la parte que incorpora una exención de responsabilidad penal de miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional que actúan en cumplimiento de su deber; se aprecia que este tema no forma parte de las materias delegadas al Poder Ejecutivo, por lo que resulta inconstitucional, al excederse de las materias previstas en la Ley N° 29009. Por este motivo, la Defensoría del Pueblo recomienda al Congreso de la República proceder a su inmediata derogación.

3.2.4 Necesidad de un marco normativo del uso de la fuerza y el empleo de armas de fuego

La reforma al artículo 20° del Código Penal realizada a través del Decreto Legislativo 982 evidencia la necesidad de regular normativamente el uso de la fuerza y el empleo de armas de fuego a través de una ley emitida por el Congreso de la República y de conformidad con parámetros existentes a nivel internacional sobre la materia.

²³ Este proyecto de ley se encuentra desde del 26 de setiembre del 2006 en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República.

Al respecto, se debe mencionar que tanto el *“Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”*²⁴ como los *“Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de hacer cumplir la ley”*²⁵, ambos documentos de Naciones Unidas, establecen que el uso de la fuerza debe realizarse cuando sea estrictamente necesario y con el debido respeto de los derechos humanos.

Así por ejemplo, el Principio Básico N° 11 recomienda las siguientes directrices para la elaboración de normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego:

- Especificar las circunstancias en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley estarían autorizados a portar armas de fuego y prescribir los tipos de armas de fuego o municiones autorizados.
- Asegurar que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios.
- Prohibir el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado.
- Reglamentar el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan por las armas de fuego o municiones que se les haya entregado.

Si bien los mencionados instrumentos de las Naciones Unidas tienen carácter declarativo, establecen importantes lineamientos que pueden ser evaluados por cada Estado al momento de elaborar un marco normativo sobre el uso de la fuerza y el empleo de armas de fuego.

Actualmente, en el Congreso de la República se encuentra en debate el Proyecto de Ley N° 1374/2006-PE, presentado por el Ejecutivo en junio de este año, que propone una regulación del empleo de la fuerza y las armas de fuego por parte de miembros de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional²⁶. Para la Defensoría del Pueblo, este tipo de iniciativas deben ser difundidas para conocimiento de la ciudadanía y para los aportes que puedan realizar la sociedad civil organizada. Del mismo modo, esta iniciativa debe ser ampliamente discutida en el Pleno del Congreso a efectos de que se apruebe un marco normativo respetuoso de los derechos humanos.

²⁴ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de su Resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979.

²⁵ Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de setiembre de 1990.

²⁶ Este proyecto se encuentra desde el 22 de julio del 2007 en la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra la Drogas del Congreso de la República.

3.3. Modificaciones relacionadas con el ejercicio del derecho a la libertad personal

La libertad personal es un derecho fundamental reconocido en la Constitución de 1993 y los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano.

Una de las garantías más importantes de este derecho fundamental consiste en que toda persona sólo puede ser privada de libertad según las causas y de acuerdo a los procedimientos previstos en la Constitución y las leyes nacionales, las cuales deben ser acordes con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Al interpretar los alcances de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha señalado:

“(...) 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 definidos por la misma (aspecto formal)”²⁷.

Al precisar los alcances de una privación arbitraria de la libertad, prohibida por los tratados sobre derechos humanos, la Corte Interamericana ha señalado:

“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”²⁸ - subrayado nuestro.

En el ámbito interno de cada país la legislación procesal penal contempla disposiciones relacionadas con límites a la libertad personal, por lo que corresponde evaluar su contenido, con la finalidad de determinar su compatibilidad con este derecho fundamental.

En el Perú, los decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo al amparo de la Ley N° 29009 para luchar contra el crimen organizado, establecen un conjunto de reformas a la legislación procesal penal relacionadas con limitaciones a la libertad personal. Para la Defensoría del Pueblo, dos son los temas sobre los cuales considera necesario pronunciarse: la definición de flagrante delito y el plazo de detención judicial preventiva.

3.3.1 Definición de flagrante delito

3.3.1.1 Materia delegada al Poder Ejecutivo

A través del inciso b) del artículo 2º de la Ley N° 29009 se autorizó al Poder Ejecutivo a legislar con la finalidad de:

²⁷ Caso Gangaram Panday, sentencia del 21 de enero de 1994, párrafo 47.

²⁸ Caso Gangaram Panday, sentencia del 21 de enero de 1994, párrafo 47 y Caso Cesti, sentencia del 29 de setiembre de 1999, párrafo 140.

“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 observancia de esta delegación, el paquete de decretos legislativos emitidos por el Ejecutivo contempla la definición de flagrancia en las siguientes normas:

- Decreto Legislativo N° 983: Su artículo 3° modifica el artículo 259° del nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957)²⁹.
- Decreto Legislativo N° 989: Su artículo 1° modifica el artículo 4° de la Ley N° 27934, que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito³⁰.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo lamenta que en general no exista una exposición de motivos de estos decretos legislativos, y que en particular no exista mayor información sobre las razones por las cuales se ha considerado necesario ampliar los alcances de la flagrancia, sobre todo si se toma en consideración que el nuevo Código Procesal Penal fue publicado el 29 de julio del 2004 y sólo ha entrado en vigencia en dos distritos judiciales del país.

Para la Defensoría del Pueblo, toda norma sobre límites a los derechos fundamentales, y en particular las que amplían los supuestos de restricción de estos derechos, deben estar adecuadamente sustentadas en datos de la realidad, que demuestren la necesidad de adoptar una medida de este tipo y la ineficacia de otras medidas alternativas distintas a la restricción de un derecho fundamental. Por este motivo, a juicio de la Defensoría del Pueblo, resulta un deber ineludible de las autoridades y funcionarios responsables de la seguridad ciudadana en el país, sustentar adecuadamente sus propuestas de reforma normativa, en particular aquellas que contemplan límites a los derechos fundamentales, lo que permitirá un mejor análisis y debate sobre la necesidad de tales medidas, sobre la base de datos concretos y no a partir de presunciones o apreciaciones generales.

3.3.1.2 Criterios a considerar para interpretar los alcances de la flagrancia como una limitación a la libertad personal reconocida en la Constitución de 1993

La Constitución de 1993 establece en su artículo 2° numeral 24° y literal f) lo siguiente:

*“Toda persona tiene derecho:
A la libertad y seguridad personales. En consecuencia:
Nadie puede ser detenido sino por orden judicial o flagrante delito (...)”.*

La Constitución no establece ninguna definición sobre qué se entiende por flagrante delito, lo que corresponde ser desarrollado en la legislación procesal

²⁹ El Decreto Legislativo 957 fue publicado el 29 de julio del 2004.

³⁰ La Ley N° 27934 fue publicada el 12 de febrero del 2003.

penal. Sin embargo, la precisión que realice el legislador y la aplicación de estas normas por parte de las autoridades y funcionarios encargados de la seguridad ciudadana, debe tomar en consideración los siguientes criterios en materia de interpretación constitucional de los derechos fundamentales:

- Toda medida limitativa de un derecho fundamental debe ser siempre excepcional, por lo que para hacer frente a un problema determinado, primero debe optarse por otro tipo de medidas y, en última instancia, restringir un derecho fundamental
- En atención a su carácter excepcional, las restricciones a los derechos fundamentales deben ser desarrolladas a nivel legislativo e interpretadas por los operadores jurídicos de forma restringida y no extensiva.

En el caso particular del flagrante delito, en tanto constituye un supuesto que habilita la limitación del derecho fundamental a la libertad personal, corresponden ser observados ambos criterios. Para la Defensoría del Pueblo, es imprescindible que sobre este tema se tome en consideración lo señalado en el artículo VI del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Penal, de acuerdo al cual:

“Artículo VI. Legalidad de las medidas limitativas de derechos.- Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, sólo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las 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 al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

Si bien esta norma establece principios a ser observados en materia de límites a los derechos fundamentales ordenados por una autoridad judicial, la Defensoría del Pueblo considera que también son aplicables a los supuestos de detención en flagrante delito, de manera que medidas de este tipo se sustenten en suficientes elementos de convicción sobre su naturaleza y finalidad, así como en el respeto al principio de proporcionalidad.

3.3.1.3 Requisitos para identificar un caso detención en flagrancia

Para calificar una determinada situación como flagrante delito, son tres los requisitos que deben estar presentes: a) la percepción directa de la comisión de un hecho delictivo, b) la inmediatez temporal, y c) la inmediatez personal. Explicamos a continuación estos criterios.

a) Percepción directa de la comisión de un hecho delictivo

Una persona sólo puede ser detenida *in fraganti* si un tercero descubre que está cometiendo o acaba de cometer un hecho delictivo. Pero este descubrimiento no puede sustentarse en meras conjeturas o sospechas. Una

interpretación garantista de los derechos fundamentales, y acorde con la Constitución, debe dejar de lado la equiparación entre evidencia de la comisión de un delito y flagrancia. HOYOS SANCHO señala al respecto:

“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”³¹ – subrayado nuestro.

Sobre este tema, resulta ilustrativo mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica 1/1992), la cual contenía una disposición que definía la flagrancia como el *“conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo (un delito) o se acaba de cometer”*. En la sentencia respectiva, el Tribunal español señaló que las expresiones “conocimiento fundado” y “constancia”, en cuanto *“no integran necesariamente un conocimiento o percepción evidente del delito, van notoriamente más allá de aquello que es esencial o nuclear a la situación de flagrancia”*³².

b) Inmediatez temporal

Para calificar una situación como flagrancia, el delito debe estarse cometiendo o debe haberse cometido instantes previos a la detención. Sobre este tema, HOYOS SANCHO señala:

“Resulta decisivo que el espacio de tiempo transcurrido entre la consumación del delito y el descubrimiento de la comisión sea muy corto –post factum inmediatum–, ya que de esta manera no habrá dudas en cuanto a la atribución de los hechos a la persona que se encuentra directamente relacionada con los mismos. (...) Para considerar un delito como todavía flagrante éste debe haberse cometido instantes antes, en un momento inmediatamente anterior, y ser aún posible la percepción a través de los sentidos de la indudable vinculación del autor con los hechos acaecidos”³³ –subrayado nuestro.

c) Inmediatez personal

³¹ HOYOS SANCHO, Montserrat de. “Análisis comparado de la situación de flagrancia”, en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XII, diciembre del 2001, pp. 137-149. Versión en Internet: www.mingaonline.uach.cl (3 a agosto del 2007).

³² Sentencia del Tribunal Constitucional de España 341/1993, del 22 de noviembre de 1993.

³³ HOYOS SANCHO, Montserrat de. Ob. cit.

Para calificar una situación como flagrancia, el autor del delito debe ser encontrado con elementos que acrediten su participación en el mismo. Sobre este tema, HOYOS SANCHO señala:

“Si se ha sorprendido a una persona en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito, necesariamente el presunto autor debe encontrarse en las proximidades del lugar de comisión del delito y en una relación tal con el objeto e instrumentos utilizados que evidencien su participación en el mismo”³⁴.

Al respecto cabe indicar que la Defensoría del Pueblo comparte los alcances del requisito de la percepción directa de la comisión de un delito y considera imprescindible que en la interpretación y desarrollo legislativo sobre el flagrante delito, no quede duda alguna sobre la diferencia entre una detención en flagrancia, permitida constitucionalmente, y una detención en base a sospechas o conjeturas -independientemente del método a través del cual se fundamenten-, que a juicio de la Defensoría del Pueblo resulta incompatible con la Constitución de 1993.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo coincide con los alcances de los requisitos de inmediatez temporal y personal, considerando imprescindible que en la interpretación y desarrollo legislativo sobre el flagrante delito, quede precisada de manera clara y contundente su estricta observancia, por tratarse de supuestos de hecho que habilitan la privación de libertad de una persona.

3.3.1.4 Derecho comparado

En el derecho comparado es posible encontrar diversas definiciones de flagrante delito. El siguiente cuadro es ilustrativo al respecto:

Cuadro Nº 4

Norma / País / Año	Contenido de la norma
Código Procesal Penal de Argentina (1991)	Art. 285.- Se considera que hay flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después; o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

³⁴ HOYOS SANCHO, Montserrat de. Ob, cit.

Norma / País / Año	Contenido de la norma
Código Procesal Penal de Chile (2000)	<p>Artículo 130.- Situación de flagrancia.</p> <p>Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:</p> <p>a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;</p> <p>b) El que acabare de cometerlo;</p> <p>c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;</p> <p>d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y</p> <p>e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.</p>
Código de Procedimiento Penal de Colombia (2000)	<p>Artículo 345°.- Se entiende que hay flagrancia cuando:</p> <p>1. La persona es sorprendida y aprehendida al momento de cometer una conducta punible.</p> <p>2. La persona es sorprendida e identificada o individualizada al momento de cometer la conducta punible y aprehendida inmediatamente después por persecución o voces de auxilio de quien presencie el hecho.</p> <p>3. Es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido una conducta punible o participado en ella.</p>
Código de Procedimiento Penal del Ecuador (2000)	<p>Art. 162.- Delito flagrante. Es delito flagrante el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.</p>
Código de Instrucción Criminal de Nicaragua (2000)	<p>Artículo 85°.- Se entenderá delincuente infraganti el que fuere hallado en el acto mismo de estar perpetrando el delito o de acabar de cometerlo, o fuere perseguido por el clamor público como autor o cómplice del delito o se le sorprendiere con las armas, instrumentos, efectos o papeles que hicieren presumir ser tal. Pero no se tendrá por infraganti, si hubieran pasado veinticuatro horas desde la perpetración del delito”.</p>

Elaboración: Defensoría del Pueblo

De la lectura del siguiente cuadro se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- La tendencia en la legislación procesal penal de países con realidades similares a la peruana se orienta a una precisión de los supuestos de flagrancia, con especial énfasis en la necesaria presencia de los requisitos de inmediatez temporal e inmediatez personal, que permitan garantizar la existencia de una relación clara y directa entre el acto delictivo cometido y el momento de la detención.

- La tendencia en la legislación procesal penal se orienta a enfatizar el criterio de la percepción directa de la comisión del delito por un tercero. En el caso de Colombia se usa la expresión “*la persona es sorprendida*”, en el caso de Argentina la expresión “*el autor del delito es sorprendido*”, por citar algunos ejemplos.
- Es posible advertir que en el caso de la legislación procesal penal de Chile y de Nicaragua, se contempla un desarrollo mayor de los supuestos de flagrancia. En este último, incluso, se menciona un tiempo máximo de duración de la flagrancia – 24 horas – pero con una precisión clara de los requisitos para calificar un hecho como flagrante (percepción directa de la comisión de un delito, inmediatez temporal e inmediatez personal).

Para la Defensoría del Pueblo, el derecho comparado constituye una herramienta útil para el desarrollo a nivel nacional de diversas instituciones jurídicas. Sin embargo, en el caso de las referencias a otros países en los que las normas sobre flagrante delito contemplan supuestos adicionales a los tradicionales o comunes, no sólo debería invocarse tales normas, sino también deberían conocerse referencias concretas sobre su eficacia práctica en estos países, así como las dificultades encontradas a propósito de su aplicación. Lamentablemente, al no existir una exposición de motivos de los decretos legislativos dictados al amparo de la Ley N° 29009, no se cuenta con este tipo de información.

