# ANALISIS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS SOBRE SEGURIDAD NACIONAL DICTADOS AL AMPARO DE LA LEY N° 26950[1]

## I. COMPETENCIA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo, conforme señala el artículo 162º de la Constitución, es un órgano constitucional autónomo de carácter no jurisdiccional, encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, así como de supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. La Ley Nº 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, establece en su artículo 26º que puede formular recomendaciones o sugerencias para la adopción de medidas que apunten al mejor cumplimiento de los fines del Estado. En este sentido, se ha elaborado el presente informe a fin de analizar los decretos legislativos sobre "seguridad nacional" dictados por el Ejecutivo al amparo de las facultades otorgadas por la Ley Nº 26950.

## II. ALCANCES DEL INFORME

La situación de inseguridad generalizada, producto de la acción de la delincuencia organizada y la proliferación de la violencia urbana, ha dado lugar a una legítima preocupación de la ciudadanía en la búsqueda de una eficaz respuesta del Estado. Un aspecto primordial a considerar en planteamientos de este tipo, es el rol fundamental del Estado, destinado a procurar las garantías necesarias para el normal desenvolvimiento de las relaciones personales y sociales en su territorio[2]. Efectivamente, una de las justificaciones de la existencia misma del Estado resulta de la necesidad de contar con una organización que provea la seguridad suficiente a los habitantes, para que estos puedan desarrollar libremente su personalidad.

En este marco, el Congreso de la República otorgó al Poder Ejecutivo facultades para legislar mediante la Ley Nº 26950, en función de las cuales se expidieron los Decretos Legislativos 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904 y 905. La Defensoría del Pueblo, compartiendo plenamente la necesidad de encontrar respuestas a la situación planteada y de tomar medidas especiales en contra de este tipo de delincuencia, considera que le corresponde demandar de los poderes del Estado la vigencia de valores que al mismo tiempo que protegen los derechos constitucionales, limitan el margen de errores o excesos y, consecuentemente, legitiman el uso de sanciones extremas.

---

[1] Elaborado por un equipo dirigido por el Dr. Samuel Abad Yupanqui, Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales e integrado, además, por el Dr. Daniel Soria y los Sres. Pier Paolo Marzo y Roberto Pereira.

[2] El artículo 44º de la Constitución recoge este rol al señalar que "Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; **proteger a la población de las amenazas contra su seguridad**; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación".

En esa dirección, el presente informe analiza los principales temas presentes en los decretos legislativos mencionados, a la luz de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos, en la mira de aportar al desarrollo de una respuesta eficaz y a la vez legítima del Estado en materia de seguridad ciudadana. Se trata con ello de contribuir con el Congreso de la República en su tarea de control parlamentario, al amparo de sus facultades de revisión establecidas por el artículo 104º de la Constitución, desarrolladas por el artículo 90º del Reglamento del Congreso y, específicamente, por el artículo 3º de la Ley Nº 26950, ley autoritativa.

## III. SINTESIS DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE

1. Ley Nº 26950, que otorga al Poder Ejecutivo facultades para legislar en materia de seguridad nacional, publicada el 19 de Mayo de 1998.

2. Decreto Legislativo Nº 895, Ley contra el llamado "Terrorismo agravado", publicado el 23 de Mayo de 1998.

3. Decreto Legislativo Nº 896, que modifica el Código Penal agravando los delitos de homicidio calificado, secuestro, violación de menores, robo, robo agravado, y extorsión, publicado el 24 de Mayo de 1998.

4. Decreto Legislativo Nº 897, sobre el procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos tipificados en el Decreto Legislativo Nº 896, publicado el 26 de Mayo de 1998.

5. Decreto Legislativo Nº 898, sobre posesión y entrega de armas de guerra, publicado el 27 de Mayo de 1998; y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 022-98-PCM, publicado el 29 de mayo de 1998; así como la Directiva N° 002-DICSCAMEC-98, aprobada por Resolución Ministerial N° 0482-98-IN/1509, publicada el 17 de junio de 1998.

6. Decreto Legislativo Nº 899, Ley contra el "pandillaje pernicioso", publicado el 28 de Mayo de 1998.

7. Decreto Legislativo Nº 900, modifica la competencia en los procesos de hábeas corpus y amparo, publicado el 29 de Mayo de 1998.

8. Decreto Legislativo Nº 901, Ley de Beneficios por colaboración, para los involucrados en los delitos a que se refieren los decretos Legislativos Nº 895 y 896, publicado el 31 de Mayo de 1998.

9. Decreto Legislativo Nº 902, sobre normas complementarias a la ley de Beneficios por colaboración, publicado el 01 de Junio de 1998.

10. Decreto Legislativo Nº 903, sobre regularización de la identificación de personas indocumentadas, publicado el 03 de Junio de 1998.

11. Decreto Legislativo Nº 904, que crea la Dirección Nacional de Inteligencia para la Protección y Tranquilidad social en el Servicio de Inteligencia Nacional, publicado el 03 de Junio de 1998.

12. Decreto Legislativo Nº 905, que precisa las funciones del Instituto Nacional de Defensa Civil, publicado el 03 de Junio de 1998.

## IV. ANALISIS DEFENSORIAL

### A. DELEGACION DE FACULTADES LEGISLATIVAS AL AMPARO DE LA LEY 26950

#### 1. Justificación y materia de la delegación.

En un Estado de Derecho, organizado según el principio de separación de poderes, las funciones judiciales, legislativas y ejecutivas se distribuyen entre órganos autónomos e independientes entre si. Sin embargo, modernamente, se admite que el Congreso puede delegar facultades legislativas al Poder Ejecutivo. Suele afirmarse que ello se justifica por la sobrecarga de los órganos legislativos o porque la materia a legislar es sumamente técnica[3]. Esto no significa que se traslade la función legislativa al Ejecutivo de manera amplia y general, pues de ser así se desnaturalizaría la delegación legislativa al otorgarse poderes exagerados a un órgano del Estado. Precisamente, para evitar situaciones de esta naturaleza el Congreso fija el plazo y la materia específica de la delegación y revisa su adecuación con los decretos dictados por el Ejecutivo. Por ello, un presupuesto indispensable consiste en que la habilitación parlamentaria sea expresa y precisa, pues de lo contrario podría incurrirse en una inconstitucionalidad[4].

En el Perú, la Constitución de 1993 establece en su artículo 104º, que la delegación de facultades debe otorgarse por un plazo determinado y sobre las materias específicas indicadas en la ley autoritativa. Además, señala que no pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente, esto es, las referidas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República, señaladas en el inciso 4) del artículo 101º de la Constitución. Asimismo, precisa que el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso o la Comisión Permanente de cada decreto legislativo. Esta forma de control parlamentario ha sido regulada por el Reglamento del Congreso (artículo 90°).

De esta manera, al amparo del artículo 104º, del texto constitucional, el Congreso mediante la Ley Nº 26950 delegó facultades legislativas al Ejecutivo en materia de seguridad nacional, por el plazo de 15 días. El artículo 2º de la citada ley especifica la materia, al expresar que:

[3] DE OTTO Ignacio, "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 182

[4] FREIXES SANJUAN Teresa, "La legislación delegada", Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Nº 28, 1990, p. 139

"*Los decretos legislativos que se expiden con arreglo a esta ley autoritativa tiene por materia la Seguridad Nacional y se fundamentan en la necesidad de adoptar e implementar una estrategia para erradicar un peligroso factor de perturbación de esa seguridad, generado por la situación de violencia creciente que se viene produciendo por las acciones de la delincuencia común organizada en bandas utilizando armas de guerra y explosivos, provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad".*

Asimismo, el artículo 3º añade que la delegación de facultades se hace sin perjuicio del control posterior de los decretos legislativos, indicando que el Congreso modificará o derogará aquéllos que excedan el plazo o la materia señalados.

