

LA EJECUCIÓN DEL LEGISLATIVO: “RIESGO DE RESERVA LEGAL RELATIVA EN LA FORMULACIÓN DE LEYES PENALES PARA LA LIBERTAD PERSONAL”

*Karla Soledad Cacho Quiroz**

Dennis Edgardo Morales Mendoza†

SUMARIO: Introducción.- Planteamiento del problema.- Principio de legalidad.- Reserva legal.- Reserva legal absoluta.- Reserva legal relativa.- Normas penales vía Decreto Legislativo.- Leyes penales vía Decreto Legislativo durante de Fujimori, García y Humala.- Conclusiones.- Referencias.

RESUMEN

En las siguientes páginas, se busca establecer una correlación entre un instrumento de legislación muy usado, como es la delegación de facultades legislativas al Ejecutivo (Reserva Legal Relativa), y la afectación de derechos fundamentales, cuya protección es un fin fundamental en el Estado Constitucional de Derecho.

Para que el derecho penal no caiga en abuso del poder estatal frente al ciudadano se requiere de leyes previas, escritas y estrictas, de las cuales se ha estudiado sus características y tratamiento doctrinario a fin de descubrir cuáles deben ser sus requisitos a la hora de regular en materia penal.

Llevando a lo concreto el plano doctrinario, buscamos en la historia legislativa ejemplos de leyes penales vía delegación (Decreto Legislativo) en diferentes periodos, así pues se ha elegido el Gobierno de Alberto Fujimori, Segundo Gobierno de Alan García y el de actual de Ollanta Humala; gobiernos ejercidos en situaciones muy diferentes, y sin embargo con una constante, en cada uno de ellos se ha lesionado la protección de derechos fundamentales, en especial la protección de la libertad personal, base de la ciudadanía, constituyendo éste un riesgo inadmisibles para la construcción de un Estado Democrático.

Palabras clave: Reserva Legal, Decreto Legislativo, Libertad.

ABSTRACT

In the following pages, seeks to establish a correlation between a legislative instrument widely used, as are the delegation of legislative powers (Relative Legal Reserve) and the allocation of fundamental rights, whose protection is a fundamental order in the Constitutional Rule of Law.

To that criminal law does not fall into abuse of state power against the citizen, it requires prior, written and strict laws which has been studying its characteristics and doctrinaire treatment to discover what should be its requirements in regulating criminal law.

Taking concrete the doctrinal plane we look at the legislative history examples of criminal laws through delegation (Legislative Decree) in different periods, has chosen the Government of Alberto Fujimori, Second government of Alan Garcia and the current government of Ollanta Humala; governments exercised in very different situations, and yet with a constant, in each has been injured the protection of fundamental rights, in particular the protection of personal freedom, basis of citizenship, it constitutes an unacceptable risk for the construction of a Democratic Government.

Keywords: Legal Reserve, Legislative Decree, Freedom.

* Estudiante de la Universidad Nacional de Cajamarca. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. E-mail: kcachq13@unc.edu.pe.

† Estudiante de la Universidad Nacional de Cajamarca. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. E-mail: dmoralem13@unc.edu.pe.

INTRODUCCIÓN

Hablar legalidad nos permite establecer que este principio nace como respuesta a la arbitrariedad judicial y a la manifiesta inseguridad jurídica que se vivía hace más de un siglo. En ese sentido, la legalidad es simplemente una manifestación clara de la evolución jurídica desde una perspectiva más humanista, en donde el derecho está al servicio de la sociedad.

Con el avance jurídico y poniendo en manifiesto teorías antiquísimas la legalidad como principio llegó a connotarse en otras expresiones, como la reserva de ley, que establece la materialización de la voluntad de popular a través de la teoría de la representación. En esa misma línea, con respecto al principio de reserva legal, se depreden otras dos que le permiten revestirse con funciones más específicas como la reserva legal absoluta y relativa.