3.3.1.5 El flagrante delito en el ordenamiento jurídico peruano

Como se señaló anteriormente, el artículo 2º inciso 24º literal f) de la Constitución de 1993 no contempla una definición de flagrante delito.

En su calidad de supremo intérprete de la Constitución, a través de reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha reconocido a la inmediatez temporal y personal como requisitos necesarios para definir la flagrancia. En este sentido ha señalado:

*“la flagrancia en la comisión de un delito requiere el cumplimiento de cualquiera de los dos requisitos siguientes: **a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido momentos antes;** y, **b) la inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del delito, y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito**”³⁵.*

Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 957, y la Ley 27934, que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, definieron de la siguiente manera la flagrancia, tomando en cuenta los requisitos de percepción directa de la comisión del delito y la inmediatez:

³⁵ Cfr. Sentencia del expediente N° 2617-2006-PHC/TC, fundamento 5, publicada el 31 de agosto del 2006, sentencia del expediente N° 1923-2006-PHC/TC, fundamento 5, publicada el 18 de junio del 2006 y sentencia del expediente 7376-2005-PHC/TC, fundamento 4, publicada el 5 de julio del 2006.

“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”.

De la lectura de estas normas, era posible identificar tres supuestos de flagrancia:

- 1) Cuando la realización del hecho punible es actual (inmediatez temporal) y en esa circunstancia el autor es descubierto (inmediatez personal), habiendo percepción directa de la comisión del hecho delictivo.
- 2) Cuando el autor del delito (inmediatez personal) es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible (inmediatez temporal), habiendo percepción directa de la comisión del hecho delictivo.
- 3) Cuando el autor del delito es sorprendido con objetos o huellas (inmediatez personal), habiendo percepción directa de la comisión del hecho delictivo, que revelen que acaba de ejecutarlo (inmediatez temporal).

Para la Defensoría del Pueblo, esta opción legislativa resultaba acorde con el marco constitucional, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, constituyendo una garantía adecuada del derecho fundamental a la libertad personal.

3.3.1.6 El flagrante delito en los decretos legislativos expedidos por el Ejecutivo al amparo de la Ley N° 29009

En los decretos legislativos 983 y 989, dictados en amparo de la Ley N° 29009, la definición de flagrante delito ha sido modificada en forma sustantiva, como se aprecia a continuación:

“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.”

Sobre la definición de flagrante delito contenida en los citados decretos legislativos, la Defensoría del Pueblo considera importante señalar lo siguiente:

- La redacción de los artículos que definen el flagrante delito es poco clara, siendo necesario que todo texto legal que desarrolle aspectos relacionados con los derechos fundamentales no origine interpretaciones confusas. No se trata únicamente de un aspecto de forma, sino de un aspecto esencial, pues los diversos operadores jurídicos deben comprender cabalmente, a partir de una lectura sencilla de las normas, los aspectos esenciales relacionados con el flagrante delito.
- En el literal a) se señala que existe flagrancia cuando concurren: i) la identificación inmediata de la persona que ha cometido el delito y, ii) su ubicación dentro de las 24 horas de producido éste. Para la Defensoría del Pueblo, en este supuesto la inmediatez a la que se hace referencia alude a la identificación del presunto autor del delito (“ha sido identificado inmediatamente”), mas no a los supuestos de inmediata persecución y captura luego de haberse realizado el acto punible, que son las acciones que corresponden llevarse a cabo ante una situación de flagrancia³⁶.
- En el literal b) se señala que existe flagrancia cuando se ubica al presunto autor del delito dentro de las 24 horas de producido éste con elementos que revelen su participación en el mismo. Para la Defensoría del Pueblo, en este literal no existe ninguna referencia a la inmediatez temporal como elemento esencial para detener a una persona que ha sido encontrada con elementos relacionados con la comisión de un delito, contemplándose únicamente una referencia general al plazo máximo en que la ubicación del presunto autor puede ocurrir.

Por estas consideraciones, para la Defensoría del Pueblo la ampliación de los supuestos de flagrancia contemplados en los decretos legislativos 983 y 989 resultan inconstitucionales, al no contemplar adecuadamente los requisitos de percepción directa de la comisión del delito, inmediatez temporal e inmediatez personal. Esta ampliación, asimismo, puede generar serios problemas en la interpretación y aplicación de los citados decretos legislativos, lo que constituye una amenaza a la libertad física de toda persona. El supuesto de flagrancia como una causa para privar de libertad a una persona debe ser una medida excepcional y tener un desarrollo legislativo preciso, que no permita acudir a ella más allá de los supuestos en los que razonablemente cabe considerar que existe flagrancia en la comisión de un delito.

En tanto la definición de flagrante delito constituye un aspecto esencial relacionado con el respeto y garantía del derecho fundamental a la libertad personal, la Defensoría del Pueblo considera necesaria una modificación de los supuestos de flagrancia previstos en los decretos legislativos 983 y 989. En caso contrario, será necesario contar con un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional, que permita otorgarle a estas normas un sentido interpretativo acorde con el respeto y garantía de la libertad personal.

³⁶ Es importante señalar al respecto que en la doctrina y el derecho comparado se acepta que una vez iniciada la persecución inmediatez después de descubrir la comisión del delito, la misma puede durar indefinidamente hasta lograr la detención del autor de los hechos, siempre y cuando no se interrumpa. Otra alternativa es otorgar un plazo máximo para la persecución de quien ha sido descubierto en flagrancia. Así por ejemplo, el Código de Instrucción Criminal de Nicaragua establece que no podrá considerarse flagrante delito “si hubieran pasado 24 horas desde la perpetración del delito”.

3.3.2 Plazo de detención judicial preventiva

3.3.2.1 Materia delegada al Ejecutivo

A través del inciso d) del artículo 2º de la Ley N° 29009 se autorizó al Poder Ejecutivo a legislar con la finalidad de:

“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”.

Al amparo de esta delegación, el artículo 3º del Decreto Legislativo 983 agrega un nuevo párrafo al artículo 137º del Código Penal de 1991, relativo a la posibilidad de prolongar el plazo de detención judicial preventiva en determinadas circunstancias.

Para la Defensoría del Pueblo, las reformas al Código Procesal Penal autorizadas por la Ley N° 29009 deben estar orientadas, como expresamente señala esta norma, a que se dicten “decisiones judiciales oportunas”, por lo que toda reforma en materia de detención judicial preventiva debe orientarse hacia este objetivo, no siendo compatible con los fines de la autorización legislativa establecer reformas que permitan justificar la prolongación excesiva de un proceso penal.

3.3.2.2 Plazo de detención judicial preventiva en el sistema interamericano de protección de derechos humanos

La Convención Americana sobre 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 caso éstos tengan una duración excesiva, las personas inculpadas que se encuentran detenidas tienen derecho a que se decrete su libertad³⁷. El artículo 7.5 de la Convención Americana aborda este tema de la siguiente manera:

“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso (...)” - subrayado nuestro.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este derecho *“tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”*³⁸.

A través de su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos

³⁷ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2003, p. 47.

³⁸ Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 70.

ha identificado situaciones contrarias al derecho al plazo razonable de duración de un proceso, que permiten a su vez identificar casos en los que se estaría afectando el derecho al plazo razonable de la detención judicial preventiva.

Así por ejemplo, en el caso *Genie Lacayo*, la Corte consideró que desde la fecha en que se dictó el auto de apertura del proceso penal iniciado para investigar su muerte, transcurrieron más de cinco años sin que se emita una sentencia firme, lapso que rebasaba los límites de la razonabilidad previstos en el artículo 8.1 de la Convención Americana³⁹. De otro lado, en el caso *Suárez Rosero*, la Corte constató que el proceso penal seguido contra esta persona duró cuatro años y dos meses -entre la detención y la sentencia sobre la apelación final-, lo que excedió el derecho a ser juzgado en un plazo razonable⁴⁰.

Para la Defensoría del Pueblo, estos criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser tomados en consideración al momento de desarrollar a nivel legislativo los alcances del plazo de detención judicial preventiva, en cumplimiento de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según 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.

3.3.2.3 Plazo de detención judicial preventiva en el ordenamiento jurídico peruano

La Constitución de 1993 no contiene ninguna referencia al plazo de duración de la detención judicial preventiva. El desarrollo de este tema se encuentra regulado en el artículo 137º del Código Procesal de 1991. Los párrafos primero y segundo de este artículo establecen 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 135 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 inculpado, 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 inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la detención podrá prolongarse por un plazo igual”.

³⁹ Caso Genie Lacayo, sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 81.

⁴⁰ Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 73.

En la sentencia del expediente 2915-2004-HC/TC (caso Federico Berrocal Prudencio), publicada en la página web del Tribunal Constitucional el 25 de noviembre del 2005, el supremo intérprete de la Constitución se pronunció sobre los alcances de estos dos primeros párrafos del artículo 137° del Código Procesal Penal. Sobre el primer párrafo señaló:

“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 encausamiento, 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 (...).”

Respecto al segundo párrafo, el Tribunal Constitucional precisó:

“(...) a tenor del segundo (...) párrafo del artículo 137° 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 concluiría que, presentadas las circunstancias descritas, los plazos podrían extenderse a 18 meses en el caso de los delitos merituados en 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 (...).”

Sin embargo, en cuanto a la posibilidad de aplicar un plazo de detención superior a los 36 meses, el Tribunal estableció 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:

“Una interpretación pro homine y favor libertatis del segundo párrafo del artículo 137° del CPP, comporta 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 período superior a los 36 meses, debe encontrarse necesariamente motivada en causas suficientes y objetivamente atribuibles al procesado, pues en caso contrario se vulneraría el derecho fundamental de toda persona a no ser sometida a detención provisional más allá de un plazo razonable” – subrayado nuestro.

Por lo tanto, la referencia del segundo párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal de 1991 a la “especial dificultad” o “especial prolongación de la investigación” sólo puede ser interpretada con relación a la demora en el proceso atribuida al procesado.

A esto debe agregarse que, posteriormente, el Tribunal precisó que, en el caso del **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. En este sentido, señaló⁴¹:

“El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el plazo razonable de detención [Cfr. Exp. 2915-2004-HC/TC] en el sentido de que el plazo máximo de 36 meses sólo podría prorrogarse cuando la dilación del proceso se deba a una conducta obstruccionista del procesado. Sin embargo, este Tribunal considera pertinente desarrollar esta regla interpretativa y complementarla de conformidad con lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 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” – subrayado nuestro.

Si bien el marco normativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional descritos ha permitido hacer frente a casos particularmente delicados en materia de investigación criminal⁴², la posibilidad de que un proceso penal

⁴¹ Sentencia del expediente 7624-2005-HC/TC (caso Hernán Buitrón Rodríguez), publicada el 2 de agosto del 2006 en la página web del Tribunal Constitucional.

⁴² Para HUERTA y BELTRÁN: “El plazo máximo de detención judicial preventiva es un tema de permanente discusión en el Perú, como consecuencia de la excarcelación de varias personas procesadas por graves delitos, como tráfico ilícito de drogas, corrupción, etc. Los jueces reciben de forma constante críticas de la ciudadanía, los políticos y los medios de comunicación cuando dictan medidas de este tipo, ante lo cual responden que las adoptan de conformidad con el marco legal vigente en el país. El problema, en consecuencia, está planteado”. HUERTA GUERRERO, Luis y BELTRÁN VARILLAS, Cecilia. *Jurisprudencia, magistratura y procesos constitucionales en el Perú. Un balance sobre su desarrollo en el 2004*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2004, p. 37.

pueda durar hasta 72 meses (seis años) sin que exista sentencia definitiva y con mandato de detención judicial preventivo, es contraria a la tendencia jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reseñada en el acápite anterior, que considera contraria a la Convención Americana detenciones preventivas de cuatro años y procesos judiciales de cinco años.

3.3.2.4 Modificaciones al plazo de detención judicial preventiva a través del Decreto Legislativo 983

A través del artículo 2º del Decreto Legislativo 983 se ha agregado un párrafo al artículo 137º del Código Procesal Penal de 1991, ubicado inmediatamente después del primer y segundo párrafo al que se hizo referencia en el acápite anterior. Este nuevo párrafo señala:

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

En consecuencia, y tomando como referencia lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto al segundo párrafo del artículo 137º, en este nuevo supuesto también se podrían extender los plazos de detención judicial preventiva a 18 meses (delitos seguidos en el procedimiento ordinario), a 36 meses (delitos seguidos 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.

Sin embargo, en el caso de situaciones que justifiquen ampliar el plazo de detención judicial preventiva más de 36 meses, la reforma del artículo 137º del Código Procesal Penal contradice lo señalado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, pues el hecho 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 se relaciona con la gravedad que pueda generar contra el orden público un caso particular de tráfico ilícito de droga.

Por lo tanto, para la Defensoría del Pueblo, el artículo 2º del Decreto Legislativo 983, en la parte que agrega un nuevo supuesto para prolongar la detención judicial preventiva por más de 36 meses, sin limitarla al supuesto de defensa obstruccionista o a casos particulares que generen graves perjuicios a la sociedad, es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Finalmente, la Defensoría del Pueblo considera que la posibilidad de ampliar un plazo de detención judicial preventiva hasta 72 meses, resulta contraria a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben ser observados en materia de límites temporales a la libertad personal. En caso la demora en un proceso penal obedezca a conductas dilatorias de los procesados, la respuesta a estas situaciones no debe centrarse en permitir, a nivel legislativo ni

jurisprudencial, la prolongación de la detención judicial preventiva, sino en adoptar medidas adecuadas por parte de los magistrados para identificar aquellas conductas dilatorias, evitar que se produzcan y sancionar a los abogados que las promueven.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo considera que al establecerse un nuevo supuesto que permite la prolongación de una detención judicial preventiva, se está justificando la posibilidad de prolongar la duración de un proceso penal, lo que va en contra de la finalidad de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo, cual es reformar el Código Procesal Penal a fin de obtener “decisiones judiciales oportunas”.

Por lo expuesto, la Defensoría del Pueblo recomienda al Congreso de la República derogar el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 983, en la parte que agrega un nuevo supuesto para prolongar la detención judicial preventiva por más de 36 meses (tercer párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal de 1991).

3.4 Normatividad penal sustantiva

Los decretos legislativos promulgados al amparo de la Ley N° 29009 tienen un desarrollo integral que abarca las diversas expresiones del Derecho Penal: sustantiva, procesal y de ejecución penal. Esta pretensión, propia del diseño de una política criminal, sin embargo, debe ejercerse dentro de parámetros establecidos en base a principios de alcance constitucional.