Un primer cuestionamiento consistente en la poca pertinencia de encuadrar las medidas contra la delincuencia común, bajo el concepto de seguridad nacional. Más aún, si como señala el artículo 2º de la Ley éstas se fundamentan en la necesidad de adoptar e implementar una estrategia para erradicar la situación de violencia producto de *"las acciones de la delincuencia común organizada en bandas utilizando armas de guerra y explosivos, provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad".*

Hubiera sido más apropiado recoger el concepto de "seguridad ciudadana", expresado en el artículo 195º de la Constitución como competencia conjunta de la Policía Nacional y de las Municipalidades. En efecto, considerando una noción de ciudadano en cuanto persona que participa de la vida social, puede decirse que **la seguridad ciudadana**[5] **se refiere a la situación de confianza de una comunidad cívica, en que su vida social puede desarrollarse sin mayores peligros**. "*En ese contexto, la seguridad ciudadana adopta el carácter de condición para el libre ejercicio de los derechos y libertades"*[6]*.* Dicha situación conlleva la neutralización de la delincuencia como un factor de amenaza al normal desenvolvimiento de las personas en la comunidad.

## 2. Excesos sobre la materia delegada.

Una revisión de los once decretos legislativos dictados al amparo de la Ley Nº 26950, permite detectar normas que exceden la materia especificada en la mencionada ley.

a) Esto se aprecia cuando algunos decretos inciden en materias reservada a leyes orgánicas. En efecto, el artículo 200º de la Constitución establece que las garantías constitucionales, entre ellas los procesos de hábeas corpus y amparo, deben regularse a través de una ley orgánica. En consecuencia, el artículo 5º del Decreto Legislativo N° 895, que establece que el hábeas corpus en los casos de terrorismo agravado se tramita ante los tribunales militares, y el Decreto Legislativo N° 900, que modifica la competencia y el procedimiento

[5] De esta manera, se supera una concepción de ciudadanía restringida a la capacidad de ejercicio de derechos políticos, usándose el término en un sentido amplio.

[6] FREIXES SANJUAN Teresa y REMOTTI CARBONELL José Carlos, "La configuración constitucional de la seguridad ciudadana", Revista de Estudios Políticos, Nº 87, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995 , p. 159.

en materia de hábeas corpus y amparo, vulneran lo dispuesto por la Constitución en la medida que regulan una materia reservada a ley orgánica.

b) Pese a que la autorización legislativa se refiere a la violencia generada por bandas que usan armas de guerra y explosivos que provocan un estado de zozobra e inseguridad permanente, el Decreto Legislativo Nº 896 dispone el aumento de penas para los delitos de homicidio agravado, secuestro, violación de menores, robo, robo agravado y extorsión, al margen de tales supuestos. En todo caso, de considerarse pertinente el aumento de penas para estos delitos, el Congreso podría hacerlo mediante normas expedidas por él mismo o mediante una expresa delegación de facultades para modificar el Código Penal.

c) Una observación similar puede formularse respecto de la legislación sobre pandillas, prevista en el Decreto Legislativo Nº 899, que en estricto excede la materia descrita en el artículo 2º de la Ley Nº 26950.

d) Asimismo, resultan ajenas a la materia objeto de delegación, las normas del Decreto Legislativo Nº 903, "Ley de Regularización de ciudadanía de personas indocumentadas". Efectivamente, la regulación de las manifestaciones de violencia delincuencial, objeto de la delegación de facultades, no incluye la potestad de normar en materia de documentación de personas, a través del Registro Provisional de Identidad. Debe tenerse en cuenta que el Decreto Legislativo Nº 837, que crea el Registro Provisional de Identidad y regula la emisión del documento provisional de identidad (DPI), fue expedido merced a la Ley Nº 26648, que delegó facultades legislativas al Poder Ejecutivo sobre reincorporación de poblaciones desplazadas.

e) Respecto al Decreto Legislativo Nº 905, "Ley que precisa las funciones del Instituto Nacional de Defensa Civil", debe recordarse que las facultades legislativas otorgadas no abarcan todo el espectro de lo que pueda considerarse como parte de la Defensa Nacional, sino sólo aquello que tenga que ver con el accionar de las bandas delincuenciales que utilizan armas de guerra y explosivos. Interpretar lo contrario no sólo iría contra el texto expreso del artículo 2º de la Ley Nº 26950, sino que implicaría una delegación de facultades tan amplia que desnaturalizaría la institución, vulnerando el artículo 104º de la Constitución, que indica que la delegación debe efectuarse sobre *"materias específicas".*

## B. PRINCIPALES ALCANCES DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS

### 1. Desnaturalización del delito de terrorismo y afectación del contenido esencial de la libertad individual y del derecho al juez natural

Una de las novedades del conjunto de decretos legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo, ha sido la creación del delito de *"terrorismo agravado"* . Se pretende con ello calificar conductas delictivas realizadas por bandas, asociaciones o agrupaciones criminales que portan o utilizan armas de guerra, granadas y/o explosivos, para cometer un robo, secuestro, extorsión u otro delito contra la vida, el

cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública. Así lo señala en forma expresa el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 895.

Por un lado, se ha cuestionado el uso indebido de la expresión *"terrorismo agravado"* para calificar tales delitos, pues ello desnaturaliza dicha figura delictiva. Otros, en cambio, han sostenido que la Constitución remite a la ley la precisión de lo que significa terrorismo y, por tanto, al legislador le corresponde libremente efectuar tal calificación. Al respecto, cabe preguntarnos ¿tiene el legislador una libertad absoluta para calificar una conducta como "terrorismo" o existen límites para ello?.

La respuesta surge a partir de un ejercicio de interpretación constitucional. Para ello hay que tomar en cuenta que el delito de "terrorismo" se menciona en la Constitución en diversos dispositivos. Uno de ellos, está referido a la libertad individual, cuando se establece que la detención policial no puede exceder de 24 horas, salvo en caso de terrorismo en que puede ampliarse el plazo hasta 15 días (artículo 2º, inciso 24, letra f). Otra mención se encuentra en el artículo 173º de la Constitución pues establece que los civiles no pueden ser juzgados por tribunales militares, salvo en los casos de "terrorismo que la ley señale"; en consecuencia, si un civil es juzgado por un tribunal militar cuando esto no corresponde se estará afectando su derecho al juez natural, al haber sido desviado del juez competente previamente establecido. A ello se agrega el artículo 140º –ciertamente impracticable por lo dispuesto por los tratados sobre derechos humanos– según el cual puede imponerse la pena de muerte en casos de terrorismo.

De esta manera, se aprecia que la ampliación de los supuestos que configuran el contenido del delito de terrorismo está estrechamente ligada con la mayor o menor afectación de derechos constitucionales, como la libertad individual, el juez natural y la vida. En consecuencia, una regulación excesivamente amplia podría terminar afectando el contenido esencial de tales derechos. Por ello, una ley o un decreto legislativo que regule esta materia debe contar necesariamente con límites, que obviamente no los puede fijar el propio legislador.

Para aclarar este panorama, puede resultar útil acudir a la experiencia comparada. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional español al resolver una acción de inconstitucionalidad presentada contra la Ley Orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana, consideró en su sentencia 341/1993 que:

> *"La Constitución no surge, ciertamente, en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada y esta advertencia es de especial valor cuando se trata de desarrollar o, en su caso, interpretar los conceptos jurídicos que el texto fundamental ha incorporado, conceptos que pueden tener un arraigo en la cultura jurídica en la que la Constitución se inscribe y que deben ser identificados, por tanto, sin desatender lo que tempranamente llamó este Tribunal las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en derecho".*

Precisamente, en base a dicho criterio el citado Tribunal Constitucional declaró inconstitucional un artículo de la referida ley que establecía un concepto muy amplio de flagrante delito —desnaturalizándolo— para permitir el ingreso al domicilio de las personas.