Con todo ello, lo que se buscó demostrar es la ilegitimada de la reserva legal relativa, aduciendo que ella tiende a enfocarse a intereses de un grupo reducido y no del bien común como se presume

Es entonces donde resulta imperativo y lógico plantearse la siguiente pregunta: ¿Cuál es el principal riesgo de la reserva legal relativa en materia penal respecto de la libertad personal? Dicho interrogante solo pudo responderse a cabalidad con una exhaustiva investigación sobre las consecuencias de la usurpación referida, a través diferentes momentos críticos en nuestra historia. Así es que hemos estudiado leyes penales promulgadas vía decreto legislativo (entendida como aquella norma con rango de ley, expedida por el Ejecutivo cuando se atribuye funciones legislativas); tomando como punto de referencia el derecho penal, pues consideramos que es en esta rama donde la libertad personal está más propensa a ser vulnerada. Las circunstancias históricas tomadas en consideración son los gobiernos de Fujimori, García y Humala.

Si bien es cierto el objetivo principal de esta investigación fue darle una respuesta coherente a la pregunta formulada mediante un estudio netamente histórico, como se ha mencionado, sin embargo también se hizo imprescindible cumplir con otras metas para

darle al trabajo investigativo un matiz más objetivo, pues limitarse a nuestra historia como nación para ratificar a lo que se quiso llegar desde un principio, que fue el rescatar la reserva legal absoluta en materia de leyes penales, resultaba poco sustancial; así que hicimos que se llegó a enlazar las leyes penales promulgadas y/o modificadas mediante decretos legislativos, así mismo determinar su ineficacia e incluso pudimos observar la incongruencia de las leyes en cuestión con la realidad socio cultural.

Esta investigación se ha utilizado el método dogmático para corroborar la hipótesis planteada: El principal riesgo de la reserva legal relativa en materia penal es la restricción de la libertad personal en favor de un interés particular alejado del bien común. Es obvio que llegar a concluir en esta premisa es muy arriesgado pues estaríamos afirmando que las facultades conferidas al Ejecutivo para legislar, serían esencialmente ilegítimas, sin embargo el respaldo doctrinal y dogmático aportado en este trabajo nos permiten afirmar ello sin titubeos, obviamente desde la perspectiva penal, pese a ello dejamos abierta la posibilidad de que la reserva legal relativa tenga tal influencia negativa en otros campos del derecho.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con la revolución Francesa y debido a las críticas de la Ilustración contra la arbitrariedad judicial nace el principio de legalidad que como señala (Castillo Alva, 2002, pág. 29) *“fue utilizado como un instrumento contra el iusinciertum”* del Antiguo Régimen, lo que se buscaba así era la seguridad jurídica del ciudadano frente el Estado (élite gobernante), el pueblo ya había conocido qué es ser obligado o prohibido de realizar acciones por el solo interés o capricho del monarca. Se hizo necesario, entonces que todo ciudadano conozca con certeza y previamente cuáles eran los límites sobre los que se debería conducir para gozar de su propia libertad y al mismo tiempo poder defenderse de la imposición de penas o sanciones que no merecía.

Uno de los aspectos más relevantes del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico es el llamado principio de reserva de la ley, que fundamenta la existencia de los tres poderes estatales, pero es el Poder Legislativo aquel en que se expresa más claramente el poder del pueblo, pues en como señala (Castillo Alva, 2002, pág. 49) en el Parlamento se reúnen, como representación de la voluntad popular, diversas tendencias

de las fuerzas sociales y políticas , lo que favorecería que no se respalden intereses de un determinado grupo, sino que mediante el debate y la crítica se llegue al consenso más favorable para la mayor razonabilidad de las leyes en sus diversos campos, ya sea civil, penal u otros .

Si bien es cierto, el principio de legalidad está regulado en la Constitución Art. 2 inc. 24d; art. 74 de la Constitución (materia tributaria); Art. II del Título Preliminar en el Código Penal.

La Constitución no señala expresamente el principio de Reserva Legal, ni si éste debe tener carácter absoluto, aquella ley dada por el Parlamento, o solo con carácter relativo (otra normatividad con rango de ley los como decretos legislativos) como se da en nuestro país; esto ha llevado a una usurpación del Poder Ejecutivo en las funciones del Legislativo.