Reconociendo que *“la potestad punitiva del Estado constituye una de las manifestaciones del ejercicio del poder con mayor posibilidad de afectar los derechos fundamentales”*⁴³, al momento de diseñar y ejecutar los lineamientos de política criminal el operador jurídico está llamado a regirse por los principios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional -en su sentencia del 15 de diciembre de 2006 recaída en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC, fundamentos 14 y 16 – ha señalado:

“(…) en el Estado democrático y social de derecho el 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 la 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 qué conductas debían resultar punibles, cuáles debían ser las penas que correspondían a estas conductas, cuáles podían ser las circunstancias

⁴³ MINISTERIO DE JUSTICIA. “Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú”. Lima, julio de 2001. Página 23.

agravantes o cuáles las atenuantes 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 principio de proporcionalidad. Así por ejemplo, en la tipificación de conductas el Legislador (...) no puede establecer penas que resulten desproporcionadas respecto del ilícito cometido.”

Partiendo de esta fundamentación, es claro que el legislador –aun cuando realice su función normativa al amparo de facultades otorgadas por el Congreso–, debe procurar un especial cuidado en la determinación de la pena a imponer a quienes cometan las conductas tipificadas como delitos. Esas penas se encuentran limitadas, al momento de su creación por parte del legislador, al cumplimiento y materialización de los mencionados criterios de constitucionalidad, legalidad, proporcionalidad y humanidad de las penas.

Asimismo, el establecimiento de penas en una norma penal específica supone la adopción de determinada función otorgada a la medida coercitiva a aplicarse al delincuente. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha interpretado que al momento de establecer la penalidad en la ley se cumple una función de tipo preventivo general negativa⁴⁴, es decir, intimidatoria para el colectivo social en perspectiva de desincentivar el desarrollo de conductas antisociales.

En este sentido, al momento de analizar los decretos legislativos emitidos al amparo de la Ley N° 29009, corresponde evaluar la coherencia de las penas fijadas en la nueva legislación en función a su finalidad.

3.4.1 Cumplimiento del fin preventivo general de la pena

Se ha discutido mucho acerca de la efectividad de la pena en relación a su capacidad para intimidar a la población y favorecer la disminución de potenciales conductas delictivas. La opción de sobrepenalizar conductas ha sido recurrente y raramente homogénea -tanto en gobiernos autoritarios como democráticos-, al momento de atacar olas delincuenciales y atender la creciente sensación de inseguridad ciudadana.

Si bien no se puede negar la existencia de esta percepción en la ciudadanía, es claro que no se cuenta con estudios científicos rigurosos (o se desconoce de ellos), que permitan establecer en base a datos ciertos los índices de criminalidad que afronta nuestra sociedad, en los diversos ámbitos de su compleja geografía. La no existencia de esta base empírica lleva a las instancias de decisión a guiarse principalmente por esta sensación, reflejada y alimentada por la agenda mediática.

Desde esta perspectiva, la Defensoría del Pueblo invoca a los legisladores a que, al momento de determinar la extensión de las penas en ocasión de una

⁴⁴ Al respecto, y en relación a las demás funciones otorgadas a la pena, revisar la Sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de Julio de 2005, recaída en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC, fundamento jurídico N° 40 y siguientes.

modificación normativa, explicita en las correspondientes exposiciones de motivos los criterios objetivos sobre los que se ha basado (es decir, el supuesto aumento de los índices de criminalidad en el delito que se busca sobrepenalizar) para incrementar las penas vía modificación legislativa.

Para tal efecto, se requiere desde el Estado establecer un órgano especializado de efectuar, desde un trabajo de recopilación de información y análisis interinstitucional, hasta un seguimiento permanente al desarrollo de los índices de criminalidad, a fin de proponer las correspondientes modificaciones normativas.

Esta intención ya se planteaba en el Informe Final de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia – CERIAJUS, en el cual se planteaba la necesidad de establecer un Consejo Nacional de Justicia Penal a fin de dar coherencia a la política criminal del Estado⁴⁵.

Reactivando esta iniciativa se presentaron al Congreso los Proyectos N° 156/2006-CR y N° 267/2006-CR, que proponen crear el Consejo Nacional de Política Criminal, sobre los cuales ha recaído un dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

Sin embargo, cabe reconocer el avance logrado por el Ministerio Público, el cual ha creado mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1485-2005-MP-FN del 15 de julio del 2005 un “Observatorio de la Criminalidad”, el cual debe convertirse en un referente importante para el análisis de la criminalidad, fundamente básico para cualquier propuesta de modificación en el sistema de penas.

3.4.2 Nuevos elementos en los tipos penales introducidos en los decretos legislativos emitidos al amparo de la Ley N° 29009

Los decretos legislativos bajo análisis en el presente informe siguen, al momento de determinar nuevas modalidades delictivas, una tendencia a la imposición de penas con carcelería efectiva. Sin embargo, en relación a experiencias anteriores, se puede decir que esta tendencia es menos marcada, utilizándose las modificaciones realizadas en el Decreto Legislativo N° 982 para introducir nuevos elementos en los tipos penales. Así por ejemplo, en el caso de las modificaciones a los distintos tipos del delito de tráfico ilícito de drogas, se ha introducido como sustancia prohibida al “éxtasis” que contenga distintos tipos de anfetaminas. Del mismo modo, se han introducido agravantes a distintos tipos penales ligados con el combate a los delitos materia de la delegación de facultades.

Para un mejor panorama de las penas impuestas para cada delito en las reformas al Código Penal (CP) y otras leyes especiales, se presenta el siguiente cuadro resumen:

⁴⁵ COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – CERIAJUS. “Plan Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia”. Proyecto 7.1.1, p. 336. Lima, abril de 2004.

Cuadro Nº 5

DELITO	PENA ANTES DE LA MODIFICACIÓN	PENA SEGÚN DECRETO LEGISLATIVO Nº 982	OBSERVACIONES
Art. 152º CP: Secuestro - tipo base	Mínima: 10 años Máxima: 15 años	Mínima: 20 años Máxima: 30 años	Aumenta
Secuestro, 1er. agravante	Mínima: 20 años Máxima: 25 años	Mínima: 30 años	Aumenta
Secuestro, 2º agravante	Cadena perpetua	Cadena perpetua	Igual
Art. 195º CP: Receptación - agravante	Mínima: 2 años Máxima: 6 años	Mínima: 6 años Máxima: 10 años	Aumenta
Art. 200º CP: Extorsión - tipo base	Mínima: 20 años Máxima: 30 años	Mínima: 10 años Máxima: 15 años	Disminuye
Art. 200º: Extorsión - obstaculización de vías	No prevista	Mínima: 5 años Máxima: 10 años	---
Art. 200º: Extorsión – participación en huelgas de funcionarios o servidores públicos	No prevista	Mínima: inhabilitación	---
Art. 200º: Extorsión - Primer agravante	No prevista	Mínima: 15 años Máxima: 25 años	---
Art. 200º: Extorsión - 2º agravante	Mínima: 30 años	Mínima: 30 años	Igual
Art. 200º: Extorsión - 3er. Agravante	Cadena perpetua	Cadena perpetua	Igual
Art. 296º CP: Promoción Tráfico Ilícito de Drogas (TID)	Mínima: 8 años Máxima: 15 años	Mínima: 8 años Máxima: 15 años	Igual
Art. 296º: Posesión para comercializar	Mínima: 6 años Máxima: 12 años	Mínima: 6 años Máxima: 12 años	Igual
Art. 296º: Comercialización	Mínima: 5 años Máxima: 10 años	Mínima: 5 años Máxima: 10 años	Igual
Art. 296º: Dos ó más personas	No prevista	Mínima: 5 años Máxima: 10 años	---
Art. 296º-A CP: Comercialización de amapola	Mínima: 8 años Máxima: 15 años	Mínima: 8 años Máxima: 15 años	Igual
Art. 296º-A: Semillas	No prevista	Mínima: 5 años Máxima: 10 años	---
Art. 296º-A: Cantidad semillas/ plantas	Mínima: 2 años Máxima: 6 años	Mínima: 2 años Máxima: 6 años	Aumenta
Art. 296º-A: Violencia / amenaza	Mínima: 25 años Máxima: 35 años	Mínima: 25 años Máxima: 35 años	Igual
Art. 297º CP: Agravantes Tráfico Ilícito de Drogas (TID)	Mínima: 15 años Máxima: 25 años	Mínima: 15 años Máxima: 25 años	Igual
Art. 297º: Agravante TID por ser jefe	No prevista	Mínima: 25 años Máxima: 35 años	---
Art. 298º CP: Microcomercialización - 1er. supuesto-	Mínima: 3 años Máxima: 7 años	Mínima: 3 años Máxima: 7 años	Igual
Art. 298º: Microcomercialización - 2º supuesto-	Mínima: 6 años Máxima: 10 años	Mínima: 6 años Máxima: 10 años	Igual
Art. 316º CP: Apología - tipo base	Mínima: 1 año Máxima: 4 años	Mínima: 1 año Máxima: 4 años	Igual
Art. 316º: Apología - 1er. Supuesto	Mínima: 4 años Máxima: 6 años	Mínima: 4 años Máxima: 6 años	Igual
Art. 316º: Apología - 2º supuesto	Mínima: 6 años Máxima: 12 años	Mínima: 6 años Máxima: 12 años	Igual
Art. 317º CP: Asociación ilícita - tipo base	Mínima: 3 años Máxima: 6 años	Mínima: 3 años Máxima: 6 años	Igual
Art. 317º: Asociación ilícita – agravante	Mínima: 8 años Máxima: 15 años	Mínima: 8 años Máxima: 15 años	Igual
Art. 367º CP: Violencia contra la autoridad -1er. Agravante	Mínima: 3 años Máxima: 6 años	Mínima: 4 años Máxima: 8 años	Aumenta
Art. 367º: Violencia contra la autoridad - 2º agravante	Mínima: 4 años Máxima: 7 años	Mínima: 6 años Máxima: 12 años	Aumenta

DELITO	PENA ANTES DE LA MODIFICACIÓN	PENA SEGÚN DECRETO LEGISLATIVO Nº 982	OBSERVACIONES
Art. 367º: Violencia contra la autoridad - 3er. Agravante	Mínima: 7 años Máxima: 15 años	Mínima: 10 años Máxima: 15 años	Aumenta
Art. 404º CP: Encubrimiento personal - tipo base	Mínima: 3 años Máxima: 6 años	Mínima: 3 años Máxima: 6 años	Igual
Art. 404º: Encubrimiento personal - 1er. Agravante	Mínima: 7 años Máxima: 10 años	Mínima: 7 años Máxima: 10 años	Igual
Art. 404º: Encubrimiento personal - 2º agravante	Mínima: 10 años Máxima: 15 años	Mínima: 10 años Máxima: 15 años	Igual
Art. 405º CP: Encubrimiento real - tipo base	Mínima: 2 años Máxima: 4 años	Mínima: 2 años Máxima: 4 años	Igual
Art. 405º: Encubrimiento real - agravante	No prevista	Mínima: 7 años Máxima: 10 años	---
Art. 409º- A CP: Obstrucción de la justicia - tipo base	No prevista	Mínima: 3 años Máxima: 5 años	---
Art. 409º- B CP: Revelación indebida	No prevista	Mínima: 4 años Máxima: 6 años	---
Art. 417º- A CP: Insolvencia provocada	No prevista	Mínima: 2 años Máxima: 4 años	---
Art. 3º Decreto Ley 25475: Terrorismo - inciso b	Mínima: 30 años	Mínima: 30 años	Igual
Art. 3º Decreto Ley 25475: Terrorismo – inciso c (reclutamiento de personas)	Mínima: 25 años	Se incorpora en otro artículo (6-A)	Igual
Art. 3º Decreto Ley 25475: Terrorismo - pertenencia grupo internacional	No prevista	Mínima: 35 años	---
Ley Nº 27765 (Lavado de activos)- Art 1º: Actos de conversión	Mínima: 8 años Máxima: 15 años	Mínima: 8 años Máxima: 15 años	Igual
Ley Nº 27765 (Lavado de Activos) - Art 2º: Actos de ocultamiento	Mínima: 8 años Máxima: 15 años	Mínima: 8 años Máxima: 15 años	Igual
Ley Nº 27765 (Lavado de Activos) - Art 3º: Agravantes - 1er. Supuesto	Mínima: 10 años Máxima: 25 años	Mínima: 10 años Máxima: 25 años	Igual
Ley Nº 27765 (Lavado de Activos) - Art 3º: Agravantes - 2º supuesto	Mínima: 25 años	Mínima: 25 años	Igual
Ley Nº 27765 (Lavado de Activos) - Art 4º: Omisión de comunicación	Mínima: 3 años Máxima: 6 años	Mínima: 4 años Máxima: 8 años	Igual

Elaboración: Defensoría del Pueblo

Como se aprecia, es numerosa la cantidad de tipos penales en los que se mantiene igual la pena. Los supuestos de imposición de pena privativa de libertad, corresponden principalmente a nuevas formas agravadas de delitos, en particular a aquellos susceptibles de ser cometidos por organizaciones criminales.

3.5 Normatividad procesal penal

El Decreto Legislativo Nº 983 incorpora modificaciones a nuestra normatividad penal adjetiva, en desarrollo a la materia delegada.

Un primer aspecto a resaltar en cuanto a la intención del legislador es su dificultad para abordar una normatividad procesal penal dispersa. Asimismo, debe resaltarse el contexto en que estas modificaciones se dan, al encontrarse nuestra normatividad procesal penal en tránsito de un modelo procesal predominantemente inquisitivo a uno de corte esencialmente acusatorio.

Es, por decir lo menos, peculiar que en la actualidad se encuentren vigentes en nuestro país tres códigos procesales penales. Así, a la regulación propia del

Código de Procedimientos Penales de 1940, vigente en gran parte del país, se agregan normas contenidas en el Código Procesal Penal de 1991. Simultáneamente, se encuentra en proceso de implementación progresiva el Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957 en dos distritos judiciales (Huaura y La Libertad)⁴⁶. Sin embargo, cabe tener en cuenta que algunas normas de este cuerpo normativo están vigentes para todo el territorio nacional⁴⁷.

Para la Defensoría del Pueblo, este panorama de normas con diversos regímenes de vigencia territorial y temporal condiciona un especial cuidado por parte del legislador a fin de establecer una sola normatividad o, en el contexto actual, mantener inalterables las normas de aplicación progresiva del nuevo Código. Adicionalmente, este régimen desorienta al ciudadano y al litigante, y los mantiene pendientes de posteriores modificaciones generando inestabilidad en la vigencia de las normas procesales.

En relación a los contenidos estrictamente procesales de las reformas, aparte de la normatividad sobre flagrancia y la duración de la detención preventiva - analizadas en acápite anterior- el tratamiento que el legislador ha adoptado para la incorporación de modificaciones en la regulación del proceso penal ha procurado, en términos generales, adecuar las normas al tratamiento de las nuevas modalidades de la criminalidad organizada. De esta forma, se han incorporado nuevos criterios de juzgamiento asimilables a los principios de oralidad e inmediación, que pueden permitir un mejor juzgamiento, sobre todo en relación a las modificaciones al Código de Procedimientos Penales de 1940.