Retomando estas ideas, podemos anotar que el delito de terrorismo tiene un contenido determinado en nuestra cultura jurídica que le agrega un elemento ideológico, del que carecen los delitos calificados como "terrorismo agravado" por el Decreto Legislativo Nº 895. Este elemento que caracteriza al terrorismo tiene que ver con la obtención de una finalidad política de ruptura con el orden constitucional a través de la violencia sistemática y organizada. Se trata con ello de minar el sistema democrático y sustituir a las autoridades legítimamente establecidas. En efecto, lo que diferencia al delito de terrorismo de otras formas delictivas comunes, es precisamente el reconocimiento en la parte subjetiva del tipo penal de un elemento distinto del dolo, a saber: la finalidad política de la conducta como elemento subjetivo de tendencia interna trascendente. Al respecto, la especialista española Carmen Lamarca[7] señala que**:**

> *¨el terrorismo puede ser definido sencillamente como la violencia organizada con finalidad política. Dicho de otro modo (...) es la violencia ejercida de un modo sistemático y planificado por organizaciones que mediante ese procedimiento pretenden obtener una finalidad política; violencia que ha de ser en sí misma delictiva, y que es el fundamento de la criminalización de la finalidad política, que se convierte así en un programa de ruptura del orden constitucional, cualquiera sean las ideologías de fondo que animen al grupo terrorista. De este modo quedan excluidas las expresiones de violencia individual o colectivas no organizadas, así como las actuaciones de grupos o asociaciones criminales que no tengan un objetivo político*"

Agrega, además, que:

> *"El grupo terrorista es portador de un programa político de un proyecto de organización de la convivencia que, en un sistema democrático, adquiere un desvalor jurídico por la utilización de la violencia.* (...) *Fenómenos como el de la mafia o la camorra carecen de ese programa, por más que el vigor de su organización y la relevancia de sus acciones pueda llegar a representar un problema político*.[8]**"**

En similar dirección Eduardo Virgala Foruria considera que:

> *"el terrorismo es perseguido en el Estado democrático porque, bajo pretendidos fines políticos que podrían defenderse sin restricciones en uso de la libertad ideológica y de expresión, se cometen delitos comunes gravísimos con una especial crueldad"*[9]

Por ello, afirmamos que el decreto legislativo se ha excedido al calificar tales conductas delictivas como terrorismo, desnaturalizando este concepto y afectando así el contenido esencial de la libertad individual y el derecho al juez natural. En

---

[7] LAMARCA Carmen, "Tratamiento jurídico del Terrorismo", Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985, p .95

[8] LAMARCA Carmen, ob. cit., pp. 95-96

[9] VIRGALA FORURIA Eduardo, "La suspensión de derechos por terrorismo en el ordenamiento español", Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 40, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994 , p. 82.

efecto, a partir de dicha interpretación se autoriza una plazo mayor de detención —hasta quince días— y el juzgamiento por tribunales militares, incurriendo así en un vicio de inconstitucionalidad que erosiona la legitimidad de una política estatal de seguridad ciudadana.

## 2. Principio de legalidad

El *ius puniendi* que corresponde al Estado debe ser entendido en el marco del respeto de la Constitución y los derechos fundamentales. De esta manera, como señala Ignacio Berdugo, *"el Derecho Penal no puede seguir siendo considerado sino como Derecho penal constitucional"*[10]. Precisamente uno de los principios que éste comprende es el de legalidad. En tal sentido, apreciamos que la regulación del delito de "Terrorismo Agravado" afecta el principio de legalidad y taxatividad de la ley penal, pues utiliza fórmulas amplias e imprecisas. Algunos de los ejemplos más saltantes son los siguientes:

a) El artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 895, luego de mencionar los delitos de robo, secuestro y extorsión agrega la fórmula *"...u **otro delito** contra la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública..."*.

b) El numeral 6) del literal a) del artículo 2º del referido Decreto, tipifica como forma comisiva del delito de "Terrorismo Agravado" el hecho de proporcionar información sobre personas, patrimonios, edificios públicos, privados *y **cualquier otro***, con la sola exigencia que conduzcan a la elaboración de los planes delictivos, desconectando el hecho de toda exigencia subjetiva en la persona que proporciona la información.

Además, la tipificación del delito de "Terrorismo Agravado" adolece de deficiencias técnicas que podrían dar lugar a abusos en la calificación legal en desmedro de la libertad personal. En efecto, el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 895 configura al delito de "Terrorismo Agravado" como un tipo de peligro abstracto pues no establece una relación directa entre la conducta sancionada y la efectiva afectación del bien jurídico protegido. Así, el citado dispositivo reprime la sola pertenencia a *"una banda, asociación o agrupación criminal"*. La inclusión de formas de peligro abstracto extiende la sanción penal a conductas que no afectan ni ponen en peligro concreto el bien jurídico protegido, lo que puede servir para encubrir deficiencias en los sistemas de investigación, ya que al sancionar la simple pertenencia se alivia la carga de la prueba de actos materiales, generando un serio peligro para la libertad de los ciudadanos.

## 3. Procesamiento de civiles por la justicia militar

El artículo 173º de la Constitución extiende la competencia de la justicia militar para el juzgamiento de civiles *"en el caso de los delitos de traición a la patria y terrorismo que la ley determina"*. La Defensoría del Pueblo ha manifestado su discrepancia con

[10] BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio, "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", Barcelona: Editorial Praxis, S.A., 1996 p.33

esta disposición proponiendo una reforma constitucional que excluya el juzgamiento de civiles por tribunales militares[11] .

La indebida ampliación del concepto de terrorismo, expresada en el Decreto Legislativo Nº 895, pretende someter a quienes cometan estos delitos –en rigor comunes– a la competencia de los tribunales militares, vulnerando así lo dispuesto por la Constitución. En efecto, las disposiciones contenidas a partir del artículo 3º del citado decreto, denotan nuevamente la vocación expansiva de la justicia militar, al habilitarla para conocer delitos comunes, afectándose el derecho al juez predeterminado por la Constitución (artículo 139º inciso 3), que en el caso de delitos comunes, como los tipificados por el Decreto Legislativo Nº 895, es el juez común.

En efecto, como ha señalado el Tribunal Constitucional español:

> *"el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuye indebidamente un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria", de tal modo que "el conocimiento por parte de la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional"*[12]

Esta vocación expansiva se confirma con la disposición contenida en el artículo 4º del mencionado decreto, que al regular el concurso real de otros delitos con los tipificados en la norma en cuestión, convierte a la justicia militar en el fuero atrayente, contradiciendo su naturaleza excepcional.

## 4. Inconstitucionalidad de la regulación sobre garantías constitucionales

Además de la inconstitucionalidad de regular mediante decretos legislativos materias reservadas a ley orgánica, tales decretos afectan sustancialmente la Constitución pues:

a) El artículo 5º del Decreto Legislativo Nº 895, al señalar que en el delito de terrorismo agravado la acción de hábeas corpus se interpondrá ante cualquier juez militar, vulnera lo dispuesto por el artículo 173º de la Constitución. En efecto, dicha norma no otorga tal competencia a la justicia militar, circunscribiéndola a conocer los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, los delitos de terrorismo y traición a la patria, y los casos de incumplimiento del servicio militar obligatorio (delito de deserción simple). De esta manera, la competencia de los tribunales militares es exclusivamente penal, careciendo de atribuciones en materia civil, laboral o constitucional.

