EXP. N.° 005-2001-AI/TC
LIMA
DEC. LEG N.° 895 Y OTRAS DISPOSICIONES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los quince días del mes de noviembre de dos mil uno, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra los artículos 1º, 6º, incisos b), c) y d), 7º, incisos a), b), c), e), f), g), i) primer y tercer párrafo y artículo 8º, inciso j) del Decreto Legislativo N.° 895; así como, contra la Segunda Disposición Final de dicho decreto, modificado por el artículo 2º de la Ley N.° 27235; también, contra el artículo 1º, incisos a), b), c), d), e), f) y g), artículo 2º, inciso a), c), d), e), f), artículo 3º, inciso c) , d) y e), artículo 4º, 5º y 8º del Decreto Legislativo N.° 897; y finalmente, contra los artículos 193º y 194º de la Ley N.° 27337 (Código del Niño y el Adolescente).

ANTECEDENTES

Manifiesta el demandante que la propia norma delegatoria de facultades, Ley N.° 26950, sobre cuya base se expidieron los decretos legislativos impugnados, ya presentaba problemas, al calificar como de "seguridad nacional" a la materia delegada, cuando se refería, en verdad, a delitos que no amenazaban la seguridad nacional.

Sostiene que el artículo 1º del Decreto Legislativo N.° 895 vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad, implícito, a su criterio, en el artículo 45º de la Constitución Política del Estado, debido a que su concepto de "terrorismo especial" no concuerda con el concepto constitucional de *terrorismo*, pues la conducta tipificada en el mencionado dispositivo carece del elemento ideológico que caracteriza la finalidad política del *terrorismo*, tal como se infiere de la Constitución.

Afirma también que el literal b) del artículo 6º, del Decreto Legislativo N.° 895 es incompatible con el derecho a la libertad personal, presente en el artículo 2º, inciso 24), literal "f", de la Constitución, dado que la mencionada denominación de "terrorismo"

permite extender el supuesto excepcional de detención por quince días recortando así, indebidamente, el derecho de libertad.

Agrega que el artículo 1º y el numeral 6) del literal "a", del artículo 2º, del Decreto Legislativo N.° 895, son contrarios al mandato de taxatividad como expresión del principio de legalidad penal, presente en el literal "d", inciso 24), artículo 2º de la Constitución, ya que el primero de los mencionados dispositivos, a continuación de los delitos de robo, secuestro y extorsión, agrega "*u otro delito* contra la vida, (...)" Asimismo, el segundo de los dispositivos mencionados tipifica como forma de delito de "terrorismo especial", el hecho de proporcionar información sobre personas, patrimonios, edificios públicos, privados y *cualquier otro,* con la única exigencia de que conduzcan a la elaboración de planes delictivos. Sostiene que este tipo de enunciados amplía los márgenes de imprecisión y, por ende, de discrecionalidad policial, fiscal y judicial en la interpretación de los tipos penales, cosa contraria al principio de taxatividad. Este cuestionamiento se hace extensivo a los artículos 193º y 194º de la Ley N.° 27337, Código de los Niños y Adolescentes, toda vez que el concepto de "pandilla perniciosa" resulta inédito y se caracteriza por su ambigüedad y vaguedad.

Además, la Defensoría solicita a este Tribunal la declaración de inconstitucionalidad de los incisos b) y d) del artículo 6º del Decreto Legislativo N.° 895. Afirma que estas disposiciones resultan contrarias al literal "f", inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, por cuanto posibilitan la detención de una persona en la etapa prejurisdiccional de los delitos tipificados por el citado decreto, sin hacer mención alguna a que dicha detención deba realizarse en el supuesto de flagrancia o existencia de resolución judicial. Asimismo, aduce que es inconstitucional el inciso a), del artículo 7º del citado decreto, que regula la formalización de la denuncia penal por parte del Ministerio Público y el inicio de la instrucción por parte del juez, porque supone la posibilidad de que los imputados se encuentren detenidos antes del inicio de la instrucción. Este cuestionamiento se haría también extensivo a los incisos b), c) y d), del artículo 6º, del citado Decreto Legislativo N.° 897.