El carácter relativo en lugar de un carácter absoluto de la reserva legal podría (y ha podido) generar el uso del poder del Estado en favor de intereses personales o de un grupo reducido de poder, ello podría ser evitado si se tuviera que pasar por el debate parlamentario y no simplemente por su aprobación para la validez de leyes civiles, penales o tributarias.

Se ha comprobado históricamente que los diferentes decretos legislativos promulgados por el ejecutivo, usurpando la facultad legislativa, un claro ejemplo es el delito de contumacia formulado en el régimen fuji-montecínista, se han visto teñidos de elementos inconstitucionales que han terminado siendo tratados por el Tribunal Constitucional lo cual es un gasto inútil, tanto presupuestalmente como de capacidades que bien podrían ser dedicadas a temas que contribuyan al desarrollo y mejora de la legislación en pro de la sociedad y no a subsanar errores que pudieron haber sido evitados de haberse seguido los procedimientos adecuados y garantías que solicita la promulgación de una ley parlamentaria, como el debate y la constitucionalidad, por citar algunos de esas garantías.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Referencia a la legalidad

A la hora de hablar de legalidad no solo nos estamos refiriendo a un simple criterio formal que exige que para la existencia de una obligación o potestad de carácter jurídico debe haber una norma que la preceda, el principio de legalidad fue una de las más grandes conquistas de la revolución francesa en su momento y que la imitaron todos los demás estados libres, o que por lo menos pretendían serlo, constituye incluso un derecho fundamental y un principio constitucional, así en el famoso art. 2 de nuestro Catálogo Constitucional, inciso 24, literal a. dice textualmente “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”, en este texto se consagra el principio de legalidad como principio de aplicación en toda la normatividad peruana; ahora centrándonos más en nuestro tema, en el literal b. del mismo artículo e inciso, dice: “*No se permite de forma alguna la restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley, Están prohibidas todas las formas de esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas*”. Analicemos cada uno de los literales por separado.

Legalidad como derecho fundamental

Podemos hallar también al Principio de Legalidad en la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS firmada por Las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, que si bien es un documento de carácter orientativo, nuestro País además ha suscrito pactos internacionales para respetar estos derechos considerados como fundamentales o mínimos para asegurar la dignidad de los hombres sin importar su nacionalidad, credo, pensamiento ni ningún otro tipo de distinción.

Así en el artículo 29 de esta declaratoria, inciso 2 se expresa lo siguiente: “*En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.*”

Legalidad como garantía de seguridad jurídica

Es la legalidad en un estado constitucional la piedra angular para mantener la vigencia y respeto por los derechos fundamentales (Fernandois Vöringer, 2001, pág. 1), constituye la garantía de que el estado proporciona a sus ciudadanos seguridad jurídica, entendida como la certeza del derecho respecto de lo que dice la ley y de cómo se aplica, por ejemplo nos referimos aquí a la irretroactividad de la ley, las garantías constitucionales, la cosa juzgada, prescripción de derechos, la caducidad y tipificación de las penas.

La seguridad jurídica posibilita a los ciudadanos realiza sus actividades e interrelaciones en todos los campos de acción de su libertad y también los informa de lo que deben evitar hacer para no ser considerados como infractores de lo correcto.

Fundamentos del principio de legalidad penal

Para (López Pérez, 2012), la legalidad en el aspecto penal manifiesta dos fundamentos.

1. **Fundamento Político:** obedece al pensamiento ilustrado que propugnaba un Estado Liberal de derecho basado en cuatro postulados como:
 - El imperio de la ley: establece a la ley como expresión democrática, fijando los límites de la intervención en materia de restricción de derecho y libertades personales, para permitir el desarrollo de un proyecto de vida y libre desarrollo de la personalidad donde la legitimidad de la ley contribuya a la realización de la voluntad popular.
 - La división de poderes.
 - Garantías de derechos y libertades fundamentales.

2. **Fundamento Jurídico:** ya que una de las características principales de la legalidad es su orientación a la creación de seguridad jurídica que se opone a la incertidumbre, la arbitrariedad y al desamparo con relación a una situación jurídica determinada como la comisión de un delito. Constituye pues una importante garantía para el ciudadano a la hora de la acusación y juzgamiento, pues permite definir universalmente los límites, características y consecuencias del tipo penal.