De modo particular, la Defensoría del Pueblo desea llamar la atención sobre la modificación del artículo 16° del mencionado código, que establece la posibilidad de que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial pueda instaurar un sistema de competencia especial *“para casos de delitos especialmente graves y particularmente complejos o masivos, y siempre que tengan repercusión nacional, que sus efectos superen el ámbito de un Distrito Judicial o que se cometan por organizaciones delictivas”*.

Si bien el uso de salas penales y juzgados de competencia nacional para determinados delitos ha sido una práctica recurrente en los últimos años, en algunas oportunidades cumplió funciones instrumentales para el poder de turno (como ocurrió en la década pasada durante el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori). En otras, ha permitido el desarrollo organizado de procesos y de criterios jurisprudenciales uniformes. Sin embargo, la concentración de expedientes ha acarreado una cierta dilación en los procesos y, para quienes provienen de zonas lejanas de la Capital de la República, dificultades para ejercer los derechos a la defensa y al acceso a la justicia⁴⁸.

⁴⁶ El Decreto Supremo N° 005-2007-JUS, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 5 de mayo de 2007, establece el calendario de implementación progresiva del nuevo Código Procesal Penal, la misma que debe culminar en abril de 2013 con la entrada en vigencia de esta norma en los distritos judiciales de Lima, Lima Norte y Callao.

⁴⁷ Artículos 39° al 41°, mediante Ley N° 28482; artículos 468° al 471° y 508° al 566°, mediante Ley N° 28460; y el artículo 341° mediante Ley N° 28950.

⁴⁸ Sobre un mayor desarrollo de los contenidos del derecho de acceso a la justicia, ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Propuestas básicas de la Defensoría del Pueblo para la reforma de la justicia en el Perú. Generando

En este sentido, para la Defensoría del Pueblo la modificación de las competencias judiciales que se realice al amparo de la nueva legislación debe llevarse a cabo cuando sea estrictamente necesario, y previendo las medidas para un juzgamiento sin demora y con las garantías de defensa y demás derechos ligados a la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidos en la Constitución y en los tratados sobre derechos humanos.

3.6 Normatividad de ejecución penal

El nuevo paquete normativo incluye modificaciones en materia de ejecución penal. Es conocida la crisis por la que atraviesa el Sistema Penitenciario peruano, la que se manifiesta en las condiciones de reclusión en las que se encuentran las personas privadas de libertad, analizadas por diversas instancias de estudio y propuesta⁴⁹, y difundidas regularmente por los medios de comunicación en ocasión de situaciones críticas (motines, protestas, enfrentamientos con consecuencias mortales, etc.). Asimismo, parte del escenario en el que se da esta nueva normativa son las carencias de seguridad interna en los establecimientos penitenciarios. Esto ha llevado a que, incluso, a través del Decreto Legislativo N° 982, se considere como agravante el que una persona *“desde un establecimiento penitenciario donde se encuentre privado de libertad, comet(a) en calidad de autor o partícipe”* determinados delitos (artículo 46-A del Código Penal).

Para la Defensoría del Pueblo, si bien los nuevos decretos legislativos penalizan prácticas existentes, llama la atención sobre la aguda crisis del Sistema Penitenciario, que se expresa en las debilidades de la seguridad interna de los establecimientos penitenciarios.

En este sentido, de lo prescrito en la nueva normatividad de ejecución penal se desprende la necesidad ineludible de no dejar de tomar en cuenta el problema general, más aún cuando éste abarca carencias en el Sistema de Seguridad Interna en los penales. Sin una decidida voluntad del Estado para abordar el conjunto del problema penitenciario, las medidas que se implementen no serán viables. Corresponde al Congreso y al Poder Ejecutivo coordinar acciones integrales que desarrollen una real política penitenciaria, en armonía con las exigencias de la seguridad ciudadana y el respeto de los derechos de las personas privadas de libertad.

Hecha esta introducción se pasará a tocar algunos temas específicos de la nueva normatividad en materia de ejecución penal introducidos por el Decreto Legislativo N° 984.

consensos sobre qué se debe reformar, quienes se encargarán de hacerlo y cómo lo harán – Informe Defensorial N° 109”. Lima, diciembre de 2006. Páginas 86 y siguientes.

⁴⁹ Ver los análisis realizados en: COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN, “Informe Final”, Lima, noviembre 2003, Tomo VI, páginas 479 a 482, y Tomo IX, páginas 139-141; COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – CERIAJUS, “Plan Nacional para la Reforma Integral de la Administración de Justicia”, Abril 2005, páginas 345 y 346; DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Derechos Humanos y Sistema Penitenciario. Supervisión de Derechos Humanos de Personas Privadas de Libertad”, Serie Informes Defensoriales N° 29, Lima, octubre del 2000; DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Supervisión del Sistema Penitenciario 2006 – Informe Defensorial N° 113”. Lima, febrero 2007; entre otros trabajos.

3.6.1 Separación de los internos vinculados a organizaciones criminales

El Decreto Legislativo N° 984, emitido al amparo de las facultades delegadas por Ley N° 29009, establece la necesidad de ubicar a estos internos en ambientes distintos al resto de la población penitenciaria, para lo cual se incorporan nuevas disposiciones al Código de Ejecución Penal:

- Se establece un nuevo criterio de separación de internos (inciso 5° del artículo 11°).
- Se dispone que en los establecimientos penitenciarios transitorios (o los que hagan sus veces), la Junta Técnica de Clasificación considere como criterio de evaluación la pertenencia o vinculación del interno con una organización criminal (artículo 11°-A).
- Se ha de considerar la vinculación del interno con una organización criminal, así como su perfil personal, para clasificarlo en una de las etapas del Régimen Cerrado Especial (artículo 11°-B).

Es clara la necesidad de establecer un adecuado tratamiento y ubicación de los internos vinculados a la criminalidad organizada, garantía establecida por el Art. 138°, incisos 21° y 22° de la Constitución. Sin embargo, es necesario asegurar la viabilidad material de las normas que impliquen el desarrollo de este buen propósito. De esta forma, se debe procurar la provisión de recursos económicos necesarios al Instituto Nacional Penitenciario (INPE) para que implemente los cambios necesarios en la infraestructura penitenciaria, que permitan hacer efectiva la clasificación y separación que la norma ordena. Esta decisión, dada la urgencia de su implementación, podría incluso implicar alguna exoneración de sujeción a normas presupuestales, de contratación o de aprobación previa por parte del Sistema Nacional de Inversión Pública – SNIP, buscando siempre resguardar el buen y eficiente uso de los fondos públicos.

Por otro lado, se hace necesario establecer con precisión los contenidos que permitirán al operador penitenciario definir los alcances de sus criterios para efectuar correctamente la clasificación de las personas privadas de libertad, lo que corresponde a un desarrollo reglamentario del Decreto Legislativo N° 984. De este modo, se debe:

- Establecer con claridad las situaciones que deberán considerarse, para efectos de la clasificación penitenciaria, como “criminalidad organizada”: tipo de delito, forma de la organización, niveles de jerarquía, etc.; más allá de lo que se establezca en los mandatos judiciales que determinan la detención (preventiva, definitiva o pena privativa de libertad). Esto, en razón a procurar que la finalidad de una clasificación que conlleva un conjunto de restricciones de derechos no quede librada únicamente al criterio del personal penitenciario.

- Precisar criterios que permitan apreciar el grado de vinculación a la criminalidad organizada, sobre todo la vinculación mínima o circunstancial que podría implicar – incluso – la no pertenencia a la organización. Para ello se requiere que la reglamentación desarrolle algunos criterios para que el personal penitenciario pueda determinar qué tipo de vinculaciones o nivel de participación son las que hacen necesaria una clasificación como la señalada en la norma penitenciaria.

3.6.2 Creación de tres etapas en el Régimen Cerrado Ordinario

Mediante la incorporación del artículo 11º-C en el Código de Ejecución Penal, se establece que el Régimen Cerrado Ordinario tendrá ahora tres etapas diferenciadas (máxima seguridad, mediana seguridad y mínima seguridad), en las cuales los internos bajo este régimen deberán ser clasificados. Estas etapas, expresamente diferenciadas en la norma legal, implican que los internos deberán ubicarse en ambientes separados. La progresión de una etapa a otra se logra mediante 3 evaluaciones favorables continuas, realizándose cada una de ellas semestralmente.

Para la puesta en práctica de dicha clasificación, la Disposición Final Única del Decreto Legislativo N° 984 señala que en los próximos 180 días se deberán iniciar los trámites y procedimientos de clasificación penitenciaria.

Si bien con esa disposición se busca lograr un mayor orden al interior de los establecimientos penitenciarios, consideramos que esta especificación pudo haberse realizado a través de una modificación del Reglamento del Código de Ejecución Penal y no de una norma con rango legal. De hecho, la diferenciación de etapas vigente para el Régimen Cerrado Especial, el mismo que también tiene tres etapas de la misma denominación, se establece en el mencionado reglamento.

Aparte de esta apreciación en cuanto a la sistematicidad de la norma, es claro que su aplicación podría originar serias dificultades para el INPE y el personal penitenciario. Al respecto debe considerarse que:

- El Régimen Cerrado Especial se aplica únicamente en el penal de *Piedras Gordas* (Ancón, Lima) para los 439 internos que en él se encuentran reclusos⁵⁰. El Régimen Cerrado Ordinario, se aplica al resto de la población penitenciaria (98.9% del total de esta población). Como es de público conocimiento, para esta población las condiciones de hacinamiento y sobrepoblación son críticas⁵¹.
- Si bien existen criterios de clasificación vigentes en la normatividad de ejecución penal, lo cierto es que a excepción de la separación entre varones y mujeres, el resto de los criterios no se cumplen en la práctica debido a la insuficiente y precaria infraestructura penitenciaria. Ante esta

⁵⁰ Datos en: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO. “Informe Estadístico – Junio 2007”.

⁵¹ Esto lo ha podido constatar la Defensoría del Pueblo en DEFENSORÍA DEL PUEBLO “Informe Defensorial N° 113: Supervisión del Sistema Penitenciario 2006”.

realidad, es evidente la dificultad que el INPE tendrá para habilitar ambientes diferenciados de acuerdo con el nuevo marco normativo.

- La clasificación inicial para las nuevas etapas del Régimen Cerrado Ordinario incorporadas con el Decreto Legislativo N° 984, a realizarse dentro de los 180 días de vigencia de la norma, y las evaluaciones semestrales a cada uno de los internos presenta serios problemas de aplicación. En la medida que es necesario evaluar a cerca de 40,000 internos que se encuentran en el Régimen Cerrado Ordinario a nivel nacional⁵², los recursos humanos con los que cuenta el INPE son bastante limitados, pues se cuenta con pocos profesionales: 138 psicólogos, 100 trabajadores sociales y 86 abogados⁵³.

Estas consideraciones deben llamar la atención respecto a las dificultades para la efectiva separación de los internos y especialmente la capacidad del personal penitenciario para realizar las evaluaciones. Sobre este último aspecto debe señalarse que este personal ya muestra serios problemas para poder atender su labor de tratamiento penitenciario y la formación de los expedientes de beneficios penitenciarios⁵⁴.

Corresponde, en consecuencia, incrementar los recursos presupuestarios al INPE para contratar nuevo personal penitenciario para la real implementación de las etapas del Régimen Cerrado Ordinario que se han introducido con el Decreto Legislativo N° 984. De otra forma, esta modificación puede quedar exclusivamente en su previsión formal.

3.6.3 Pago del íntegro de la reparación civil para acceder al beneficio penitenciario de liberación condicional

Un aspecto adicional en materia de ejecución penal, incorporado específicamente para el delito de terrorismo, es la modificación de los requisitos para acceder al beneficio de liberación condicional.

Al respecto, cabe señalar que mediante el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 985 se ha modificado el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 927, Decreto Legislativo que regula la ejecución penal en materia de delitos de terrorismo, estableciendo el pago del íntegro de la reparación civil o la presentación de fianza personal, como requisito indispensable para la concesión del mencionado beneficio penitenciario.

La inclusión de esta norma brinda la oportunidad para reflexionar sobre sus alcances y efectos sobre la población penal, más aún cuando normas similares ya se han dictado para otros delitos.

⁵² Según los ya referidos datos del INPE, a junio de 2007 se cuenta con una población penal de 40,005 internos a nivel nacional.

⁵³ Datos a agosto del 2006, consignados en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, "Supervisión del Sistema Penitenciario 2006 – Informe Defensorial N° 113". Lima, febrero 2007. Página 47. Cabe tener en cuenta que en el último año no se ha incrementado el personal en labores de tratamiento sino solo en materia de seguridad.

⁵⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Op.cit.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo quiere dejar sentada la importancia que otorga a instituciones jurídicas que favorezcan la situación de las víctimas de los delitos, tales como la reparación civil, más aún cuando se trata de víctimas directas. Sin embargo, es necesario también llamar la atención sobre la posibilidad de que la implementación de este tipo de normas tenga como efecto un incremento en la población penal, por el recorte de beneficios ya concedidos ante la posibilidad de que el condenado no pueda pagar la reparación civil. Dada la crisis del sistema penitenciario, la condición social de este último debe ser el criterio orientador para la aplicación razonable y proporcional de esta norma.

Por otro lado, habría que tener presente que la inclusión de un criterio objetivo de tipo patrimonial y pecuniario no debería interpretarse de manera rígida por parte del juzgador, dejando en un segundo plano los informes técnico profesionales de tratamiento, que dan sustento y certifican el grado de resocialización del interno (al fin y al cabo, objeto del régimen penitenciario como lo consagra el artículo 139º, inciso 22º de la Constitución).

De esta forma, una persona con un grado de resocialización técnicamente probado y listo para reincorporarse a la sociedad, puede ver limitada su excarcelación por falta de medios económicos para pagar la reparación civil, ofrecer algún tipo de fianza o satisfacer el tipo de fianza requerida judicialmente.

3.7 Normatividad sobre adolescentes en conflicto con la ley penal y tratamiento del Pandillaje Pernicioso

El tratamiento de las conductas que infringen la ley penal por parte de quienes, precisamente, carecen de responsabilidad penal, es un aspecto especialmente sensible al momento de diseñar políticas criminales. Por un lado, se configura la necesidad de resguardar los derechos de quienes se hallan aún en un proceso personal de formación, dándoles pautas para modificar sus conductas. Por otro lado, se encuentra la necesidad de la sociedad de afrontar situaciones de afectación a la seguridad de los ciudadanos que, con visos de generalización, aparecen con la evidente participación de menores de edad. Sin llegar a los niveles de gravedad que se presentan en otras latitudes, es importante tratar el tema a fin de que los objetivos de protección al menor y de seguridad de la ciudadanía no colisionen, sino que se complementen.

En esta línea, se analizarán algunos temas resaltantes incorporados al amparo de las facultades delegadas.

3.7.1 Ampliación de la medida de internación hasta seis años para todas las infracciones

El Decreto Legislativo N° 990 modifica sustancialmente el artículo 235º del Código de los Niños y Adolescentes, ampliando el límite máximo de la medida de internamiento de 3 a 6 años.