Se pretende también la declaración de inconstitucionalidad de los incisos c) y d) del artículo 6º, del Decreto Legislativo N.° 895, así como, de los incisos a), f) y g) del artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 897. Alega que estas disposiciones son contrarias a lo establecido en el inciso 4) del artículo 159º de la Constitución, según el cual corresponde al Ministerio Público la conducción de la investigación de los delitos, estando la Policía Nacional obligada a cumplir sus órdenes; sin embargo, según el inciso c) del artículo 6º, del Decreto Legislativo N.° 895, es la Policía Nacional la que solicita al juez la detención de una persona y no el Ministerio Público, la misma que, inclusive, tendría poder para solicitar al juez restricciones de derechos tan importantes como el de comunicación, que implican una capacidad técnico-jurídica de la que carecen. Similar vicio de inconstitucionalidad

presentaría el inciso a) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.° 897, según el cual es la Policía Nacional la que investiga los delitos agravados tipificados por el Decreto Legislativo N.° 896, con la simple intervención del Ministerio Público y no bajo su dirección funcional. En análoga situación, se encontraría el inciso f) del artículo 1º del Decreto Legislativo N.° 897, conforme al cual, cuando la Policía Nacional lo solicite, el Ministerio Público tendría que incluir en su denuncia una petición al juez para que éste otorgue a la Policía la ampliación del plazo de investigación policial, agravando más aún tal situación, cuando la misma norma señala que el juez, en el auto apertorio de instrucción, está obligado a conceder dicha ampliación, tiempo durante el cual los procesados permanecerán bajo la competencia de la Policía Nacional, detenidos en sus instalaciones. Esta norma vulneraría, además, los principios constitucionales de autonomía e independencia reconocidos en el inciso 1) del artículo 146º de la Constitución, ya que los jueces están sometidos sólo a la Constitución y la ley, mas no a las decisiones de la Policía Nacional, y afectaría, también, el principio de competencia judicial, pues a pesar de existir proceso penal abierto, los procesados se encontrarían bajo la competencia de la Policía Nacional. Análogo vicio presentarían el inciso d) del artículo 6º, del Decreto Legislativo N.° 895 y el inciso g) del artículo 1º, del Decreto Legislativo N.° 897, debido a que establecen que es la Policía Nacional y no el Ministerio Público, la que designa defensor al imputado que no ha nombrado abogado.

De acuerdo con los incisos a) y b) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.° 895 y al inciso e) del artículo 1º e inciso a) del artículo 2º, del Decreto Legislativo N.° 897, el imputado, en todo caso, tendrá mandato de detención en su contra desde el inicio de la instrucción. Según el demandante, esta norma afecta el principio de presunción de inocencia, dado que desnaturaliza el carácter cautelar de la prisión provisional y debilita las posibilidades de defensa. El inciso c) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.° 895, así como el inciso a) del artículo 2º, del Decreto Legislativo N.° 897, prohíben cualquier tipo de libertad durante la instrucción, vulnerando la presunción de inocencia y el derecho de defensa. Por otra parte, el inciso d) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.° 895 y el inciso b) del artículo 2º, del Decreto Legislativo N.° 897, establecen que las cuestiones previas, prejudiciales, excepciones y cualquier otra articulación, deberán resolverse en el principal al momento de la sentencia. Sostiene la Defensoría que estas normas conllevarían a restringir el derecho de defensa del imputado y a mantenerlo bajo prisión provisional durante el proceso. El primer párrafo del inciso i) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.° 895, así como el artículo 4º del Decreto Legislativo N.° 897, establecen que en la instrucción y el juicio oral no se podrá ofrecer como testigos a quienes intervinieron, en razón de sus funciones o cargos, en la elaboración del atestado policial. Por otro lado, el tercer párrafo del inciso i) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.° 895 y el artículo 5º del Decreto Legislativo N.° 897, establecen que no procede recusación contra los magistrados intervinientes ni contra los auxiliares de justicia. Se afirma que estas disposiciones afectan los mecanismos de defensa del imputado. El primer párrafo del

inciso i) del artículo 7º del Decreto Legislativo N.° 895 y el artículo 4º del Decreto Legislativo N.° 897, establecen que el atestado policial tendrá valor probatorio. Con ello, se afecta no sólo el derecho de defensa, sino, además, los principios que rigen la producción de la prueba en el proceso penal, como los de inmediación, contradicción, publicidad e igualdad. Estas disposiciones debilitan sustancialmente la posición del imputado, colocándolo en posición de desventaja respecto al Ministerio Público y, desde esa perspectiva, resultan contrarias al principio de *igualdad de armas*.