Exigencias de la ley penal en el marco de la legalidad

El tribunal Constitucional peruano sostiene que “el principio de legalidad exige que por Ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la Ley.

RESERVA LEGAL

¿Qué es la reserva legal?

El principio de reserva legal especifica que para regular y restringir derechos y libertades se necesita una ley emanada del órgano que ejerce el Poder Legislativo mediante un proceso constitucionalmente establecido y que las normas que no cumplan con tales características no podrán tener efecto en materias que restrinjan libertades o derechos

Se trata de un principio de plena actualidad constitucional, sobre el cual se han dado muchos procesos de debate doctrinal y jurisprudencial a lo largo de Latinoamérica y que constituye una garantía sustantiva que se viene perdiendo debido a la primacía del poder ejecutivo, es decir al extendido y predominante presidencialismo que se presenta en la región (Fernandois Vöringer, 2001, p. 1).

Origen de la reserva de ley.

La reserva de ley que se desarrolla en el siglo XIX como instrumento del constitucionalismo limitado a regular la actividad de intervención (Universidad Autónoma de México, 2012). Tenía por finalidad limitar al ejecutivo monárquico y asegurar de este modo la esfera individual de los derechos ciudadanos frente al poder, y también someter las intervenciones necesarias a la aprobación popular bajo la forma de ley, cumplía, pues, una función democrático-parlamentaria y de realización del Estado de Derecho.

Posición del tribunal constitucional sobre reserva legal

En el EXP. N° 2689-2004-AA/TC – LIMA el tribunal Constitucional menciona:

“...existe identidad entre el principio de legalidad y el de reserva de ley. Mientras que el principio de legalidad... .. la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control.....el principio de reserva de ley... ..imponer la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.

...la Reserva no sólo es eso sino que el Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es sólo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora”

RESERVA LEGAL ABSOLUTA

Referencia a la reserva legal absoluta

Siendo en general la reserva legal el principio que determina como origen de regulación que restringe derechos y libertades, solo por medio de un tipo de norma en específico como lo es la ley, es decir, en el caso en que la Constitución determina una reserva legal de modo absoluto, la norma que regula el hecho debe de ser realizada por el legislador con la mayor amplitud, precisión y profundidad que resulte compatible con las características de la ley como una categoría, diferenciada e inconfundible, de norma jurídica.

Aspecto favorable.

En términos sencillos, la ventaja que ofrece una reserva legal de corte absoluto es que, basados en las teorías de representación, a fin de cuentas es el pueblo quién decide qué debe ser considerado como adecuado o como dañino para el orden y la preservación social, el modo en que éstas conductas deben ser tratadas y de cómo deben ser castigadas en el caso del derecho penal. Además, la creación de una ley requiere de diversos procedimientos constitucionalmente establecidos, una serie de procesos necesarios y lo más importante, el debate de los proyectos de ley, que conllevaría a una mejora de las propuestas y a solucionar los errores que se puedan haber presentado.

Crítica a la reserva legal absoluta.

Básicamente, el principal problema a la hora de accionar todo el mecanismo de creación legal, es que es un proceso demasiado largo, se pierde así la posibilidad inmediata de llegar a regular el hecho cuando es pertinente y se puede dar el caso de que una vez realizada, el hecho social, como todo hecho de ese tipo, ya haya acabado o se haya modificado de modo que la reciente ley ya no sea aplicable al caso concreto

RESERVA LEGAL RELATIVA

Referencia a la reserva legal relativa

La reserva legal en su sentido relativo expresa la existencia de una reserva de normas con rango legal para la creación, modificación y extinción de normatividad que restrinja derechos y/o libertades, en consecuencia, con la expresión, rango legal, se incluye a las leyes mismas pero también a otro tipo de normas que pertenezcan a este nivel de la pirámide. Por lo general se habla de una delegación que el órgano encargado de materializar el poder legislativo hace en favor del aparato administrativo del poder ejecutivo del estado, para aun no siendo su función, pueda normar la regulación de hechos especiales en los que se ve alcanzada la restricción de libertades y derechos. Esa es pues, la razón de utilizar el término relativo, ya que la reserva legal se sigue manifestando pero de un modo parcial o incompleto.