[11] DEFENSORIA DEL PUEBLO, "Lineamientos para la reforma de la justicia militar en el Perú", Lima, 1998

[12] Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1991, del 14 de marzo de 1991, sobre competencia de los tribunales militares para conocer del delito de omisión al Servicio Militar Obligatorio, fundamento jurídico N° 2, Boletín de Jurisprudencia Constitucional N° 120, p. 9, Madrid, 1991.

b) El Decreto Legislativo Nº 900, al establecer que en los distritos judiciales de Lima y Callao los procesos de hábeas corpus se interpondrán ante los jueces especializados de Derecho Público, restringe indebidamente el acceso a este instrumento procesal, el cual resulta esencial para la protección de la libertad individual. A partir de esta reforma sólo serán dos los jueces que conozcan estos casos en ambos distritos judiciales. Con anterioridad, la Ley Nº 23506 permitía que cualquiera de los más de cincuenta jueces penales de Lima y Callao pudieran conocer del hábeas corpus[13].

**5. Ampliación de los plazos de detención en la investigación** ¡Error! Marcador no definido.**policial**

Los decretos legislativos objeto de análisis amplían el plazo para proceder a la detención policial y regulan el procedimiento de investigación prejudicial, afectando en aspectos puntuales lo dispuesto por el texto constitucional.

a) El artículo 6º literal b) del Decreto Legislativo Nº 895 señala que puede realizarse una detención preventiva de los presuntos implicados en el delito de "terrorismo agravado" por un término no mayor de quince días calendario. De esta manera, a partir de la desnaturalización de la figura de terrorismo se afecta la libertad individual, reconocida por el artículo 2º inciso 24) literal "f" de la Constitución, pues se amplía inconstitucionalmente el plazo de detención.

   Con independencia de la inconstitucionalidad de esta regulación, la interrogante se presenta respecto de la necesidad de esta modificación o si es que existen alternativas diferentes que pueden dar resultados efectivos. Detrás de este tema se encuentra la permanente tensión entre un derecho tan importante como la libertad individual y la legítima potestad de investigar los delitos y de garantizar la seguridad ciudadana por el Estado. Para mantener este difícil equilibrio se deben adoptar medidas razonables y proporcionales que garanticen una actuación policial no sólo eficaz, sino también respetuosa de los derechos de las personas.

   En este sentido, antes de proceder a una inconstitucional ampliación del plazo de detención, deberían evaluarse otras alternativas que dentro del marco constitucional pueden desarrollarse para facilitar la investigación policial. Una de ellas podría consistir en la regulación de un procedimiento especial que permita al juez autorizar una detención ante el requerimiento de la Policía Nacional o del Ministerio Público, sobre la base del análisis de presupuestos básicos que doten de garantías a esta privación de la libertad. De esta manera, se obligaría a la Policía a justificar la necesidad de la detención (desde una perspectiva técnica) y al Juez (desde una perspectiva jurídica) a examinar si la medida resulta adecuada.

[13] Anteriormente, la Defensoría intervino para garantizar la eficacia del "recurso sencillo y rápido" que debe ser el hábeas corpus. Así lo hizo a través de la Resolución Defensorial Nº 49-97, publicada el 14 de octubre de 1997, al recomendar a la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial que aclare el sentido de la Resolución Administrativa Nº 399-CME-PJ, precisando que el hábeas corpus podía presentarse ante cualquier juez penal y no sólo ante los jueces especializados en Derecho Público. Dicha recomendación fue acogida favorablemente por la citada Comisión Ejecutiva a través de la Resolución Administrativa Nº 594-CME-PJ, estableciéndose que cualquier juez penal podía conocer del hábeas corpus. De esta manera, el Decreto Legislativo Nº 900 insiste en una regulación que ya antes había sido cuestionada.

No debe olvidarse, que la tendencia en América Latina y Europa no es la de permitir plazos de detención policial de hasta quince días. Por lo general, el plazo se encuentra entre las veinticuatro (Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay), cuarentiocho (Chile, México, Nicaragua, República Dominicana) o setentidós horas (El Salvador). Como caso aislado, cabe mencionar que en Guatemala el plazo de detención es de seis horas (artículo 6º, Constitución). Una ampliación a 15 días constituye una actuación exagerada en el marco de una comunidad internacional que trata de garantizar la libertad de las personas. Al respecto, hay que tomar en cuenta que el artículo 7º inciso 5) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "toda persona detenida o retenida debe ser llevada, **sin demora**, ante un juez".

b) Por otro lado, de la redacción de los incisos b), c) y d) del artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 897, podría desprenderse la posibilidad de detenciones policiales sin flagrancia y sin mandato judicial, si se les interpreta en oposición al inciso e) del mismo artículo. En efecto, al establecerse expresamente en este último inciso un procedimiento para los casos de delito flagrante, podría pensarse que el procedimiento regulado en los incisos anteriores correspondería a supuestos distintos a la flagrancia, posibilidad que claramente contravendría el artículo 2º inciso 24) literal "f" de la Constitución.

c) Asimismo, el Decreto Legislativo Nº 897 invierte los roles establecidos en la Constitución respecto de la investigación del delito. En efecto, el inciso 4) del artículo 159º de la Constitución establece que: "*Corresponde al Ministerio Público: Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función".*

Sin embargo, el literal f) del artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 897 dispone que: *"Cuando por el número de implicados o por la peligrosidad de los mismos o la complejidad de las investigaciones lo exija el Fiscal,* ***a solicitud de la Policía Nacional****, deberá necesariamente incluir en la denuncia (...) la petición de ampliación de la investigación policial. En este caso, el juez está obligado a autorizar en el auto que abre instrucción que la Policía Nacional realice las investigaciones complementarias en el término no mayor de 15 días, lapso durante el cual los encausados permanecerán detenidos en las instalaciones policiales...".*

Es decir, en contravención a la Constitución, se somete al Ministerio Público y al juez competente, al criterio de la policía, a cuyo cargo queda la investigación del delito hasta por quince días luego de la detención. Esta norma afecta la autonomía que constitucionalmente corresponde tanto al juez como al Ministerio Público. Incluso, le compete a la autoridad policial designar al abogado de oficio del inculpado, como se ve en el inciso g) del artículo 1º del decreto cuestionado. Paradójicamente, para los casos de "terrorismo agravado", se dispone expresamente, en el artículo 6º inciso b) del Decreto Legislativo N° 895, que el Fiscal Militar conducirá la investigación del hecho.

De esta manera, la vigencia de la libertad personal queda minimizada, al favorecer una concepción de la investigación policial que privilegia la detención y luego a partir de ella se lleva a cabo la investigación. Consideramos que estas atribuciones debieron estar a cargo del juez, quien debe ser el órgano que las ordene y fiscalice para evitar posibles excesos.

d) En esa dirección, resulta preocupante la participación del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) en la investigación policial, mediante la recientemente creada Dirección Nacional de Inteligencia para la Protección y la Tranquilidad Social, según el Decreto Legislativo Nº 904. Dada la naturaleza secreta de sus agentes y sus actuaciones, confirmada en el artículo 3º del mencionado decreto, al disponer una resignación de personal de carácter secreto y la expedición de normas secretas que reglamenten la organización y funciones de la nueva dirección, resultaría muy difícil individualizar responsabilidades en caso de eventuales excesos en la investigación. Más aún cuando en el actual diseño legislativo del SIN, no existe forma de hacer efectiva la responsabilidad política por sus actuaciones[14].

   En ese sentido, cabe preguntarse sobre la conveniencia de involucrar a un organismo como el SIN en el control de la delincuencia común. Si bien es cierto que las labores de inteligencia son fundamentales para una respuesta adecuada frente a la delincuencia, éstas deberían canalizarse a través de los organismos especializados de la Policía Nacional, como por ejemplo, la DININCRI (Dirección Nacional de Investigación Criminal), que en anteriores ocasiones han mostrado su eficacia frente a diversos tipos de delincuencia. En lo que respecta a la inteligencia destinada al control de la delincuencia de poca sofisticación y alcance, una estrategia integral no debe dejar de considerar la participación de los municipios, de conformidad con el artículo 195º de la Constitución.