El inciso e) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.° 895, establece que la instrucción concluye en un plazo de veinte días, prorrogables por diez días más. El inciso f) del artículo 7º, del Decreto Legislativo N.° 895, establece en cuarenta y ocho horas el plazo para que el fiscal emita dictamen, e igual plazo para que el juez emita el informe correspondiente; el inciso g), por su parte, establece el plazo de veinticuatro horas para fijar fecha y hora de la audiencia, y el inciso j) establece plazos excesivamente cortos para la tramitación del recurso de nulidad. Esta sumariedad del plazo de instrucción debilita la naturaleza cognoscitiva del proceso, lo que no respeta las exigencias del debido proceso y el principio de legalidad procesal penal (*nulla poena sine iudicio*). Los dispositivos mencionados regulan una estructura procesal inconstitucional que, además, de vulnerar el derecho y el principio antes citados, afectan el principio de igualdad de armas y el principio de presunción de inocencia. Análoga situación de inconstitucionalidad, presentan los incisos c), d), e) y f) del artículo 2º, del Decreto Legislativo N.° 897, que regulan los plazos y trámites para la instrucción de los delitos agravados por el Decreto Legislativo N.° 896; así como los incisos c), d) y e) del artículo 3º del Decreto Legislativo N.° 897, regulatorio del recurso de nulidad.

El demandante afirma, además, que la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N.° 895, modificado por la Ley N.° 27235, es inconstitucional porque afecta el derecho al juez natural, al permitir que civiles sean juzgados por la justicia militar, por delitos comunes, pero inconstitucionalmente tipificados como de "terrorismo especial".

Finalmente, sostiene que el artículo 8º del Decreto Legislativo N.° 895 y el artículo 8° del Decreto Legislativo N.° 897, son inconstitucionales debido a que prohíben el acceso a beneficios penitenciarios, lo que contraviene el artículo 1º y el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución, que establecen los principios de resocialización que rigen el régimen penitenciario.

El Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos judiciales del Consejo de Ministros, contesta la demanda afirmando lo siguiente: que las disposiciones cuestionadas fueron expedidas basadas en el *ius puniendi* del Estado; que dichas normas no vulneran el principio de legalidad ni el principio de taxatividad, porque fueron expedidas por autoridad legítimamente constituida, y porque el juzgamiento y la eventual condena de personas se

efectuará basándose en dichas normas. Afirma que la detención preventiva por el término de quince días, que establece el Decreto Legislativo N.° 895, no contraviene la Constitución, dado que ésta establece ese plazo en casos de terrorismo. Alega que no se vulnera la disposición constitucional que reconoce al Ministerio Público la conducción jurídico funcional de la etapa prejurisdiccional, ni se vulnera el principio de presunción de inocencia, dado que las penas privativas de la libertad impuestas por el citado decreto legislativo son superiores a cuatro años, lo cual justifica la necesaria expedición del mandato de detención, conforme la norma impugnada –incisos a) y b) del Decreto Legislativo N.° 895– lo establece. Manifiesta que el hecho de que los plazos procesales contemplados por la norma impugnada sean cortos, no afecta el derecho al debido proceso ni el principio de legalidad procesal, dado que, para la condena de una persona, habrá de mediar siempre un proceso judicial. Agrega que no se vulnera el derecho al juez natural, porque el juez competente era el fuero militar y tampoco el principio que rige el régimen penitenciario establecido por el inciso 22) del artículo 139 de la Constitución.

FUNDAMENTOS

1.- SUSTRACCIÓN PARCIAL DE LA MATERIA

El artículo 5° de la Ley N.° 27472, del cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho, modifica el artículo 1°, deroga los artículos 2° y 3° del Decreto Legislativo N.° 896 y las disposiciones del Decreto Legislativo N.° 897 que se opongan a dicha ley.

Las modificaciones al artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 896 están referidas a las penas correspondientes al asesinato, secuestro, violación sexual de menores de edad, robo, robo agravado y extorsión, reduciendo los plazos de prisión.

Los artículos 2° y 3° del mismo decreto legislativo, derogados por la Ley N.° 27472, se referían a la eficacia y vigencia de dicho decreto legislativo.