Hasta antes de la vigencia de esta norma existía un doble límite máximo para la internación: 3 años para todas las infracciones, salvo el caso del pandillaje pernicioso en donde el límite llegaba a los 6 años. De esta manera, al establecerse un único límite máximo, en la práctica se duplica para el resto de infracciones.

Para la Defensoría del Pueblo, este incremento en la medida privativa de libertad no tiene un sustento técnico que lo justifique. Al respecto, se hace evidente una vez más la necesidad de una exposición de motivos que explicita este sustento. Se debe recordar que la versión original del Código de los Niños y Adolescentes no incluía la figura del pandillaje pernicioso y que su inclusión fue realizada en un contexto de especial inseguridad por la aparición del fenómeno del pandillaje, lo que supuso -como mecanismo excepcional- la aplicación del internamiento hasta por 6 años únicamente en los supuestos más graves, no modificándose en el resto de infracciones al considerarse que se trataba de una medida de excepción.

En tal sentido, resulta necesario realizar una revisión de los motivos que llevan al incremento en la privación de libertad, que al ser un periodo tan largo puede llevar a desnaturalizar el sentido de una medida socio-educativa, para convertirla en la práctica en una pena de cárcel, similar a la del adulto.

Uno de los planteamientos de la *Convención sobre los Derechos del Niño* es marcar una clara diferencia entre la pena aplicada a un adulto y la medida socioeducativa, especialmente la de internamiento, la cual debe ser empleada sólo en los casos estrictamente necesarios y por el plazo mínimo indispensable. En consecuencia, una internación tan extensa como la prevista en el Decreto Legislativo N° 990 corre el peligro de afectar las disposiciones de la Convención.

Según lo ha constatado la Defensoría del Pueblo, en la actualidad los centros juveniles se encuentran sobrepasados en su capacidad de internamiento, evidenciándose en algunos de ellos sobrepoblación, por lo que un mayor plazo de permanencia de los adolescentes en estos centros incrementará el número de internos, agudizando dicha sobrepoblación y, por ende, una situación de afectación potencial a sus derechos. Asimismo, puede limitar más aún los recursos, materiales y humanos, con los que cuenta la Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial para brindar los servicios que implican el tratamiento de los adolescentes infractores⁵⁵.

Por lo tanto, para la Defensoría del Pueblo, el incremento al doble del máximo de tiempo de la medida de internación debe encontrarse debidamente justificada, en particular en un informe técnico de la Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial, a fin de verificar si el programa de atención al adolescente infractor actualmente vigente requiere de una ampliación en el lapso de permanencia en el centro juvenil.

⁵⁵ Ver DEFENSORÍA DEL PUEBLO “La situación de los adolescentes infractores de la ley penal privados de libertad (supervisión de los centros juveniles – 2007) - Informe Defensorial N° 123”. Lima, julio 2007.

Asimismo, la Defensoría invoca a los magistrados que deberán aplicar la norma a hacerlo siempre que esto no conlleve una afectación al principio de proporcionalidad, especialmente tratándose de infracciones de escasa o mediana lesividad.

3.7.2 Incorporación al Código Penal de la figura del pandillaje pernicioso

El Decreto Legislativo N° 982 incorpora al Código Penal la figura del pandillaje pernicioso (artículo 148^o-A), sancionando a los mayores de edad que instiguen o participen en las acciones de este tipo. Las sanciones que se establecen son severas (hasta 35 años de cárcel en los casos agravados).

Para la Defensoría del Pueblo, la configuración de este tipo penal pone fin a un tratamiento diferenciado hacia el adolescente. En efecto, anteriormente esta conducta se encontraba tipificada sólo para los menores de edad mientras que a los adultos que participaban en la comisión de este delito se les procesaba en calidad de instigadores en aplicación de normas de la parte general del Código Penal.

No obstante, resulta necesario revisar la pertinencia de sanciones penales tan severas para el caso de los adultos en la medida que puede estarse penalizando desproporcionadamente una conducta, sin tomar en cuenta que a otros delitos de mayor o similar gravedad se les ha asignado una pena menor.

3.7.2.1 Restricción de la edad del sujeto de derecho del sistema penal juvenil

Siguiendo los lineamientos de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código de los Niños y Adolescentes (en su versión original de 1993 y la vigente del 2000), en concordancia con el Código Penal, establece que toda persona menor de 18 años es inimputable.

Sin embargo, al mismo tiempo, se ha reconocido una capacidad especial para que algunos menores de edad respondan por la violación de una norma penal, por lo que se separó a los niños (hasta los 12 años) de los adolescentes (12 a 18 años). Así, mientras los primeros eran inimputables e irresponsables, los segundos no obstante ser inimputables, pueden ser sometidos a un proceso judicial por la comisión de una infracción penal ante un juez de familia, con derechos y garantías asimilables a los que goza un adulto en un proceso penal, Si un adolescente resulta responsable de una infracción penal se le puede imponer, entonces, alguna medida socioeducativa, incluyendo la internación en un centro juvenil.

Esta situación ha sido modificada sustancialmente por el Decreto Legislativo N° 990, al establecer que en los casos de adolescentes entre 12 a 14 años el tratamiento será similar al de un niño, en tanto sólo será pasible únicamente de una medida de protección. Con ello se excluye a este grupo de adolescentes del sistema penal juvenil.

Para la Defensoría del Pueblo, esta medida constituye una innovación interesante en tanto limita las medidas de índole sancionadora y concentra la atención del sistema penal juvenil en aquellos menores entre los 14 a 18 años. Al respecto, debe considerarse que los casos de infractores privados de libertad entre 12 a 14 años sólo representan el 3.2% del total de menores infractores con medida privativa de libertad, por lo que esta disposición no implica incentivar la impunidad de las infracciones penales⁵⁶.

Por lo tanto, la medida constituye un avance hacia la construcción de un sistema penal juvenil adecuadamente delimitado y únicamente utilizable en los casos de estricta necesidad, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño.

3.7.2.2 Dosificación de la medida de internación según la edad del adolescente y la gravedad de la infracción

El Decreto Legislativo N° 990, al modificar los artículos 193° a 196° de la Ley N° 27337 –Código de los Niños y Adolescentes- e incorporar el artículo 194°-A, establece posibles medidas de internación diferenciadas de acuerdo a la gravedad de la infracción y la edad del adolescente, lo que a juicio de la Defensoría del Pueblo constituye una innovación adecuada.

De esta manera, se tiende hacia una aplicación proporcional de las medidas socioeducativas, especialmente la de internación, sustentadas en el hecho que una mayor edad del adolescente conlleva un mayor conocimiento y responsabilidad por sus actos.

Esta disposición es similar a la seguida en otras legislaciones, como en El Salvador⁵⁷, en donde mediante un sistema de listado de infracciones se regula la aplicación de las medidas a los adolescentes en razón a la gravedad.

Por ello, si bien no se ha asumido algunas de las propuestas formuladas por la Defensoría del Pueblo, recogiendo las Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, respecto a la derogación de la figura del pandillaje, lo cual hubiese sido lo deseado, las disposiciones del Decreto Legislativo N° 990 constituyen un avance, dado que regulan de mejor manera la imposición de medidas socioeducativas para los adolescentes involucrados en infracciones de pandillaje pernicioso.

3.8 Proceso de pérdida de dominio

3.8.1 Consideraciones previas

El Decreto Legislativo 992 ha creado un nuevo proceso dentro del sistema jurídico peruano, dirigido a extinguir los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna (artículo 1°), caracterizándolo como un proceso “*de naturaleza jurisdiccional, de carácter real, de contenido patrimonial, que se*

⁵⁶ Datos a febrero de 2007, DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Op. cit, página 42.

⁵⁷ Ley Penal Juvenil de El Salvador, Decreto Legislativo N° 863 del 8 de junio de 1994

tramita como proceso especial (...) que procede contra bienes o cualquier título, derecho real o patrimonial, principal o accesorio, independiente de quien ostente la posesión o la propiedad". Asimismo, es autónomo, es decir, independiente y distinto de cualquier otro proceso (artículo 6°), regulándose por las normas procesales contenidas en el propio decreto legislativo y, subsidiariamente, por las reglas del Código Procesal Penal o del Código Procesal Civil, según corresponda (artículo 7°).

Al respecto, cabe precisar que este proceso –que no tiene antecedentes en nuestra legislación- es distinto de las medidas procesales penales dirigidas al aseguramiento del pago de la reparación civil por comisión de delitos o de las sanciones administrativas de decomiso previstas en las leyes de la materia.

Se trata de una nueva forma de extinción de la propiedad que tiene por finalidad terminar el vínculo real entre el propietario y el bien, a favor del Estado. Se genera por el origen ilícito de la relación de propiedad y en caso de concretarse la pérdida de dominio, no existe ninguna contraprestación por parte del Estado, precisamente por ese tipo de origen.

3.8.2 Inconstitucionalidad del proceso en relación con los límites de la materia delegada por el Congreso

Uno de los principales problemas relacionados con la implementación de este nuevo proceso puede advertirse a partir de la definición de las causales para su inicio. De acuerdo con el artículo 2° del Decreto Legislativo 992, existen supuestos en los cuales el inicio de este proceso guarda relación con un proceso penal, ya sea en etapa de investigación preliminar, trámite o cuando hubiese culminado con el archivo del mismo. En este grupo se encuentran los casos en que el agente sea miembro de una organización criminal o cometa algún tipo de delito especial que guarde relación con el crimen organizado.

Pero a la vez existe otro grupo (literales b, c y d del artículo 2°) en los cuales el supuesto que se indica está referido a la existencia de un origen ilícito del bien, con prescindencia absoluta de que haya existido o vaya a existir un proceso penal. En este grupo nos encontramos ante supuestos en los cuales se evidencia con mayor claridad la naturaleza autónoma e independiente de este proceso: la prescindencia de un proceso penal en el cual esté involucrado el propietario o el bien mismo.

El problema que se deriva de este grupo de supuestos es que presuponen la existencia de una actividad ilícita que sea producto, efecto, instrumento u objeto de los bienes o recursos, derechos o títulos, sobre los cuales se inicia el proceso. Pero dado que estos actos ilícitos no están relacionados necesariamente con un proceso penal y, por tanto, con la comisión de un delito, cabe la posibilidad de que al ser interpretados se incluya dentro de estas actividades ilícitas supuestos ajenos a cualquier delito en general, y en específico a los de crimen organizado, siendo este último el tema materia de delegación a través de la Ley N° 29009.

En ese sentido, atendiendo a que el Poder Ejecutivo se encuentra impedido de

legislar sobre materia ajena a la autorizada, la Defensoría del Pueblo considera que tendría que interpretarse que el proceso de pérdida de dominio solamente sería aplicable cuando los bienes o recursos guarden relación con la comisión de algún delito relacionado con la criminalidad organizada. De esta forma, para iniciar válidamente el proceso, el juez penal estaría obligado a fundamentarlo en la relación existente entre los bienes materia de pérdida con actos ilícitos vinculados con delitos de criminalidad organizada o los otros delitos materia de la delegación, pues de no existir este vínculo, de acuerdo con los límites impuestos por la Ley N° 29009, el proceso no sería aplicable.

Apoya esta interpretación la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 857-2006-PE, presentado al Congreso por el Poder Ejecutivo el 12 de enero de 2007 y que, en lo fundamental, contiene los mismos dispositivos del Decreto Legislativo 992. Allí se sostiene que el objetivo político-criminal del proceso de pérdida de dominio no es atacar la ilicitud del origen de la propiedad en general, sino combatir específicamente el crimen organizado.

No obstante, tanto de la redacción del articulado del Decreto Legislativo 992 como del Proyecto de Ley N° 857-2006-PE, podría inferirse válidamente que el objeto del legislador excede el ámbito de la criminalidad organizada y está dirigido, en general, a combatir todo origen ilícito de la propiedad sobre bienes y recursos, independientemente del contenido penal de estos actos o de su relación con el crimen organizado.

Estas interpretaciones disímiles tienen fundamento en el hecho de que en nuestro sistema jurídico existe una clara distinción entre lo ilícito y lo delictual, siendo lo primero el género que contiene al segundo, que constituye la especie. De este modo, puede afirmarse que todo delito es ilícito, pero que no todo ilícito constituye delito, pues el ámbito de lo ilícito también abarca contravenciones a la ley de contenido civil o administrativo, por ejemplo, sobre las cuales el Estado no ha optado por imponer sanciones penales.

Abunda en esta indefinición de la normativa contenida en el Decreto Legislativo 992, que no se precise de modo directo que la referencia a actividad ilícita se restrinja a supuestos penales en general o, específicamente, a los de criminalidad organizada, tal como puede advertirse de la redacción de su artículo 2°, en la se hace una referencia bastante amplia de la actividad considerada ilícita.

En esta línea, la Defensoría del Pueblo considera que si el objetivo de introducir este proceso en nuestro sistema es combatir en general la ilicitud del origen de la propiedad, para así dotar al sistema de mayores armas para enfrentar el crimen organizado, sería recomendable que el Congreso regulara a través de una ley en sentido formal la institución de la pérdida de dominio, aplicable a los actos ilícitos en general y no solamente a delitos de crimen organizado.

Esta regulación debería realizarse a través de una ley ordinaria, con el fin de que no existan las limitaciones de materia propias de una delegación de facultades. Ello requiere la derogación previa del Decreto Legislativo N° 992 y

la discusión a profundidad de las disposiciones que regulen dicho proceso, de modo que, tratándose de la limitación de un derecho fundamental como la propiedad, se evite ambigüedades o indefiniciones que faciliten un clima vulneratorio, por parte de Estado, de este derecho.

3.8.3 Eventuales problemas de interpretación del proceso de pérdida de dominio con relación al artículo 70° de la Constitución

Para efectos de garantizar una eficaz aplicación de este proceso, conviene tener en cuenta la regulación constitucional del derecho de propiedad en la Constitución de 1993, que le reconoce la calidad de derecho fundamental a través del inciso 16° del artículo 2°, así como, de acuerdo con su artículo 70°, la configuración de su defensa y promoción como una garantía institucional para el desarrollo económico. Según el Tribunal Constitucional, dicha garantía institucional tiene fundamento en la incuestionable connotación económica del derecho de propiedad, que hace imprescindible su reconocimiento y la creación por parte del Estado de las garantías que permitan la promoción de su adquisición y, por ende, de su tráfico seguro⁵⁸.

En ese orden de ideas, de acuerdo con el mencionado artículo 70°, el derecho de propiedad es inviolable, sin que pueda privarse a nadie de su propiedad sino, *exclusivamente*, a través del proceso de expropiación y por causa de seguridad nacional o necesidad pública.

La exclusividad de la expropiación como mecanismo extintivo de la propiedad podría generar, a nivel judicial, una tendencia interpretativa al momento de evaluar la constitucionalidad del proceso de pérdida de dominio, en tanto parecería que los supuestos de extinción de propiedad estarían limitados únicamente a la expropiación, sin que puedan ser creados legalmente otros mecanismos adicionales.