## 6. La eficacia del proceso penal y la vigencia del debido proceso

Todo proceso penal que pretenda ser racional y coherente con un sistema democrático debe buscar un equilibrio entre el principio de eficacia y el respeto al debido proceso. En efecto, toda justicia que sacrifique las libertades ciudadanas en nombre de la eficacia, introduce mayores elementos de violencia en el sistema, ya que la sanción punitiva se ve privada de legitimidad.

a) El artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 895 al regular la instrucción y el juicio para los delitos de "Terrorismo Agravado", limita una serie de derechos del imputado construyendo el proceso básicamente en función a la supuesta eficacia del mismo. En efecto, el literal b) del referido artículo 7º afecta el derecho de presunción de inocencia y culpabilidad, ya que obliga al juez abrir instrucción con mandato de detención, sin posibilidad de ningún tipo de libertad de acuerdo al literal c) del citado artículo. Disposiciones similares son las

[14] Según la normatividad vigente, el SIN *"depende directamente de Presidente de la República"* (artículo 7º del Decreto Ley Nº 25635, Ley del Sistema de Inteligencia Nacional). Formalmente tiene nivel ministerial y su jefe, categoría equivalente a la de un Ministro de Estado (artículo 12º del referido decreto ley), aunque en realidad ni se trata de un Ministerio, ni su jefe es un Ministro, por lo que no está sujeto al control político que corresponde a éstos.

contenidas en el inciso e) del artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 897, así como en su artículo 2º inciso a), respectivamente. De esa forma, la detención se desconecta de su naturaleza cautelar en relación a los fines del proceso, y al hacerse uso de ella desde el inicio del mismo, se asimila a una pena anticipada.

b) A su vez, el literal i) del citado artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 895, así como el artículo 4º del Decreto Legislativo Nº 897, atentan contra el derecho de defensa del imputado al impedir que éste pueda ofrecer como testigos a quienes intervinieron por razón de sus funciones en la elaboración del atestado policial.

c) Asimismo, los Decretos Legislativos 895 (artículo 7º inciso i) y 897 (artículo 4º) establecen que el atestado policial tendrá valor probatorio. Ello afecta el debido proceso pues se trata de supuestos insuficientes para destruir la presunción de inocencia. En efecto, como lo ha entendido el Tribunal Constitucional español *"Tanto el atestado policial, como las declaraciones que constan en el mismo no tienen eficacia probatoria pues, únicamente, tienen valor de denuncia. En consecuencia, para que pueda considerarse prueba de cargo legítima deberá ser objeto de ratificación ante el órgano judicial y en el acto del juicio oral mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmante del atestado"*[15]

d) Adicionalmente, los Decretos Legislativos 895 (artículo 7º inciso d) y 897 (artículo 2º inciso b) al señalar que las cuestiones previas, prejudiciales y excepciones se resuelven en la sentencia, restringen irrazonablemente el derecho de defensa. Esta situación se agrava si tomamos en cuenta que luego de formulado el atestado policial, la persona involucrada cuenta automáticamente con orden de detención, y además carece de posibilidad de deducir una excepción como podría ser la de cosa juzgada o de naturaleza de acción.

e) De otro lado, tanto el tercer párrafo del literal i) del artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 895, como el artículo 5º del Decreto Legislativo Nº 897, afectan el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, al impedir el ejercicio del derecho de recusación de los magistrados y auxiliares de justicia[16].

f) Finalmente, nada garantiza que los plazos establecidos –todos ellos muy breves– sean suficientes para garantizar una adecuado juzgamiento y en términos generales un "juicio justo".

---

[15] PICO I JUNOY Joan, "Las garantías constitucionales del proceso", Barcelona: Bosch, 1997, pp.156-157

[16] El Tribunal Constitucional español, aproximándose a la doctrina del Tribunal alemán, ha establecido en su sentencia 47/1982 que "... el derecho a la utilización de los medios de defensa y el derecho a ser juzgado por el juez predeterminado por la Ley comprenden recusar a aquellos funcionarios en quienes se estimen que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad." Cit. por BANDRES SANCHEZ - CRUZAT José Manuel, "Derecho Fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional", Madrid: ARANZADI, 1992, p.302.

De esta forma, normas como la contenida en el primer párrafo del propio artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 895, que declara una serie de garantías del debido proceso, quedan vaciadas de todo contenido. Además, resultan contradictorias con un criterio de eficacia, en aras de la cual a veces se tiende a sacrificar los derechos derivados del principio del debido proceso. En efecto, un proceso en el cual se acortan los plazos procesales, se amplía el plazo de detención policial, se refuerzan las actuaciones policiales al otorgar valor probatorio al atestado policial, se privilegia la instrucción en desmedro del juicio, y se limita el contradictorio, la oralidad y la inmediación, contiene elevados márgenes de error, configurando un ordenamiento procesal penal sumamente ineficaz en relación a sus fines declarados.
Por el contrario, la regulación de mecanismos procesales apropiados para un sistema penal eficaz, podría hacerse en la mira de la vigencia plena del Código Procesal Penal, instrumento que recoge importantes desarrollos doctrinales, cuya implementación conllevaría la modernización de todo el sistema penal peruano.

## 7. Medidas punitivas frente a la criminalidad de menores

El literal c) del artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 895, reduce la edad para imputar responsabilidad penal por la comisión del delito de "Terrorismo Agravado". En efecto, establece que los menores entre 16 y 18 años podrán ser condenados con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años y hasta de 35 años. Esta norma estaría afectando el sentido protector distintivo de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Resolución Legislativa Nº 25278, así como el deber de proteger especialmente al niño y al adolescente reconocido por el artículo 4º de la Constitución. En efecto, la Convención considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo cuando la ley nacional considera que antes de los 18 años se alcanza la mayoría de edad, lo que no ocurre en el caso peruano. El literal b) del inciso 3) del artículo 40º de la Convención, establece como una de las garantías para los niños acusados de infringir leyes penales, el establecimiento por los Estados de una edad mínima, antes de la cual se presumirá la incapacidad penal.

En el Perú, la edad mínima para ser responsable penalmente de acuerdo a las normas del Código Penal y leyes especiales es de 18 años. Las personas entre los doce y dieciocho años se denominan infractores y tienen responsabilidad penal, pero de acuerdo a normas protectoras especiales previstas por el Código de los Niños y Adolescentes. Los menores de doce años no tienen responsabilidad penal.

En ese sentido, del inciso a) del artículo 41º de la Convención se desprende que si un Estado ha establecido una edad mínima para imputar responsabilidad penal a una persona, no podría reducir dicha edad. En efecto, el citado artículo precisa que:

> *"Nada de lo dispuesto por la presente Convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que pueden estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte".*

De esta manera, sería contrario a la Convención por atentar contra su **carácter progresivo** reducir la edad mínima de dieciocho años en el Código Penal, sustrayendo a los adolescentes de la regulación especial que les otorga el Código

de los Niños y Adolescentes e imputarles responsabilidad penal de acuerdo a las normas del Código Penal o normas complementarias.

Lo que además violenta el sentido tuitivo de la legislación sobre niños y adolescentes, es que el juzgamiento se efectúe ante tribunales militares y que sean pasibles de las más drásticas sanciones en establecimientos penales para adultos, de alta seguridad, sin consideración a su edad, a la situación de vulnerabilidad en la que se les pone, ni a la potencial victimización a la que se les confronta. No se concibe cual es la proporcionalidad para que el Estado opte por una fórmula regresiva si la legislación permite aplicar severidad y tratamiento especial a los adolescentes que se vean involucrados en el actuar de las bandas organizadas.

Similares cuestionamientos pueden exponerse en relación al Decreto Legislativo Nº 899, Ley contra el Pandillaje Pernicioso. Así, la 2º Disposición Complementaria y Final de esta norma también contraviene el espíritu progresivo de la Convención, ya que modifica el artículo 250º del Código de los Niños y Adolescentes incrementando el periodo máximo de la medida socioeducativa de internación de tres a seis años. Ello debe alertarnos - como toda aplicación de pena - acerca de la idoneidad del incremento de esta medida para lograr la rehabilitación del menor, sobre todo teniendo en cuenta los graves efectos psicosociales que ocasiona cualquier privación de la libertad, más aún en el caso de menores que tengan 12 años.