En cuanto a la derogación de las disposiciones del Decreto Legislativo N.° 897, que se oponen a la Ley N.° 27472, debe considerarse que aquél establecía un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos a que se refiere el artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 896 ya mencionados, y prohibía el acceso a los beneficios penitenciarios del Código de Ejecución Penal. Como el artículo 2° de la Ley N.° 27472 establece que dichos delitos serán tramitados de conformidad con las normas del Código de Procedimientos Penales, y como el artículo 4° de la misma ley expresa que los beneficios penitenciarios para los delitos previstos en el Decreto Legislativo N.° 896 se regulan por el Código de Ejecución Penal, debe entenderse que las disposiciones del Decreto Legislativo N.° 897 sobre esas materias, han quedado derogadas, produciéndose, consecuentemente,

la sustracción parcial de la materia impugnada en esta acción de inconstitucionalidad.

La nueva ley, por otra parte, no deroga los incisos a), b), c), f) y g) del artículo 1°, del Decreto Legislativo N.° 897. Los incisos señalados regulan aspectos relativos a la investigación policial y la intervención del Ministerio Público en la etapa pre-jurisdiccional, no regulada por la nueva ley. Por esta razón, el Tribunal Constitucional procede a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o no de los mismos, así como del resto de disposiciones impugnadas aún no derogadas.

La derogación de una norma no implica, necesariamente, exoneran al Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre su inconstitucionalidad, ya que los efectos en el tiempo de la norma derogada pueden variar ante una declaración de inconstitucionalidad. Sin embargo, en este proceso, no es necesaria tal declaración de inconstitucionalidad, dado que la nueva ley tendrá que ser aplicada respecto de los efectos de la antigua, en virtud del principio de la retroactividad penal benigna.

2.- LA DELEGACION DE FACULTADES POR EL CONGRESO AL PODER EJECUTIVO.

La Ley N.° 26950, del dieciocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho otorgó al Poder Ejecutivo autorización para legislar en "materia de seguridad nacional".

La misma ley especificó la materia delegada en su artículo 2° e indicó que los decretos legislativos que se expidieran con arreglo a dicha ley autoritativa, tendrían por materia la Seguridad Nacional y se fundamentarían "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 y provocando un estado de zozobra e inseguridad permanente en la población".

Como consecuencia de lo anterior, se expidieron, entre otros, los Decretos Legislativos N.^{os} 895 y 897, impugnados por el Defensor del Pueblo en este proceso constitucional y dirigidos a combatir la delincuencia común.

El bien jurídico que se quiso proteger con la delegación de facultades, es, según lo expresa la Ley N.° 26950, la Seguridad Nacional. Resulta necesario, entonces, esclarecer el significado y los alcances de dicho concepto ("Seguridad Nacional"), a fin de averiguar si los decretos legislativos impugnados se circunscriben al área delegada.

La enmarcación del contenido de la "Seguridad Nacional" es pertinente, a fin de no extender el trato excepcional de limitación de derechos fundamentales que su defensa supone –como valor prioritario para la sociedad– a actos que no atentan contra ella y, por tanto, no justifican el trato limitativo correspondiente.

Sin embargo, y previamente, debe notarse que el encargo del legislador no basta, por sí solo, para esclarecer el contenido constitucional del bien jurídico que se intenta proteger o el contenido de los actos que se busca sancionar, porque el propio encargo del poder Legislativo puede ser inconstitucional, si vulnera el artículo 104° de la Constitución que prohíbe delegar ciertas materias.

El Poder Legislativo ha considerado que constituye delito de terrorismo, contra "*la Seguridad Nacional*", la provocación de un estado de zozobra e inseguridad permanente en la sociedad, por acción de la delincuencia común organizada en bandas armadas, según consta en el articulado del Decreto Legislativo N.° 895, y en el texto de la Ley N.° 27235, que lo modifica.

La Constitución, sin embargo, caracteriza a la *Seguridad Nacional* como un bien jurídico íntimamente vinculado a la *Defensa Nacional*, más que a la seguridad ciudadana o al llamado orden público interno.

Bajo el título de "De la Seguridad y de la Defensa Nacional", en efecto, el artículo 163° de la Constitución expresa: "El Estado garantiza la *seguridad de la Nación* mediante el sistema de Defensa Nacional". Los artículos siguientes declaran que el sistema de Defensa está dirigido por el Presidente de la República, y establecen la manera como están constituidas las Fuerzas Armadas, cuyas finalidades primordiales son garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República. Estas Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno sólo en casos de Régimen de Excepción; es decir, para casos o situaciones que afecten la vida de la Nación, o en estado o peligro de sitio, invasión o guerra.