Es obvio que los otros mecanismos de extinción de propiedad que se encuentran regulados en el Código Civil, tales como la muerte, la enajenación, entre otros, responden al tráfico jurídico civil propio de los actos jurídicos y a la manifestación de voluntad de las personas, como fuente de Derecho, por lo que no necesita de un permiso constitucional expreso, ya que dichas formas encuentran amparo en el inciso 14° del artículo 2° de la Constitución (libertad de contratación) y en otras normas complementarias.

Lo que distingue al proceso de pérdida de dominio es que ha sido regulado como un proceso ajeno a cualquier tipo de tráfico o materia justiciable ordinariamente (penal, administrativa, civil, etc.), que no guarda relación con ninguna otra normativa, ni siquiera con el supuesto de fin ilícito que como causal de nulidad del acto jurídico se encuentra previsto en el artículo 140° del Código Civil.

El cuestionamiento podría provenir, por tanto, a través de una interpretación restrictiva del artículo 70° de la Constitución, que afiance la idea de que no

⁵⁸ Al respecto, puede verse STC 0016-2002-AA/TC, fundamento 5°.

puede establecerse supuesto distinto a la expropiación como causal de pérdida de la propiedad.

Para resolver este asunto, podría tenerse en cuenta el cuarto párrafo del artículo 1° del Decreto Legislativo en análisis. Allí, al expresar los principios que rigen al proceso de pérdida de dominio, se indica que de acuerdo con el principio de ilicitud, *“el dominio sobre derechos y/o títulos sólo pueden adquirirse a través de mecanismos compatibles con nuestro ordenamiento jurídico y sólo a éstos se extiende la protección que aquél brinda. La adquisición o destino de bienes ilícitos no constituyen justo título”*.

Como se ve, lo que subyace a este principio es la posición del legislador delegado en el sentido de que no sería necesaria la previsión constitucional del supuesto de pérdida de dominio para que ésta pueda ser desarrollada legislativamente, ya que esta consecuencia jurídica –la extinción de la propiedad por origen ilícito- se encuentra contenida de modo implícito en el propio ordenamiento jurídico constitucional.

En ese mismo orden de ideas, la Corte Constitucional Colombiana ha considerado:

“[e]n relación con la declaratoria de extinción de dominio por no satisfacerse la exigencia relacionada con la licitud del título que lo origina, hay que indicar que ello es así en cuanto el ordenamiento jurídico sólo protege los derechos adquiridos de manera lícita, es decir, a través de una cualquiera de las formas de adquirir el dominio y reguladas por la ley civil: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción y siempre que en los actos jurídicos que los formalizan concurren los presupuestos exigidos por ella. Ese reconocimiento y esa protección no se extienden a quien adquiere el dominio por medios ilícitos. Quien así procede nunca logra consolidar el derecho de propiedad y menos puede pretender para sí la protección que suministra el ordenamiento jurídico. De allí que el dominio que llegue a ejercer es sólo un derecho aparente, portador de un vicio originario que lo torna incapaz de consolidarse, no susceptible de saneamiento y que habilita al Estado a desvirtuarlo en cualquier momento.”⁵⁹

De ese modo, tomando en consideración las normas, principios y valores propios de un Estado democrático de Derecho, es posible afirmar que la falta de previsión constitucional del supuesto de pérdida de dominio, no supone que el legislador se encuentre impedido de regular este proceso respecto a situaciones en los que tales valores y principios se encuentren precisamente violentados.

Por ello, la afirmación contenida en el artículo 70° de la Constitución sobre la pérdida de propiedad *exclusivamente* por expropiación, no representa una limitación para el legislador en relación con la configuración procesal que derive

⁵⁹ Sentencia C-740-2003 – Corte Constitucional Colombiana. www.ccc.gov.pe



en la pérdida de dominio. Esta restricción aparente podría ser superada con una interpretación sistemática de la Constitución.

IV. CONCLUSIONES

1. **Sobre la necesidad de adoptar una política criminal con un enfoque integral**

La seguridad ciudadana se ha vuelto una de las principales preocupaciones de los peruanos y peruanas. Responder a la criminalidad organizada plantea al Estado y a la sociedad la necesidad de un enfoque integral. Las medidas legislativas pueden agilizar procedimientos y ampliar facultades para la actuación de los agentes respectivos, pero su efectividad dependerá de mecanismos complementarios para aprovechar adecuadamente estos procedimientos y facultades. Sólo así se podrán obtener los resultados que lleven a reducir la mencionada sensación de inseguridad.

2. **Sobre los decretos legislativos en general**

Al amparo de la Ley N° 29009, el 22 de julio del 2007 se publicaron en el diario oficial *El Peruano* once (11) decretos legislativos, que contemplan normas relacionadas con las etapas de investigación, procesamiento y sanción del crimen organizado. En suma, se mejoran las capacidades de la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial, en orden a combatir la criminalidad organizada, la captura y sanción de delincuentes, así como la desarticulación o debilitamiento de algunas de sus organizaciones.

3. **Sobre la compatibilidad de los Decretos Legislativos con la Constitución y la Ley autoritativa N° 29009**

La Defensoría del Pueblo considera que los siguientes decretos legislativos contienen materias delegadas al Ejecutivo pero cuyo contenido es contrario a la Constitución:

- Decreto Legislativo N° 983, artículo 3º, y Decreto Legislativo 989, artículo 1º, en la parte que reforman el artículo 259º del nuevo Código Procesal Penal y el artículo 4º de la Ley N° 27934, ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito. Estas normas son inconstitucionales en lo que respecta a la ampliación de la definición de flagrante delito.
- Decreto Legislativo N° 983, artículo 2º. Esta norma es inconstitucional en la parte que agrega un nuevo supuesto para prolongar la detención judicial preventiva por más de 36 meses (tercer párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal de 1991).

En cuanto a la posibilidad que se haya producido un exceso respecto a la materia delegada, la Defensoría del Pueblo considera que las siguientes materias no se encontraban autorizadas a ser reguladas al amparo de la delegación de la Ley N° 29009:

- Decreto Legislativo N° 982, artículo 1º, en la parte que agrega un inciso al artículo 20º del Código Penal, sobre exención de responsabilidad penal al personal de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
- Decreto Legislativo N° 982, artículo 2º, en la parte que modifica el artículo 200º del Código Penal, sobre el delito de Extorsión, sancionando por su participación en huelgas a funcionarios públicos con poder de decisión y que desarrollan cargos de confianza y de dirección.

Asimismo, la Defensoría del Pueblo ha identificado que 37% de las reformas a la legislación penal y procesal penal previstas en diez de los once decretos legislativos (del 982 al 991) no se relaciona con el crimen organizado ni alguno de los delitos mencionados de forma expresa en la ley autoritativa, sino que contiene cambios normativos generales, aplicables a cualquier tipo penal. Por lo tanto, estas normas también resultan inconstitucionales, por exceder el marco de la delegación de facultades.

4. Sobre la sanción penal a funcionarios públicos que participen en huelga

La modificatoria del artículo 200º del Código Penal, realizada a través del Decreto Legislativo N° 982, para incluir una sanción penal de inhabilitación para funcionarios públicos con poder de decisión, así como los que ejerzan cargos de confianza y de dirección, responde a un fin ajeno al de la sanción de autoridades políticas por contravención al artículo 42º de la Constitución y está dirigido más bien a regular la participación de éstas en actos de protesta no insertos dentro del concepto constitucional de huelga. La modificatoria es asistemática y legislativamente antitécnica, al relacionar indebidamente los conceptos del derecho constitucional de huelga y el delito de extorsión. Asimismo, es inconstitucional por no guardar relación con la materia legislativa delegada a través de la Ley N° 29009, es decir, la lucha contra la criminalidad organizada.

5. Sobre la exención de responsabilidad penal a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional

La modificatoria del artículo 20º del Código Penal, realizada a través del Decreto Legislativo N° 982, que incluye una causal de exención de responsabilidad penal para miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional que actúen en cumplimiento de su deber, excede la materia delegada al Poder Ejecutivo a través de la Ley N° 29009, toda vez que el Ejecutivo no ha sido facultado para desarrollar este tipo de normas penales de alcance general ni se relaciona con la lucha contra el crimen organizado. Adicionalmente, esta modificación es innecesaria pues ya existe un supuesto general de exención de responsabilidad por cumplimiento de deberes legales, previsto en el inciso 8) del artículo 20º del Código Penal.

6. Sobre la ampliación de la definición de flagrancia.

La ampliación de los supuestos de flagrancia contemplados en los decretos legislativos N° 983 y N° 989 son inconstitucionales, al no contemplar adecuadamente los requisitos de percepción directa de la comisión del delito, inmediatez temporal e inmediatez personal, que deben estar presentes en toda definición de flagrante delito. Esta ampliación, asimismo, puede generar serios problemas en la interpretación y aplicación de los citados decretos legislativos, lo que constituye una amenaza a la libertad física de toda persona. El supuesto de flagrancia como una causa para privar de libertad a una persona debe ser una medida excepcional y tener un desarrollo legislativo preciso, que no permita acudir a ella más allá de los supuestos en los que razonablemente cabe considerar que existe flagrancia en la comisión de un delito.

7. Sobre la reforma al plazo de detención judicial preventiva

El artículo 2° del Decreto Legislativo N° 983, en la parte que agrega un nuevo supuesto para prolongar la detención judicial preventiva por más de 36 meses, reformando el artículo 137° del Código Procesal Penal, es inconstitucional, por no ser acorde con los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Así, respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el hecho de que el delito se haya cometido a través de una organización criminal no se relaciona con la posible demora, atribuible al acusado, que pudiera existir en un proceso penal, ni en todos los casos con situaciones que generen graves perjuicios a la sociedad. Respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no concuerda con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben ser observados en materia de límites temporales a la libertad personal.

8. Sobre las reformas a la normativa penal sustantiva e incremento de penas

La adopción de nuevas medidas normativas de carácter penal, sobre todo las que determinen la extensión de penas requieren fundamentarse en criterios objetivos, tales como el análisis de los índices de criminalidad. Sin embargo, ellos no ha ocurrido en la dación de los decretos legislativos dictados al amparo de la Ley N° 29009.

No obstante, cabe resaltar que estos decretos legislativos, al momento de determinar nuevas modalidades delictivas, han seguido una tendencia de incremento de pena menos marcada que en anteriores oportunidades, utilizándose las modificaciones realizadas en el Decreto Legislativo N° 982, de modo preponderante, para introducir nuevos elementos en los tipos penales.

9. Sobre las reformas a la normativa de ejecución penal

El Decreto Legislativo N° 984 establece la necesidad de ubicar a los internos relacionados con la criminalidad organizada en ambientes distintos al resto de

la población penitenciaria, para lo cual se incorporan nuevas disposiciones al Código de Ejecución Penal. Si bien esta medida es importante, es necesario asegurar su viabilidad material a través de la provisión de recursos económicos adecuados para implementar los cambios necesarios en la infraestructura penitenciaria.

De otro lado, mediante la incorporación del artículo 11^o-C en el Código de Ejecución Penal, se establece que el Régimen Cerrado Ordinario tendrá tres etapas diferenciadas (máxima seguridad, mediana seguridad y mínima seguridad), en las cuales los internos bajo este régimen deberán ser clasificados. Sin embargo, existen en la práctica dificultades para la efectiva separación de los internos y sobre la capacidad real del personal penitenciario para realizar las evaluaciones conducentes a la clasificación.

Finalmente, mediante el artículo 3^o del Decreto Legislativo N° 985 se establece el pago del íntegro de la reparación civil o la presentación de fianza personal, como requisito indispensable para la concesión de beneficios penitenciarios a los sancionados por terrorismo. Para la Defensoría del Pueblo, este tipo de normas puede tener como efecto un incremento en la población penal, por el recorte de beneficios ya concedidos ante la posibilidad de que el condenado no pueda pagar la reparación civil o por la aplicación de criterios rígidos al momento de ofrecerse la fianza personal. Dada la crisis del sistema penitenciario, el grado de rehabilitación del interno y la condición social de este último debe ser el criterio orientador para la aplicación razonable y proporcional de esta norma.

10. Sobre las reformas a la normativa penal juvenil y el tratamiento del pandillaje pernicioso

El Decreto Legislativo N° 990 amplía la medida de internación hasta seis (6) años para todas las infracciones a la ley penal. Para la Defensoría del Pueblo, este incremento debe encontrarse debidamente justificado, en particular en un informe técnico de la Gerencia de Centros Juveniles del Poder Judicial. Asimismo, debe recordarse que uno de los planteamientos de la *Convención sobre los Derechos del Niño* es marcar una clara diferencia entre la pena aplicada a un adulto y la medida socioeducativa, especialmente la de internamiento, la cual debe ser aplicada sólo en los casos estrictamente necesarios y por el plazo mínimo indispensable. En consecuencia, una internación tan extensa como la prevista en el Decreto Legislativo N° 990 corre el peligro de afectar las disposiciones de la Convención.

De otro lado, el Decreto Legislativo N° 982 incorpora al Código Penal la figura del pandillaje pernicioso (artículo 148^o-A), sancionando a los mayores de edad que instiguen o participen en las acciones de este tipo. Para la Defensoría del Pueblo, la configuración de este tipo penal pone fin a un tratamiento diferenciado respecto al del adolescente, en tanto anteriormente esta conducta sólo se encontraba sancionada para los menores de edad y los adultos que participaban en pandillas eran penalizados por los delitos que estos grupos cometían en calidad de instigadores. No obstante, resulta necesario revisar la

pertinencia de sanciones penales tan severas para el caso de los adultos, pues resultan mayores que otros delitos de similar o menor gravedad.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 990 establece que en los casos de adolescentes entre 12 a 14 años el tratamiento será similar al de un niño, en tanto sólo será pasible únicamente de una medida de protección. Con ello se excluye a este grupo de adolescentes del sistema penal juvenil. Para la Defensoría del Pueblo, esta medida constituye una innovación interesante en tanto limita las medidas de índole sancionadora y concentra la atención del sistema penal juvenil en aquellos entre los 14 a 18 años. Se trata de un avance hacia la construcción de un sistema penal juvenil adecuadamente delimitado y únicamente utilizable en los casos de estricta necesidad, conforme lo establece la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Finalmente, el Decreto Legislativo N° 990, al modificar los artículos 193° a 196° e incorporar el 194-A a la Ley N° 27337 –Código de los Niños y Adolescentes-, establece posibles medidas de internación diferenciadas de acuerdo a la gravedad de la infracción y la edad del adolescente, lo que a juicio de la Defensoría del Pueblo constituye una innovación adecuada. De esta manera, se tiende hacia una aplicación proporcional de las medidas socioeducativas, especialmente la de internación, sustentadas en el hecho que una mayor edad del adolescente conlleva un mayor conocimiento y responsabilidad por sus actos.

11. Sobre el proceso de pérdida de dominio

El Decreto Legislativo N° 992 ha creado el proceso de pérdida de dominio dentro del sistema jurídico peruano, dirigido a extinguir los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna. Se trata de una nueva forma de extinción de la propiedad que tiene por finalidad terminar el vínculo real entre el propietario y el bien, a favor del Estado. Se genera por el origen ilícito de la relación de propiedad y en caso de concretarse la pérdida de dominio, no existe ninguna contraprestación por parte del Estado, precisamente por ese tipo de origen.