El énfasis en los aspectos represivos del control social presente en el Decreto Legislativo Nº 899, lleva al desconocimiento de la influencia de bebidas alcohólicas o drogas al cometer un ilícito, como supuesto de atenuación de responsabilidad penal. En efecto, dado que el consumo de alcohol o drogas trae como consecuencia la alteración de la conciencia - que de alguna manera distorsiona la percepción de la realidad - el inciso 1) del artículo 20º del Código Penal, concordado con el artículo 21º del mismo, permiten atenuar la responsabilidad penal por debajo del mínimo legal en estos casos. Sin embargo, el artículo 2º del capítulo sobre “pandillaje pernicioso” incorporado al Código de los Niños y Adolescentes por el artículo único del decreto en cuestión, establece expresamente la misma consecuencia penal, para los que cometan los ilícitos que describe sin estar bajo la influencia del consumo de alcohol o drogas, como para los que lo hacen en esos estados.

Esto no sólo contraviene el espíritu protector de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Código de los Niños y Adolescentes, sino que atenta contra el derecho a la igualdad pues introduce un trato diferenciado para los menores en relación a la parte general del Código Penal, sin sustentarse en ninguna situación objetiva y razonable. En efecto, no se encuentra razón para que la alteración de la conciencia suponga un atenuante para los mayores y un supuesto del ilícito equiparable al uso de armas, para los menores pandilleros.

Resulta preocupante además que el Decreto Legislativo Nº 899, en el artículo 7º del capítulo sobre “pandillaje pernicioso” mencionado, incorpore una fórmula de derecho penal premial para la delación, toda vez que, además de los reparos generales a este tipo de fórmulas, la declaración de voluntad de adolescentes puede verse afectada en mayor medida por vicios de distinta naturaleza, que van desde la falta de información hasta mecanismos sutiles de coerción.

Por otro lado, al centrar las medidas en el aumento de penas, no se repara en la existencia de normas expedidas para el control de conductas antijurídicas en situaciones

específicas, como las contenidas en la Ley Nº 26830, Ley de Seguridad y Tranquilidad Pública en espectáculos Deportivos, publicada el 1 de Julio de 1997. En su artículo 7º se establece una medida socio-educativa para los menores de edad que incurran en conductas tipificadas como delitos con ocasión de espectáculos deportivos. Al respecto, muchos de estos actos son cometidos precisamente por menores organizados en pandillas, que eventualmente podrían ser calificadas de "perniciosas" según el Decreto Legislativo Nº 899, con lo que se produciría un concurso de delitos.

Al margen de las connotaciones penales que esto conlleva, situaciones como éstas ponen de manifiesto la ausencia de una respuesta integral a fenómenos sociales como la delincuencia juvenil, a pesar de los diversos estudios existentes, como por ejemplo, el desarrollado por la Comisión Especial que investiga las causas y consecuencias de la violencia cotidiana del Congreso de la República.

## 8. Sobrecriminalización de conductas como medida de prevención

Una característica del Decreto Legislativo Nº 895, compartida por el Decreto Legislativo Nº 896, es el establecimiento de penas muy severas para los autores de las conductas tipificadas como delito de "Terrorismo Agravado" por el primero, y para la comisión de algunos delitos contemplados en el Código Penal en el caso del segundo. Este criterio se mantiene en las disposiciones modificatorias del Código Penal presentes en el Decreto Legislativo Nº 898, Ley contra la posesión de armas de guerra, así como la modificación de dicho Código dispuesta en la primera disposición complementaria y final del Decreto Legislativo Nº 899.

Una propuesta de este tipo se sustenta en criterios de prevención general negativa, que buscan desalentar la comisión de delitos apelando a la supuesta función intimidatoria de la pena. De esa manera, se supone que el potencial delincuente hará una evaluación costo - beneficio de la conducta delictiva. Sin embargo, este argumento encierra un error, toda vez que se encuentra plenamente demostrado que la evaluación de costo - beneficio que se realiza para cometer un ilícito está principalmente en función a la eficacia del sistema de control y no en relación a la gravedad de la pena.

En efecto, no importa cuan grave sea la pena si es que la persona sabe que resulta poco probable que el sistema de control lo pueda descubrir. De este modo, la agravación de las penas cumple una función meramente simbólica, toda vez que otorga a la población un falso sentimiento de seguridad, produciendo lo que la doctrina llama la "satisfacción del sentimiento de venganza social".

Por el contrario, la agravación de penas podría llegar a producir efectos negativos sobre el Estado de Derecho. En efecto, en la mayoría de los casos, se recurre a penas que no guardan proporción con los efectos dañosos del ilícito, afectando de esta manera el principio de proporcionalidad estricta que cuenta con sustento constitucional[17] y que se deduce de una interpretación de los artículos 3°, 2° inciso 7) y 200° párrafo final de la Constitución. Así por ejemplo, el Decreto Legislativo Nº 895 equipara en importancia a bienes jurídicos diversos como la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual y la seguridad pública. Con ello, se propicia, por ejemplo, que en el marco de un asalto se prefiera matar a la víctima

[17] Cfr. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio, ob. cit. p. 47

ante la posibilidad de reconocimiento de los autores, ya que ser cabecilla, pertenecer a las Fuerzas Armadas o causar lesiones graves tiene la misma pena que matar.

## 9. Eliminación de beneficios penitenciarios

En el ámbito de la ejecución penal, el artículo 8º del Decreto Legislativo Nº 895, así como el artículo 8º del Decreto Legislativo Nº 897, suprimen la posibilidad de la concesión de beneficios penitenciarios a las personas condenadas por los delitos de "Terrorismo Agravado" y de otros delitos agravados, respectivamente.

Una opción de ese tipo contradice el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución que opta por un sistema de prevención especial, es decir, resocializador, conforme a las exigencias de un sistema penal propio de un Estado democrático de Derecho, donde el Derecho Penal se concibe como garantía para el ciudadano y no como un elemento represor e intimidatorio, propio de un Estado policiaco.

Por ello, sería conveniente que se replanteen las normas mencionadas, considerando que una buena administración penitenciaria, podría garantizar que los beneficios penitenciarios se concedan a aquellos reclusos que han probado su inocuidad social, y estén verdaderamente en vías de reincorporarse a la sociedad.

## 10. Regulación del uso indebido de armas de guerra

El Decreto Legislativo Nº 898, "Ley contra la posesión de armas de guerra", reglamentado por el Decreto Supremo Nº 022-98-PCM, publicado el 29 de Mayo de 1998, establece las normas aplicables a las personas que ilegalmente poseen armas, quienes deberán entregarlas en un plazo de 30 días calendario, que vence el 29 de junio del presente año. Resulta positivo que el Estado adopte una política destinada a reducir al mínimo el número de armas en posesión de particulares, como la que está implícita en las normas referidas. Sin embargo, conviene hacer algunas puntuales precisiones.

a) El Decreto Legislativo Nº 898, a diferencia de lo señalado por su nombre, regula la posesión de todo tipo de armas, no sólo las de guerra, lo que si bien no constituye en sí mismo una transgresión de gravedad, debería ameritar una revisión, en cuanto la posesión de estas armas se convierte en una causa de severas sanciones penales. En esa dirección, el reglamento, al definir armas de guerra, incluye artefactos que en estricto podrían no ser considerados como tales, como por ejemplo las carabinas o revólveres. De esa manera, se coloca en una situación de ilegalidad a quienes actualmente portan armas -así cuenten con la licencia respectiva-, al variar la condición de aquéllas. En efecto, quienes compraron legalmente sus armas y obtuvieron la correspondiente licencia, quedan en una situación exactamente igual a la de quienes las consiguieron ilegalmente y nunca obtuvieron la licencia respectiva. En estos casos, sería apropiado[18] fijar una compensación económica para las