El concepto de *Seguridad Nacional no debe confundirse con el de seguridad ciudadana*. Aquélla implica un peligro grave para la integridad territorial, para el Estado de Derecho, para el orden constitucional establecido: es la violencia contra el Estado y afecta los cimientos del sistema democrático, como se expresó en la vigésima cuarta reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de Estados Americanos, este 20 de setiembre de 2001. Supone, pues, un elemento político o una ideología que se pretende imponer, y sólo puede equipararse a la *seguridad ciudadana* por excepción o emergencia, cuando ésta es perturbada gravemente. La *seguridad ciudadana* normalmente preserva la paz, la tranquilidad y la seguridad de los ciudadanos, sin mediar el factor político y/o el trasfondo ideológico en su vulneración. Quien delinque contra la *seguridad ciudadana*, no se propone derrocar o amenazar al régimen político constitucionalmente establecido, a fin de imponer uno distinto o una distinta ideología.

El poder punitivo del Estado tiene límites impuestos por la Constitución. No puede ser arbitrario ni excesivo. Debe ser congruente con los principios constitucionales y *razonablemente proporcionado no sólo al hecho delictivo, sino también al bien jurídico* protegido. Por eso, no sólo el delito debe estar claramente tipificado en la ley, de manera detallada y explícita, sino además, el bien jurídico protegido debe ser delimitado claramente, a fin de impedir que ciertos actos sean calificados o tipificados equívocamente por el juzgador, con las consecuencias de un proceso indebido y una pena injusta.

La necesidad comprensible, real y legítima, de combatir la delincuencia común organizada en bandas armadas responde, más bien, al objetivo de preservar el orden interno o la *seguridad ciudadana*, que a la finalidad de proteger el Estado de Derecho, el régimen constitucional o la integridad territorial; es decir, que al bien jurídico de la seguridad nacional. La delincuencia común, aún organizada en bandas armadas, carece de la motivación político-ideológica que es elemento constitutivo del delito de terrorismo que atenta contra la seguridad nacional.

No coinciden, entonces, la materia delegada de *Seguridad Nacional* con el objetivo que busca la delegación; es decir, combatir la delincuencia común en su expresión de bandas armadas. Esta incongruencia en la propia delegación de facultades bastaría para declarar inconstitucionales los decretos legislativos que son objeto de la presente acción de inconstitucionalidad. En efecto, dicha incongruencia ocasiona la irracionabilidad de la ley autoritativa y, por lo tanto, en último análisis, su inconstitucionalidad. Ahora bien, los decretos legislativos expedidos a partir de una ley autoritativa vigente, pero incompatible con la Constitución, no convalidan su constitucionalidad formal. La inconstitucionalidad de la ley autoritativa ocasiona una inconstitucionalidad originaria de los decretos legislativos expedidos a partir de aquélla. El Tribunal Constitucional considera que ello es razón suficiente para declarar la inconstitucionalidad de los decretos legislativos impugnados. En cuanto al fondo, el Tribunal concuerda con los argumentos de la demandante –salvo los referidos a las pandillas perniciosas– y estima, además, que, dada la naturaleza, las repercusiones de los decretos imugnados, el interés nacional y el régimen transitorio de la normatividad jurídica, le corresponde examinar y dejar constancia de su opinión sobre algunos extremos de la demanda.

De conformidad con el artículo 45° de la Constitución, el Tribunal estima que el artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 895, modificado por el artículo 1° de la Ley N.° 27235, vulnera el principio constitucional de *interdicción de la arbitrariedad*, al calificar como terrorista a quien integre o sea cómplice de una banda armada. En criterio del Tribunal, el terrorismo –agravado o especial– tiene como sujeto activo a una agrupación organizada de personas armadas; como sujeto pasivo al Estado; el