De acuerdo con los límites que impone la delegación de facultades realizada por el Congreso, debería interpretarse que el proceso de pérdida de dominio solamente es aplicable dentro de supuestos relacionados con criminalidad organizada. No obstante, dado que al parecer no ha sido éste el objetivo del legislador al momento de regularlo, conviene que el Congreso de la República precise esta normativa, sea para limitarla expresamente a dicho supuesto o para ampliarla al de cualquier actividad ilícita, en cuyo caso se debería legislar mediante una ley ordinaria.

V. RECOMENDACIONES

En consecuencia, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 26º de su Ley Orgánica, Ley N° 26520, la Defensoría del Pueblo **RECOMIENDA**:

AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA:

1. Derogar el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 982 en el extremo que modifica el artículo 200º del Código Penal para incluir una sanción penal a funcionarios públicos con poder de decisión, que ejerzan cargos de confianza y de dirección, al ser inconstitucional dicha modificatoria por exceder el marco de delegación de facultades de la Ley N° 29009, además de ser asistemática y antitécnica.
2. Derogar el inciso 11) del artículo 20º del Código Penal, modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 982, por establecer un supuesto adicional de exención de responsabilidad penal, por exceder el marco de delegación de facultades de la Ley N° 29009; además de ser una modificación innecesaria dentro de nuestro sistema penal.
3. Discutir y aprobar un régimen de regulación del uso de la fuerza y el empleo de armas de fuego por parte de miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en el marco de sus competencias constitucionales específicas, con pleno respeto a los derechos humanos y teniendo en cuenta el *Código de Conducta para funcionarios encargados de cumplir la ley* y los *Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, ambos documentos de Naciones Unidas. En ese sentido, retomar y ampliar el debate respecto del Proyecto de Ley N° 1374/2006-PE, que propone una regulación al respecto.
4. Derogar el artículo 3º del Decreto Legislativo N° 983 y el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 989, en cuanto modifican el artículo 259º del Nuevo Código Procesal Penal aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 y el artículo 4º de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, respectivamente. En consecuencia, expedir nuevas normas sobre la materia, que desarrollen conforme a la Constitución el concepto de flagrancia delictiva, para lo cual puede tomarse como referencia la definición que contemplaba el texto original del artículo 259º del nuevo Código Procesal Penal.
5. Derogar el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 983, en la parte que agrega un nuevo supuesto para prolongar la detención judicial preventiva por más de 36 meses (tercer párrafo del artículo 137º del Código Procesal Penal de 1991), por ser contrario a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de ser contraproducente con la finalidad de la delegación de facultades de “obtener resoluciones judiciales oportunas”.

6. Modificar los artículos 194º, 195º, 196º y 235º del Código de los Niños y Adolescentes, modificados a su vez por el artículo 3º del Decreto Legislativo N° 990, que amplían a más de tres años el plazo máximo de la medida de internamiento para adolescentes infractores. En su lugar, restituir el plazo máximo anterior, de tres años, teniendo en cuenta la naturaleza de las medidas socioeducativas, distinta de la pena para adultos. Asimismo, debe tenerse en cuenta las carencias en los centros juveniles, así como las dificultades para ejecutar medidas preventivas de privación de la libertad por más de tres años.
7. Sustituir el Decreto Legislativo N° 992, que regula la pérdida de dominio, por una ley del Congreso, en la medida que regular la extinción de la propiedad obtenida como consecuencia de cualquier actividad ilícita, excede el marco de delegación de facultades de la Ley N° 29009. Alternativamente, se recomienda emitir una norma que precise que el mencionado decreto legislativo se circunscribe al ámbito de la lucha contra la criminalidad organizada.
8. Revisar exhaustivamente el conjunto de decretos legislativos expedidos al amparo de la Ley N° 29009, de modo que se identifiquen aquellas normas que no se relacionan con el crimen organizado ni con alguno de los delitos mencionados en dicha ley. Una vez identificadas, debe procederse a su derogación, sin perjuicio de aprobar su contenido a través de una ley del Congreso.

AL MINISTERIO PÚBLICO:

9. Fortalecer y difundir el trabajo del Observatorio de Criminalidad a fin de contar con estudios que sirvan de fundamento a las modificaciones que el Congreso o el Poder Ejecutivo propongan en materia de política criminal del Estado; así como brindar a la ciudadanía instrumentos e información adecuada y objetiva sobre el desarrollo del fenómeno de la criminalidad.

AL CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL:

10. En el caso de emplear las facultades para instituir un sistema específico de asignación de competencias, conforme al inciso 2) del artículo 16º del Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 983, asegurar el respeto al debido proceso, especialmente en lo que concierne al juzgamiento sin demora y al correcto ejercicio del derecho a la defensa de los procesados.

A LOS MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO:

11. Evaluar la constitucionalidad de las normas cuya derogación se recomienda al Congreso de la República en los numerales 1, 2, 4 y 5 precedentes y proceder conforme a sus atribuciones, a fin de inaplicarlas en uso de su potestad de control difuso reconocido en el artículo 138º de la Constitución,

en el caso de los jueces, o buscar su interpretación conforme con la Constitución, en el caso de los fiscales.

12. Asumir como criterio de interpretación de las normas contenidas en los decretos legislativos emitidos al amparo de la Ley N° 29009, la definición que sobre “grupo delictivo organizado” se encuentra en la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional* (Convención de Palermo).

A LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA:

13. Diseñar y ejecutar programas de capacitación sobre las nuevas reformas legales contenidas en los decretos legislativos, dirigidas a jueces y fiscales especializados en materia penal.

A LA POLICÍA NACIONAL:

14. Diseñar y ejecutar programas de capacitación sobre las nuevas reformas legales contenidas en los decretos legislativos, dirigidas a policías, según sus especializaciones respectivas.

AL MINISTERIO DE JUSTICIA:

15. Expedir un reglamento que precise los criterios que tendrá que aplicar el operador penitenciario para implementar la clasificación del nuevo Régimen Cerrado Ordinario introducido por el Decreto Legislativo N° 984.
16. Exponer en el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana los objetivos buscados por el conjunto de los decretos legislativos en orden a la política criminal del Estado, especialmente la referida a la criminalidad organizada y el pandillaje pernicioso.

AL MINISTERIO DEL INTERIOR

17. Exponer en el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana la política criminal del gobierno en materia de criminalidad organizada y pandillaje pernicioso, y proponer que se tenga en cuenta para la elaboración del Plan Nacional de Seguridad Ciudadana del año 2008.

AL MINISTERIO DE ECONOMÍA:

18. Aumentar el presupuesto del Instituto Nacional Penitenciario para implementar los espacios físicos a fin de efectivizar la nueva clasificación penitenciaria del Régimen Ordinario Cerrado introducido por el Decreto Legislativo N° 984, y para contratar nuevo personal profesional que realice las labores técnico penitenciario de evaluación y clasificación.

ANEXO

CUADRO DE REFORMAS LEGALES
CONTENIDAS
EN LOS DECRETOS LEGISLATIVOS
DICTADOS AL AMPARO
DE LA LEY N° 29009

ANEXO 1: CUADRO DE REFORMAS LEGALES CONTENIDAS EN LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS AL AMPARO DE LA LEY N° 29009

N°	Decreto Legislativo N° 982, que modifica el Código Penal	Materia delegada por Ley 29009 o materia no delegada
	Artículo 1°: Modifica la Parte General del Código Penal	
1	En el artículo 2° inciso 2°: Añade el lavado de activos como un supuesto que permite la aplicación de la ley peruana para un delito cometido en el extranjero.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
2	En el artículo 20°: Añade un inciso para establecer la inimputabilidad de los policías y militares que, en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, causen lesiones o muerte.	Materia no delegada.
3	En el artículo 29°: (No se ha establecido ninguna modificación).	Materia no delegada.
4	En el artículo 46°-A (tercer párrafo): Se agrava la pena si los que fueron militares, policías, autoridades, funcionarios o servidores públicos utilizan los conocimientos adquiridos en el ejercicio de sus funciones para cometer un delito.	Materia no delegada.
5	En el artículo 46°-A (cuarto párrafo): Se establece como agravante el hecho que los reclusos cometen delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, trata de personas, terrorismo, extorsión o secuestro.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
6	En el artículo 57°: Se establece que la ejecución de la pena no se suspenderá si el agente es reincidente o habitual.	Materia no delegada.
7	En el artículo 102°: Se precisa que para impedir el decomiso debe existir un proceso autónomo y se permite que el juez ordene la incautación.	Materia no delegada.
8	En el artículo 105°: Se precisa que el cambio de razón social, personería jurídica o reorganización societaria no impide la aplicación de las medidas contenidas en este artículo.	Materia no delegada.
	Artículo 2°: Modifica e incorpora artículos a la Parte Especial del Código Penal	
9	En el artículo 148°-A: Se incrementa la pena a más de 20 años para determinados agentes del pandillaje pernicioso.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
10	En el artículo 152°: Se añaden varios incisos que agravan la pena por el delito de secuestro.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
11	En el artículo 195°: Se incrementa la pena de la forma agravada del delito de receptación si se trata de bienes provenientes de secuestro, extorsión y trata de personas.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
12	En el artículo 200°: Se redefine el delito de extorsión, estableciendo que la víctima de este delito puede ser el Estado.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
13	En el artículo 296°: Se redefine el delito de tráfico ilícito de drogas, especificando que no sólo incluye la comercialización sino también la provisión, producción y acopio de materias primas para la elaboración ilegal de drogas.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).

14	En el artículo 296°-A: Se especifica que la adormidera tendrá el mismo regimen que la coca, amapola o marihuana.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso c).
15	En el artículo 297°: Se penaliza la tenencia de 15 gramos de éxtasis.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso c).
16	En el artículo 298°: Se incluye al extasis y se penaliza la distribución de pegamentos sintéticos acondicionados para su inhalación.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso c).
17	En el artículo 299°: Se establece que la posesión de 200 miligramos de extasis destinado al consumo personal no constituye delito.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso c).
18	En el artículo 316°: Se penaliza la apología a favor de los delitos materia de delegación y a otros delitos.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso c).
19	En el artículo 317°: Se agrava la pena del delito de asociación ilícita cuando se relacione a los delitos materia de la delegación.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
20	En el artículo 367°: Se incrementan las penas de las formas agravadas de los delitos de violencia y resistencia a la autoridad.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso c).
21	En el artículo 404°: Establece que las materias delegadas constituyen agravantes del delito de encubrimiento personal.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
22	En el artículo 405°: Establece que las materias delegadas constituyen agravantes del delito de encubrimiento real.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
23	En el artículo 409°-A: El primer párrafo incorpora el delito de obstrucción de la justicia.	Materia no delegada.
24	En el artículo 409°-A: El segundo párrafo establece que las materias delegadas constituyen agravantes del delito de obstrucción a la justicia.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
25	En el artículo 409°-B: Se incorpora el delito de revelación indebida de identidad del delito.	Materia no delegada.
26	En el artículo 417°-A: El primer y segundo párrafo incorpora el delito de insolvencia provocada con la finalidad de evitar el pago de la reparación civil a la víctima.	Materia no delegada.
27	En el artículo 417°-A: El tercer párrafo establece que las materias delegadas constituyen agravantes del delito de obstrucción a la justicia.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso c).

Nº	Decreto Legislativo N° 983, que modifica el Código de Procedimientos Penales, el Código Procesal Penal de 1991 y el nuevo Código Procesal Penal	Materia delegada por Ley 29009 o materia no delegada
	Artículo 1: Modifica el Código de Procedimientos Penales	
1	En el artículo 16°: Se establece la competencia nacional de los jueces de la capital para conocer los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, así como secuestro y extorsión que afecten a funcionarios del Estado	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y d).
2	En el artículo 94°: Se permite la incautación judicial de los efectos, bienes e instrumentos del delito aunque se encuentren en poder de terceros. El juez del proceso penal deberá trabajar coordinadamente con el juez del proceso pérdida de dominio para evitar que la incautación perturbe la actividad probatoria del proceso penal	Materia no delegada.
3	En el artículo 97°: Obligación de inscribir la incautación sobre los bienes registrables aunque no se encuentren a nombre del inculpado	Materia no delegada.
4	En el artículo 102°: Se establece la excepción de levantar las medidas cautelares, a pesar de la declaración de irresponsabilidad del inculpado o de terceros, cuando se trata de bienes intrínsecamente delictivos	Materia no delegada.
5	En el artículo 188°: Se impide devolver los objetos materia del delito si son intrínsecamente delictivos y se encuentran dentro de un proceso autónomo	Materia no delegada.
6	En el artículo 238°: Se establece que la carga de fundamentar la pertinencia de nuevos testigos o peritos en el proceso es responsabilidad de quien los presenta	Materia no delegada.
7	En el artículo 244°: En el inciso 2) Se establecen nuevas reglas para el desarrollo del interrogatorio al acusado	Materia no delegada.
8	En el artículo 248°: Se establece que los testigos podrán ser confrontados con sus anteriores declaraciones hechas ante el juez o fiscal	Materia no delegada.
9	En el artículo 251°: Se establecen nuevas reglas para el desarrollo del interrogatorio a los testigos y se precisa una forma específica para el testigo menor de 16 años	Materia no delegada.
10	En el artículo 260°: Se fusionan los antiguos artículos 260 y 261 del Código de Procedimientos Penales	Materia no delegada.
11	En el artículo 261°: Se permite que las pruebas actuadas y la sentencia firme de un proceso sean valorados como pruebas en otros procesos	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso d).
12	En el artículo 263°: Se detalla la forma en que debe realizarse la acusación complementaria del Fiscal	Materia no delegada.
13	En el artículo 267°: Se establece que la suspensión del juicio oral es excepcional y debe estar debidamente fundamentada	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso d).
	Artículo 2: Modifica el Código Procesal Penal de 1991	
14	En el artículo 173.º En el tercer párrafo se incluye como causal para la ampliación del tiempo de detención preventiva más allá de 36 meses, si el delito ha sido cometido por una organización criminal y existen indicios de que el imputado se sustraiga o perturbe el proceso	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y d).

	Artículo 3º: Modifica el nuevo Código Procesal Penal	
15	En el artículo 24º: Se establece la competencia nacional de los jueces de la capital para conocer los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, secuestro y extorsión que afecten a funcionarios del Estado	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso d).
16	En el artículo 259º: Se redefine el concepto de flagrancia delictiva	Materia no delegada.
17	En el artículo 318º: Obligación de inscribir la incautación sobre los bienes registrables aunque no se encuentren a nombre del inculpado	Materia no delegada.
18	En el artículo 319º: Se añade el requisito de buena fe para la procedencia del reexamen de la incautación	Materia no delegada.
19	En el artículo 382º: Se establecen nuevas reglas para la actuación de la prueba material	Materia no delegada.
20	En el artículo 523º: Se incorpora como causal de arresto provisorio o de pre extradición si el sujeto se encuentra requerido por INTERPOL y está plenamente ubicado en nuestro territorio. Se detalla la forma en que este arresto debe realizarse	Materia no delegada.