[18] Cfr. IDEELE, "El modelo: la legislación antiterrorista y los inocentes en prisión", Revista del Instituto de Defensa legal, Nº 108, junio de 1998, p.13

personas que adquirieron legalmente armas y deben ahora devolverlas[19]. De otro lado, el artículo 6º del citado reglamento considera como granadas de guerra a *"todos aquellos artificios que contienen explosivos que pueden ser lanzados a mano o por un proyector o lanzador",* abarcando una gama de supuestos cuya amplitud podría eventualmente generar sanciones desproporcionadas, por lo que convendría su revisión.

b) Asimismo, la norma contenida en el inciso e) del artículo 4º del mencionado decreto según la cual *"Se consideran armas de guerra: las que determine el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas"* podría derivar en un ejercicio de potestades normativas por parte de dicha institución pues habilita a éste a determinar qué objeto constituye un arma de guerra. En consecuencia, el ámbito material de las normas penales que sancionan la posesión indebida de armas podría ampliarse por decisiones del Comando Conjunto, lo que estaría afectando el principio de legalidad propio de las normas penales.

c) Por último, deberá tenerse especialmente en cuenta la situación de los poseedores de armas de fuego en el medio rural, considerando que muchos miembros de rondas campesinas poseen armas que podrían caer bajo la calificación de "armas de guerra", con motivo del importante papel que tuvieron que jugar en la derrota del terrorismo. Cabe indicar que muchos de estos territorios aún no se encuentran suficientemente resguardados por la Policía Nacional. Igualmente, miembros de comunidades nativas requieren de armas para la caza, corriendo el riesgo de ser sancionados por realizar actividades cotidianas en su medio geográfico cultural. Más aún cuando suelen ser víctimas de falsas acusaciones de terceros, por litigios respecto del uso de sus tierras o del aprovechamiento de los recursos naturales de sus territorios.

En este último supuesto, el Congreso debería adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad de las rondas campesinas y el cumplimiento del artículo 175º de la Constitución, según el cual sólo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional pueden poseer armas de guerra.

Una alternativa sería precisar con exactitud qué debe entenderse por armas de guerra, excluyendo aquellas que en estricto no lo sean, permitiendo el uso de armas de defensa a las rondas campesinas, previa autorización de la autoridad competente del Ministerio del Interior, responsable político del mantenimiento del orden interno en el territorio. En caso que los integrantes de rondas o comunidades cuenten con armas de guerra, una alternativa sería la de ampliar los plazos de entrega y diseñar una política de seguridad rural que garantice que tras la entrega de las armas, las comunidades no queden en una situación de indefensión frente a restos de grupos terroristas, abigeos, cazadores furtivos o empleados de empresas privadas dispuestas a operar ilegalmente en territorios comunales.

## 11. Regularización de la ciudadanía de personas indocumentadas

[19] Recientemente se ha dictado la Directiva N° 002-DICSCAMEC-98, aprobada mediante RM N° 0482-98-IN/1509, que fija un procedimiento para quienes en la actualidad poseen legalmente armas de guerra.

El artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 903 establece de manera genérica que puede inscribirse en el Registro Provisional de Identidad toda persona, nacida hasta el año 1977 inclusive, que carezca de un documento de identidad como consecuencia de su destrucción, desaparición, inhabilitación o por su condición de omisa al servicio militar obligatorio.

El citado artículo debe interpretarse conjuntamente con el Decreto Legislativo Nº 837 y la norma que lo reglamenta, la Resolución Jefatural Nº 063-96-JEF/RENIEC. El artículo 2º del decreto legislativo señalado precisa que en el Registro Provisional de Identidad se inscriben las personas que carezcan de un documento de identidad como consecuencia principalmente de la desaparición, destrucción o inhabilitación de los libros de actas de las oficinas de registros del estado civil por hechos fortuitos o actos delictivos vinculados a la acción subversiva. El reglamento elaborado por el RENIEC señala en su artículo 3º que lo normado por el Decreto Legislativo Nº 837 está dirigido a los peruanos capaces mayores de 18 años de edad que no se encuentren inscritos en el Registro Electoral como consecuencia de la desaparición, destrucción o inhabilitación de los libros de actas del registro del estado civil, principalmente por actos terroristas o hechos fortuitos; o de la falta de inscripción en el Registro del Estado Civil.

Por otra parte, la extensión de los alcances del Decreto Legislativo Nº 903 sólo a las personas nacidas hasta el año 1977 inclusive, es decir, que cuenten con 21 años de edad en adelante, no permitirá que las personas desplazadas entre 18 y 20 años puedan acogerse a la excepción del servicio militar en el activo consagrada por la norma. Ello crearía una situación discriminatoria, atendiendo a que el desplazamiento y el posterior proceso de reinserción social constituyen causas justificadas para no realizar el servicio militar.

No obstante lo señalado, y sin perjuicio de considerar que excede las facultades delgadas, cabe resaltar las bondades de la norma, que en parte soluciona los problemas detectados en el proceso de emisión del DPI, tales como la caducidad del mismo en octubre de 1998 existiendo a la fecha aproximadamente 350,000 personas que no cuentan con dicho documento, y el eventual cumplimiento del servicio militar en el activo para aquellas personas que recabaron el DPI, sin considerar su especial situación de desplazados en la mayoría de los casos.

Frente a los problemas mencionados, el Decreto Legislativo Nº 903 extiende el plazo de vigencia del DPI hasta el 31 de mayo de 1999. También establece una excepción al servicio activo en el servicio militar obligatorio y a la imposición de sanciones para los omisos, para las personas comprendidas en los alcances de la norma. Por último, aquellas personas podrán canjear el DPI por el documento nacional de identidad (DNI) en forma gratuita.

De esta manera el Congreso, debería dotar al Decreto Legislativo Nº 903 de la forma jurídica propia de una ley, con la finalidad de preservar la vigencia de las disposiciones en materia de documentación de personas. Asimismo, debería precisarse que la norma en cuestión está referida sólo a las personas comprendidas en el Decreto Legislativo Nº 837 y su reglamento, y debería incluir dentro de su ámbito a todas las personas mayores de 18 años, es decir, nacidas hasta el año 1980 inclusive.

## V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

**1.** Mediante la Ley Nº 26950, el Congreso delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar por quince días en materia de seguridad nacional, específicamente, en lo que atañe al diseño de una estrategia para hacer frente a la violencia proveniente de la delincuencia común, organizada en bandas utilizando armas de guerra y explosivos, provocando de esa manera un estado de zozobra e inseguridad permanente en la población.

En vez de utilizar la expresión "seguridad nacional", la naturaleza del problema que se pretende afrontar hacía más apropiado hablar de seguridad ciudadana. Este concepto, mencionado en el artículo 195º de la Constitución como competencia conjunta de la Policía Nacional y las municipalidades alude a la situación de confianza de una comunidad social en que la vida, integridad y libertad de sus miembros se encuentran garantizados durante su vida como ciudadanos. De ese modo, hubiera sido conveniente que una propuesta dirigida a neutralizar la sensación de inseguridad en la población, partiera de la concepción garantista presente en el concepto de seguridad ciudadana.

No procede delegar facultades legislativas en materia de leyes orgánicas. Por ello, resultan inconstitucionales el Decreto Legislativo Nº 895 (artículo 5º) y el Decreto Legislativo Nº 900, al regular materias reservadas a ley orgánica por el artículo 200º de la Constitución, como son las garantías constitucionales. Asimismo, los Decretos Legislativos Nºs 896, 897, 899, 903 y 905, contienen normas que exceden el ámbito de la materia específica sobre la que se delegó facultades legislativas, de acuerdo con el texto del artículo 2º de la Ley Nº 26950.