bien jurídico tutelado por la normatividad del terrorismo es el régimen político-ideológico establecido constitucionalmente; y la acción o conducta proscrita es la sustitución o variación violenta del régimen político, ideológico democrático y constitucionalmente establecido. Ahora bien, aun cuando el sujeto activo o agente de este tipo de ilícito penal está constituido por agrupaciones organizadas y armadas, ello no implica que todos los ilícitos penales cometidos por agrupaciones organizadas y armadas constituyan "terrorismo". En efecto, el elemento que ha de caracterizar este tipo de ilícito es la finalidad política y/o ideológica de la agrupación organizada. En consecuencia, si ésta no tiene como objetivo esa finalidad política, el ilícito no constituye "terrorismo", sino un ilícito común distinto. Esto mismo se desprende de la consideración necesaria que debe efectuarse respecto del bien jurídico tutelado a través del tipo penal del terrorismo. En la persecución del terrorismo, el bien jurídicio tutelado es el régimen político democrático definido por la Constitución; vale decir, la Seguridad Nacional. En consecuencia, los ilícitos penales cometidos por agrupaciones organizadas que no afectan este bien jurídico, porque no tienen la finalidad de sustituir o variar el régimen político-democrático establecido por la Constitución y carecen del elemento subjetivo tipificante, no constituyen terrorismo.

Las bandas armadas a las que se refiere el artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 895, pueden ser utilizadas por el terrorismo, pero no toda banda armada que robe, secuestre o extorsione, persigue objetivos políticos basándose en una ideología. No es suficiente organizarse en bandas y utilizar armas de guerra para ubicarse en la tipificación del terrorismo.

Como el delito de terrorismo implica la violencia contra el Estado y afecta el sistema político de una nación, al pretender sustituir o debilitar al gobierno constitucional, causando terror en la población, es precisamente por amenazar el orden político estatuido, que la Constitución procesa aún y sancionaba antes al terrorismo, con severidad única –la pena de muerte- equiparable sólo al delito de traición a la Patria, pero no extensible a otros delitos de naturaleza común.

Por otro lado, es cierto que las bandas armadas pueden ocasionar igual o mayor inseguridad y miedo, sistemática e indiscriminadamente, que el terrorismo, lo cual justificaría un trato penal riguroso y equiparable al del terrorismo; pero sin el elemento político e ideológico, no puede ser calificada su actuación como terrorismo.

En otros términos, no es constitucionalmente admisible que, a fin de aplicar a las bandas armadas las normas procesales, sustantivas y ejecutivas penales, rigurosas y severas que la Constitución reserva al terrorismo, al tráfico ilícito de drogas y al

espionaje –y que prohíbe para los demás delitos– se pretenda "etiquetar" como terrorismo a conductas delictivas que no lo son.

Si resultara imprescindible, ante las circunstancias, que la Policía Nacional detenga hasta por quince días –y no sólo hasta 24 horas, como ordena la Constitución– a los integrantes de bandas armadas o a los actores de otros delitos, el Estado de Derecho exige que se modifique la Constitución por las vías regulares establecidas en ella. Y si resulta necesario que se imponga judicialmente penas más graves a esos sujetos, deben modificarse las norma penales, por la vía correspondiente.

No es constitucional, entonces, utilizar el tipo penal del terrorismo como factor legitimador de la actuación del poder estatal destinados a combatir otro tipo de delitos y, en consecuencia, es inconstitucional el artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 895.

El artículo 193° de la Ley N° 27337 define lo que debe entenderse por "pandilla perniciosa" y el artículo 194° de la misma ley establece la penalidad correspondiente. Debe considerarse que si bien el artículo 193° omite señalar lo que debe entenderse por "grupo" de adolescentes; esto es, que no hay una configuración cierta o caracterizadora de la conformación numérica de este ente; sin embargo, la interpretación sistemática de esta norma en el contexto del Código del Niño y el Adolescente –específicamente el artículo 196° que menciona como sujeto activo de esta infracción al líder o cabecilla del grupo– supone necesariamente una elemental organización y el concurso de una pluralidad de sujetos, así como, una acción delictiva concreta. Así –y no de otro modo- debe interpretarse el concepto de pandilla perniciosa.

El Tribunal considera que el otorgamiento de atribuciones tales como: la incomunicación del detenido a solicitud de la Policía Nacional, la asignación de abogado de oficio por la Policía Nacional si el detenido no lo designa, la investigación del delito por la Policía Nacional del Perú con la intervención del Ministerio Público, la obligación del Ministerio Público de incluir en la denuncia penal la petición de ampliación de la investigación, a solicitud de la Policía Nacional, la obligación del juez de aceptar dicha petición y la designación de abogado de oficio a la persona detenida por parte de la Policía Nacional, trasladan a la Policía Nacional atribuciones que competen al Ministerio Público conforme al artículo 159°, inciso 4) de la Constitución. En efecto, es el Ministerio Público el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional. La Policía Nacional desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio

Público. Así, el conjunto de las atribuciones antes descritas resultan inconstitucionales, por contravenir a la citada disposición de la Carta Política.