N°	Decreto Legislativo N° 984, que modifica el Código de Ejecución Penal	Materia delegada por Ley 29009 o materia no delegada
	Artículo 1°: Modifica el Código de Ejecución Penal	
1	En el artículo 11° inciso 5: Se añade un criterio adicional para la separación de los internos según su vinculación a organizaciones criminales	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso g).
	Artículo 2°: Incorpora artículos al Código de Ejecución Penal	
2	En el artículo 11°-A: Se establece que la vinculación a una organización criminal es un criterio de evaluación para la ubicación de los internos en los centros penitenciarios	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso g).
3	En el artículo 11°-B: En el primer párrafo se establecen disposiciones generales sobre el Régimen Cerrado Ordinario y el Cerrado Especial	Materia no delegada.
4	En el artículo 11°-B: En el segundo se establecen criterios para la clasificación de los internos en el Régimen Cerrado Especial.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso g).
5	En el artículo 11°-C: Se establece la estructura del Régimen Ordinario Cerrado según se requiera de máxima, mediana y mínima seguridad, así como los requisitos para que los internos se trasladen de una a otra etapa.	Materia no delegada.
6	En el artículo 11°-C: En un párrafo especial se establece que los internos pertenecientes a organizaciones criminales que no hayan sido ubicados en el Régimen Cerrado Especial estarán en la etapa de máxima seguridad del Régimen Cerrado Ordinario.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso g).

Nº	Decreto Legislativo N° 985, que modifica el Decreto Ley N° 25475, sobre la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio, el Decreto Legislativo N° 923, que fortalece organizacional y funcionalmente la Defensa del Estado en delitos de terrorismo, y el Decreto Legislativo N° 927, que regula la ejecución penal en materia de terrorismo.	Materia delegada por Ley 29009 o materia no delegada
	Artículo 1º: Modifica e incorpora artículos al Decreto Ley N° 25475	
1	En el artículo 3º: Se incorpora como agravante del delito de terrorismo el hecho de que la persona haya coordinado su acción con una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas o tenga vinculación con organizaciones terroristas internacionales	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
2	En el artículo 4º: Se considera que el delito de terrorismo puede tener carácter internacional y se penalizan las acciones previas que las personas realicen para concretar este delito	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
3	En el artículo 6º-A: Se especifican los elementos del tipo penal del delito de reclutamiento de personas para la comisión de actos terroristas	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso c).
	Modifica el Decreto Legislativo N° 923	
4	En el artículo 5º: Se establecen los efectos procesales de la constitución del Estado como parte civil	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso d).
	Modifica el Decreto Legislativo N° 927	
5	En el artículo 4º: Se establece un requisito económico para la procedencia del pedido de libertad condicional (previo pago de la reparación civil).	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso g).
6	En el artículo 4º: Se establece que los condenados a terrorismo no podrán acogerse a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por trabajo, educación, semilibertad y libertad condicional	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso g).

Nº	Decreto Legislativo N° 986, que modifica la Ley N° 27765, ley penal contra el lavado de activos	Materia delegada por Ley 29009 o materia no delegada
	Artículo Unico: Modifica la Ley N° 27765	
1	En el artículo 1º: Se modifica la redacción de la disposición normativa. Se reemplaza "con la finalidad de evitar" por "y dificulta".	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso c).
2	En el artículo 2º: Se considerarán como actos de ocultamiento la administración o transporte de los bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito se conoce o presume.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso c).
3	En el artículo 3º: Se añade que el dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes de delitos de secuestro, extorsión, trata de personas y delitos contra el patrimonio cultural también constituyen formas agravadas del delito de lavado de activos.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
4	En el artículo 4º: Se incrementa la pena por el delito de omisión de comunicar las operaciones o transacciones sospechosas.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y c).
5	En el artículo 6º: Se agrega que podrán ser sujetos de investigación por el delito de lavado de activos, quienes realizaron las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 incisos a) y e).

Nº	Decreto Legislativo N° 987, que modifica la Ley 27378, que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada.	Materia delegada por Ley 29009 o materia no delegada
	Artículo Unico: Modifica el inciso 4) del artículo 1º de la Ley	
1	En el artículo 1º, inciso 4º: Se establece el beneficio de colaboración eficaz para el delito de lavado de activos como delito autónomo y no sólo para el caso de terrorismo.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso e).
	Artículo Unico: Incorpora los incisos 6) y 7), y un párrafo final al artículo 1º de la Ley	
2	En el inciso 6º: Se establece el beneficio de colaboración eficaz para el delito de tráfico ilícito de drogas siempre que sea cometido por una pluralidad de personas.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso e).
3	En el inciso 7º: Se establece el beneficio de colaboración eficaz cuando el agente integre una organización criminal.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso e).
4	En el párrafo final del artículo 1º: Se regula función específica del Fiscal de la Nación y del Fiscal Superior Coordinador	Materia no delegada.

N°	Decreto Legislativo N° 988, que modifica la Ley N° 27379, que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares	Materia delegada por Ley 29009 o materia no delegada
	Artículo Unico: Modifica e incorpora artículos a la Ley N° 27379	
1	En el artículo 1° inciso 3°: Se dispone que las medidas limitativas de derechos podrán ser utilizadas en caso del delito de apología al terrorismo y lavado de activos, suprimiéndose para el supuesto de terrorismo especial.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso e).
2	En el artículo 1° inciso 4°: Se incorpora la aplicación de las medidas limitativas de derechos para los delitos de secuestro y extorsión siempre que sean cometidos por una pluralidad de personas.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso e).
3	En el artículo 1° inciso 5°: Se incorpora la aplicación de las medidas limitativas de derechos cuando el agente integre una organización criminal.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso e).
4	En el artículo 2.a: Se incorpora la incomunicación como medida limitativa de derechos.	Materia no delegada.
5	En el artículo 2° inciso 3°: Se incorpora el secuestro y la incautación de los objetos de la infracción penal así como los efectos como medidas limitativas de derechos.	Materia no delegada.
6	En el artículo 2° inciso 4°: El embargo u orden de inhibición para disponer o gravar se aplicará a los bienes del investigado que puedan ser <u>transferidos</u> por éste, y no sólo a los supuestos de venta -antes contemplado-.	Materia no delegada.
7	En el artículo 2° inciso 7°: Se permite que el fiscal, en el curso de una inspección o allanamiento, pueda examinar y disponer el aseguramiento de bienes provenientes del delito que encuentre en el lugar.	Materia no delegada.
8	En el artículo 2° inciso 8°: Se amplía el plazo de la clausura temporal a 10 días (antes eran 7) que pueden ser prorrogados por el mismo tiempo siempre que existan motivos razonables.	Materia no delegada.
9	En el artículo 3°: Se regula el pedido de medidas limitativas de derechos por parte del procurador público o la autoridad policial al fiscal, quien de considerarlas procedentes, las solicitará al juez penal en un plazo de 24 horas.	Materia no delegada.
10	En el artículo 4°: Se permite la inscripción en Registros Públicos de las medidas recaídas sobre bienes que son efectos del delito y no se encuentran a nombre del investigado. Esto sin perjuicio del derecho del tercero de buena fe.	Materia no delegada.

N°	Decreto Legislativo N° 989, que modifica la Ley N° 27934, que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito	Materia delegada por Ley 29009 o materia no delegada
	Artículo Unico: Modifica e incorpora artículos en la Ley N° 27934	
	Modifica artículo 1° de la Ley:	
1	Se faculta a la PNP, cuando tome conocimiento de hechos delictivos, a intervenir en los mismos aún sin la presencia del fiscal.	Materia no delegada.
2	Se faculta a la PNP, a recibir la manifestación de los presuntos autores del delito, solicitar información a entidades públicas y a realizar las demás diligencias necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos.	Materia no delegada.
3	El fiscal podrá disponer el secreto de las actuaciones en la investigación por un plazo prudencial que necesariamente cesará antes de culminada la mismo.	Materia no delegada.
	Modifica artículo 2° de la Ley:	
4	En delitos cometidos por organizaciones criminales, el fiscal podrá solicitar al juez la convalidación de la detención preliminar hasta por un plazo de 7 días cuando no se presente un supuesto de flagrancia delictiva, el sorprendido en flagrante delito haya evitado su detención o exista peligro de fuga.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso e).
5	Se implementa un mecanismo de consulta obligatoria mediante el cual, el fiscal superior debe revisar la resolución del fiscal provincial que otorga libertad a los investigados por TID, terrorismo y espionaje, antes de 15 días. Sólo luego de esa revisión se absolverá al investigado.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso e).
6	Modifica artículo 4° de la Ley: Se considera flagrancia cuando el agente ha sido identificado por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de la comisión del delito y es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho.	Materia no delegada.
7	Incorpora artículo 2°-A a la Ley: Se regula el procedimiento para la emisión de la orden de detención, la misma que puede ser solicitada por correo electrónico, fascimil, telefónicamente u otro medio de comunicación siempre que el agente esté debidamente identificado.	Materia no delegada.
8	Incorpora artículo 2°-B a la Ley: Se regula el procedimiento para la convalidación de la detención en supuestos de flagrancia y no flagrancia. En ambos, el fiscal pondrá a disposición del juez penal al detenido, quien ese mismo día se pronunciará sobre la convalidación.	Materia no delegada.
9	Incorpora artículo 2°-C a la Ley: Se dispone que el auto que convalida la detención debe estar debidamente motivado por el juez.	Materia no delegada.

10	Incorpora artículo 2º-D a la Ley: Se dispone que al momento de la detención, la PNP informará al detenido la imputación que se le atribuye o el requerimiento hecho por la autoridad y además, se le informará sus derechos.	Materia no delegada.
11	Incorpora artículo 2º-E a la Ley: En casos de convalidación de detención, se faculta al juez a averiguar el avance de las investigaciones, realizar el reconocimiento médico legal del detenido y a su traslado a otro lugar.	Materia no delegada.
12	Incorpora artículo 2º-F a la Ley: Se dispone que luego de vencido el plazo de convalidación de detención, el fiscal presentará la denuncia correspondiente y solicitará al juez las medidas necesarias para llevar a cabo el proceso o las medidas para disponer la libertad del investigado.	Materia no delegada.
13	Incorpora artículo 2º-G a la Ley: Se regula el procedimiento de apelación del auto que dispone la detención preliminar o la convalidación de la misma.	Materia no delegada.
14	Incorpora artículo 2º-H a la Ley: Regula otro tipo de medidas que puede adoptar el fiscal en el marco de la investigación preliminar, en particular la designación de agentes encubiertos.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso e).

N°	Decreto Legislativo N° 990, que modifica la Ley N° 27337, Código de los niños y adolescentes, referente al pandillaje pernicioso	Materia delegada por Ley 29009 o materia no delegada
1	Artículo 1°: Precisa alcances sobre la intervención de adolescentes por parte de la Policía Nacional.	Artículo 1° y artículo 2° inciso a).
2	Artículo 2°: Precisa alcances sobre la comunicación al Fiscal de Familia de la intervención de adolescentes por parte de la Policía Nacional.	Artículo 1° y artículo 2° inciso a).
	Artículo 3°: Modifica el Código de los niños y adolescentes (Ley 27337)	
3	Modifica el artículo IV del Título Preliminar: Se dispone que en caso de infracción penal, el niño y el adolescente menor de 14 años, será sujeto a medidas de protección, mientras que el adolescente mayor de 14 años a medidas socio- educativas.	Materia no delegada.
4	Modifica el artículo 184°: Se dispone que en caso de infracción penal, el niño y el adolescente menor de 14 años, será sujeto a medidas de protección, mientras que el adolescente mayor de 14 años a medidas socio- educativas.	Materia no delegada.
5	Modifica el artículo 193°: Se agregan como conductas realizadas por las pandillas perniciosas a los atentados contra el patrimonio y la libertad sexual de terceras personas.	Artículo 1° y artículo 2° inciso a).
6	Modifica el artículo 194°: Se dispone que al adolescente que integre una pandilla perniciosa y cometa alguna de las conductas típicas de ésta utilizando explosivos o armas blancas o de fuego, se le aplicará medidas de protección si tiene entre 12 y 14 años; si tiene entre 14 y 16 años, se le aplicará medida socio- educativa de internación no mayor de 4 años; finalmente, si el adolescente tiene entre 16 y 18 años se le aplicará medida socio- educativa de internación no mayor a 6 años.	Artículo 1° y artículo 2° inciso a).
7	Modifica el artículo 195°: Se plantea que si con la comisión de la infracción regulada en el artículo 194° se causara la muerte, se inflingiera lesiones graves a terceros o la víctima de violación sexual fuera menor de edad o con discapacidad, se aplicará medida socio- educativa de internación entre 3 y 5 años a los adolescentes que tuvieran entre 14 y 16 años, mientras que a los adolescentes que tuvieran entre 16 y 18 años se les aplicará dicha medida por un mínimo de 4 y un máximo de 6 años.	Artículo 1° y artículo 2° inciso a).
8	Modifica el artículo 196°: Se aumenta la medida socio- educativa de internación para los adolescentes mayores de 14 años que pertenecen a una pandilla perniciosa en calidad de jefes o cabecillas con un mínimo de 3 y un máximo de 5 años.	Artículo 1° y artículo 2° inciso a).
9	Modifica el artículo 235°: Se aumenta el máximo de duración de la medida de internación a 6 años.	Artículo 1° y artículo 2° inciso a).
10	Incorpora el artículo 194- A: Se implementa la medida socio-educativa de prestación de servicios para el adolescente mayor de 14 años que integrando una pandilla perniciosa atenta contra el patrimonio de terceros u ocasiona daños a bienes públicos y privados.	Artículo 1° y artículo 2° inciso a).
11	Incorpora el artículo 206- A: Se permite que el fiscal de familia archive la investigación cuando el adolescente haya recibido el perdón del agraviado o la infracción no revista gravedad.	Materia no delegada.

Nº	Decreto Legislativo N° 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	Materia delegada por Ley 29009 o materia no delegada
	Artículo Unico: Modifica la Ley N° 27697	
1	Modifica el artículo 1º: Se permite el control de comunicaciones para el delito de secuestro - ya no sólo agravado-, pornografía infantil, extorsión - no sólo agravado-, tráfico ilícito de migrantes y lavado de activos.	Materia delegada por Ley 29009, artículo 2 inciso e).
2	Modifica el numeral 5) del artículo 2º: Se establecen nuevas reglas respecto a labor del Fiscal Recolector y el apoyo que le deben brindar diversos funcionarios y empresas operadoras de comunicaciones.	Materia no delegada.
3	Modifica el numeral 12) del artículo 2º: Se dispone que en supuestos de urgencia, el juez emitirá la resolución dentro de las 24 horas de recepcionada la solicitud. Asimismo, establece los diferentes medios de comunicación al Fiscal Recolector de la resolución judicial de intervención.	Materia no delegada.