**2.** El ejercicio de la facultad punitiva del Estado tiene como límite lo dispuesto por la Constitución pues ella constituye una garantía de interdicción de la arbitrariedad. En esta dirección, el Estado no puede someter una conducta que lesiona un bien jurídico determinado, al régimen de sanción establecido para la protección de otro bien jurídico, como se hace en el Decreto Legislativo Nº 895 al calificar como terrorismo a conductas propias de la delincuencia común, que si bien pueden causar zozobra a la población no lo hacen con el fin político de minar el sistema democrático y sustituir las autoridades legítimamente establecidas. Esta desnaturalización afecta el contenido esencial de la libertad individual y el derecho al juez natural, pues permite la ampliación de los plazos de detención y el juzgamiento de civiles por tribunales militares en supuestos que conforme a la Constitución no corresponde.

**3.** Un aspecto de urgente revisión es la extensión de la competencia de la justicia militar para el conocimiento de delitos comunes, posibilidad vedada por el artículo 173º de la Constitución; pero autorizada por el artículo 3º del Decreto Legislativo Nº 895. Asimismo, la figura del "hábeas corpus militar" creada por el artículo 5º de dicho decreto, resulta inconstitucional no sólo porque se incide en materia reservada a una ley orgánica sino, además, porque la competencia

de la justicia militar está circunscrita a la materia penal y, por tanto, el legislador no puede ampliarla para conocer procesos como el hábeas corpus.

**4.** El Decreto Legislativo Nº 900 modifica la regulación del hábeas corpus y el amparo. Además de la inconstitucionalidad de la regulación de garantías constitucionales por medio de decretos legislativos, resulta inadecuado disponer que sólo dos jueces tramiten todos estos procesos en Lima y Callao, lo que en la práctica puede suponer serias restricciones en el acceso a la justicia, contraviniéndose obligaciones internacionales.

**5.** Los Decretos Legislativos Nº 895, 897 y complementariamente, el N° 904, configuran un ordenamiento procesal que en la parte prejudicial sobredimensiona el papel investigador de la policía, llegando, en el caso del Decreto Legislativo Nº 896, a permitir la subordinación en la práctica del juez y del Ministerio Público a los requerimientos policiales. En esa dirección, el Decreto Legislativo N° 895 amplia el plazo de detención prejudicial a 15 días, lo que resulta claramente inconstitucional. El papel de la policía como investigadora privilegiada se ve complementado con la labor de la Dirección Nacional de Inteligencia para la Protección y Tranquilidad Social, órgano de línea del Servicio de Inteligencia Nacional, cooperante, en virtud del Decreto Legislativo Nº 904, con la Policía Nacional en la investigación de los delitos mencionados en los Decretos Legislativos N° 895, 896, 897 y 898. En consecuencia, de un lado urge una modificación de las normas sobre el procedimiento prejudicial, de manera que se respeten los plazos y supuestos constitucionales de la detención, así como la posición que la Constitución asigna al Ministerio Público; y de otro lado, sería conveniente la revisión de la normatividad del Servicio de Inteligencia Nacional para adecuarla a la fiscalización parlamentaria de sus actos en las condiciones especiales en que ésta es concebida en un Estado de Derecho.

**6.** La regulación del proceso penal establecida por los Decretos Legislativos N° 895 y N° 897 contraviene principios fundamentales como el debido proceso. En tal sentido, se hace necesaria una modificación legal de dicha regulación que podría efectuarse según las pautas del Código Procesal Penal.

**7.** Los Decretos Legislativos N° 895 y N° 899 contienen normas sobre menores infractores que afectan la Convención de los derechos del Niño, al contradecir su espíritu protector. Así, el Decreto Legislativo Nº 895 establece la posibilidad de penas privativas de la libertad de entre 25 y 35 años para adolescentes de entre 16 y 18 años, quienes serían juzgados por tribunales militares y permanecerían en establecimientos comunes de alta seguridad conjuntamente con mayores de edad, atentando contra el carácter progresivo que la Convención señala como pauta internacionalmente obligatoria de la legislación interna.

Aunque, en otro nivel, puede afirmarse algo similar de la segunda disposición complementaria del Decreto Legislativo Nº 899, que aumenta el tiempo de internamiento. Asimismo, puede observarse que este decreto no considera como atenuante la alteración de la conciencia, a diferencia de lo que ocurre con los mayores; penaliza agravadamente una situación de peligro abstracto,

como el liderazgo de una pandilla; incorpora fórmulas de delación sin las garantías debidas, y no considera normas especiales como la Ley Nº 26830, sobre control de la violencia en espectáculos públicos no deportivos. En el fondo, una vez más se ponen de manifiesto la ausencia y la necesidad de una respuesta integral a fenómenos como la delincuencia juvenil, donde se enfatice en la integración social antes que en la represión.

**8.** La eliminación de los beneficios penitenciarios dispuesta por los Decretos Legislativos Nº 895 y 897, en sus respectivos artículos, debería ser replanteada en el Congreso, al contravenir el principio de resocialización como fin del sistema penitenciario, expresado en el artículo 139º inciso 22) de la Constitución.

**9.** Una característica común a los Decretos Legislativos 895, 896, 898 y 899 es la sobrecriminalización de conductas. Esto revela al aumento de penas como uno de los ejes centrales de estrategia utilizada. Sin embargo, se ha comprobado que medidas de este tipo suelen tener únicamente un efecto simbólico sobre la población, mas no un efecto real en el descenso de la criminalidad, pues el delincuente, antes que un cálculo sobre la cuantía de la pena, realiza uno sobre la posibilidad de ser capturado.

**10.** Si bien resultan positivas las medidas destinadas a reducir al mínimo el número de armas en manos de la sociedad civil, a que alude el Decreto Legislativo Nº 898, conviene detenerse en temas como la amplia calificación efectuada por el reglamento de la expresión “armas de guerra”, incluyendo algunas de carácter propiamente defensivo, de caza o de recreo. Al respecto, se plantea el problema de quienes obtuvieron una licencia que con la nueva regulación ya no protege su posesión. Más grave resulta ser el caso de los miembros de rondas y comunidades campesinas o nativas, cuyas armas son medios de subsistencia o necesarias para su seguridad, soliendo ser falsamente acusados de terrorismo a propósito de litigios por los recursos naturales de sus territorios.

**11.** A pesar de no estar dentro de las materias objeto de delegación, la regularización del ejercicio de la ciudadanía de personas indocumentadas, resultará positiva en cuanto el Congreso la convalide legalmente, por cuanto atiende al problema de cientos de miles de indocumentados. Sin embargo, debe precisarse que su alcance ha de extenderse únicamente a las personas comprendidas en el Decreto Legislativo Nº 837.

En definitiva, consideramos que para neutralizar las amenazas provenientes de la delincuencia común no son suficientes medidas represivas. Ello sólo será posible mediante una estrategia integral de seguridad ciudadana, que debe contemplar tanto los aspectos relativos al diseño de las instituciones estatales encargadas de su atención, como los que atañen a las causas sociales de la inseguridad. En esa dirección, debería considerarse como criterio, el fortalecimiento de la Policía Nacional y su adecuación a las nuevas formas de delincuencia, remarcándose las tareas preventivas y su condición de prestadora de un servicio público de protección. Para ello, urge revisar las condiciones de trabajo de sus miembros, en sus aspectos logísticos, patrimoniales y de ejercicio de sus derechos.

Una estrategia eficaz de seguridad ciudadana requiere de la promoción de una mayor cercanía entre la población y los encargados de su seguridad, lo que podría lograrse mediante la conformación de instancias plurales de planeamiento y ejecución de programas de seguridad ciudadana, así como mediante la descentralización y eventual municipalización de algunas funciones policiales. Finalmente, el contenido de los programas que se diseñen deberá incidir en acciones de prevención social, en coordinación con entidades especializadas.

Lima, 16 de junio de 1998