Por otra parte, el Tribunal considera la presunción de inocencia como elemento conformante del debido proceso. Disponer en una norma procesal penal que el imputado, en todo caso –es decir, sin sopesar las circunstancias de cada expediente– tendrá mandato de detención desde el inicio de la instrucción, contraría esa presunción y, por tanto, el debido proceso exigido por la Constitución.

En consecuencia, no son constitucionales los incisos a) y b) del artículo 7°, del Decreto Legislativo N.° 895.

Asimismo, la prohibición de conceder al imputado cualquier tipo de libertad durante la instrucción –sin excepción– contraría no sólo la presunción de inocencia, sino el derecho de defensa amparado por la Constitución. No son admisibles constitucionalmente, entonces, el inciso c) del artículo 7°, del Decreto Legislativo N.° 895.

Desnaturalizan el debido proceso y el derecho del demandante de acceder a ciertas libertades durante el proceso, el inciso d) del artículo 7°, del Decreto Legislativo N.° 895, al obligar al Juzgador a postergar, para el momento de expedición de la sentencia, la absolución de cuestiones previas, cuestiones prejudiciales, excepciones y otras articulaciones que, por su naturaleza jurídica, deben resolverse antes.

La ley N.° 27235 que modifica el Decreto Legislativo N.° 895, en su Disposición Final, permite que continúen en el fuero militar los procesos en trámite y, eventualmente, procesos en reserva ante ese fuero. La citada disposición contraría en estos supuestos al artículo 173° de la Carta Política.

De conformidad con esta norma constitucional, las personas civiles se hallan sometidas a la jurisdicción militar cuando se trata de los delitos de traición a la patria y terrorismo. Sin embargo, conforme se analizó antes, las conductas tipificadas por el Decreto Legislativo N.° 895 *no constituyen terrorismo*, sino simplemente, ilícitos comunes cometidos por agrupaciones organizadas. Por esta razón, la competencia para el conocimiento de estos delitos, conforme al citado artículo 173° de la Constitución, sólo corresponde a la justicia común. No obstante ello, la Segunda Disposición Final del Decreto Legislativo N.° 895, modificado por el artículo 2° de la Ley N.° 27235, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el veinte de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, establece lo siguiente: "Los procesos en trámite por los delitos de terrorismo especial que son de conocimiento del fuero militar, continuarán tramitándose por la misma vía". Esta

disposición es inconstitucional, por afectar tanto el artículo 173° de la Constitución como el derecho al juez natural.

Nadie ignora que la tranquilidad ciudadana se ha visto recientemente perturbada, de manera grave, por el tipo de delincuencia que motiva esta sentencia, y que las autoridades competentes tienen no sólo el derecho, sino también la obligación de investigar y sancionar, con severidad, las respectivas agresiones a la paz pública, pero respetando los límites que impone la Constitución. En la hipótesis de que los actuales medios legales y constitucionales resultasen insuficientes, sería necesario introducir cambios en la normatividad constitucional y legal, con el objeto de proporcionar los medios necesarios para la represión de los delitos.

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

FALLA

Declarando **FUNDADA,** en parte, la acción de inconstitucionalidad interpuesta, y, en consecuencia, declara la inconstitucionalidad, por la forma, de los Decretos Legislativos N.os 895 y 897, en sus disposiciones aún vigentes, y, además y complementariamente, la inconstitucionalidad, por el fondo, de los artículos 1º, 2°, literal a), numeral 6), 6º, incisos b), c) y d), 7º, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y del artículo 8º del Decreto Legislativo N.° 895, del artículo 2º de la Ley N.° 27235, de los incisos a), b), c), f) y g) del artículo 1° del Decreto Legislativo N.° 897; e **INFUNDADA** en el extremo que impugna la constitucionalidad de los artículos 193º y 194º de la Ley N.° 27337 (Código del Niño y el Adolescente), los que deben ser interpretados en el sentido precisado en el Fundamento correspondiente de la presente sentencia; declara, asimismo, que carece de objeto pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones derogadas del Decreto Legislativo N.° 897. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS

AGUIRRE ROCA
REY TERRY
NUGENT
DÍAZ VALVERDE
ACOSTA SÁNCHEZ
REVOREDO MARSANO

Lo que certifico:

Dr. César Cubas Longa
SECRETARIO RELATOR