Aspecto favorable.

En general el provecho de una reserva legal en modo relativo es el aspecto desfavorable de la reserva legal absoluta, es decir si la regulación del hecho en cuestión se desarrolla por medio del aparato encargado del poder ejecutivo, el proceso es mucho más rápido y se puede llegar a tiempo a regular el acontecimiento, pues es una característica necesaria de toda norma que sea oportuna y efectiva al momento en que se necesita.

Crítica a la reserva legal relativa.

El principal tema a tratar sobre la reserva legal aplicada en modo relativo es que si bien es cierto tiene la ventaja de ser más rápida, esta ventaja implica que el órgano que la realiza lo hace desde una perspectiva única por tanto no habrá oposición de ideas y se puede ponderar intereses de un grupo que desconoce los de otro grupo, este riesgo es incluso mayor en un país tan diverso como es el nuestro.

NORMAS PENALES VÍA DECRETO LEGISLATIVO.

Ventajas

Como se ha venido señalando, las facultades otorgadas al Ejecutivo por el Congreso, son prerrogativas constitucionales delimitadas, en esa medida se debe destacar el carácter

extraordinario de estas normas con rango legal, lo cual permite legislar con rapidez ante situaciones de urgencia.

Todo ello es congruente con la evolución democrática del Estado , que hace imperiosa la necesidad de inmiscuir al poder público en el bienestar económico y social de los ciudadanos, por lo cual se cree pertinente , que el Presidente de la República (titular del Ejecutivo) pueda intervenir en políticas económicas y sociales , incluso antes que el Congreso.

Por otro lado , es necesario destacar la actividad delegatoria que le confiere el Legislativo al Ejecutivo , se hace en función a las deficiencias que ostenta el Congreso de la República peruano, pues debido a la negativa tradición que tenemos los peruanos de elegir a representantes de la patria sin previa reflexión política , social y económica ; es que nuestros parlamentarios son personas con serias carencias de carácter cognoscitivo ,que les impide expedir leyes sobre temas que obviamente ellos ignoran y por tanto no están en la posibilidad intelectual que su función legislativa se realce a cabalidad . En pocos términos nuestros congresistas no tienen disciplina política.

Así mismo, el control parlamentario que estos decretos ostentan son más eficaces en comparación con otras normas de carácter facultativo, aun cuando ello se afirme desde una perspectiva teórica, mas no práctica; pues tienen como presupuestos una materia específica y un plazo determinado, definidos por el propio Congreso, lo cual debería asegurar un mayor de discrecionalidad del Ejecutivo.

Conforme a lo anterior, el control del que se hablaba tiene una naturaleza muy exhaustiva, debido a que se encuentran sometidos a un control de contenido, de apreciación y de evidencia por parte del Congreso; aun cuando los decretos legislativos puedan jactarse de tener una presunción de conformidad constitucional. Los controles señalados son (Landa & Leon, 2003, p. 10):

- Control de contenido, para verificar su compatibilidad con las expresas disposiciones de la ley autoritativa, asumiendo que existe una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad de dichos decretos.

- Control de apreciación, para examinar si los alcances o la intensidad del desarrollo normativo del decreto legislativo se enmarca en los parámetros de la dirección política que asume el Congreso en materia legislativa.
- Control de evidencia, para asegurar que dicho decreto legislativo no sólo no sea violatoria de la Constitución por el fondo o por la forma, sino también que no sea incompatible o no conforme con la misma.

Desventajas

- Cuando se promulgan o modifican leyes vía decreto legislativo, se suele hacer teniendo en cuenta un objeto que justifique esta delegación, sin embargo, dicha finalidad puede llegar a omitirse.
- Cuando se pretende brindar de mayor eficacia a las normas penales, ello se restringe a la modificación de las mismas mediante decretos legislativos, sin embargo esta alternativa no suele ser la más adecuada si lo que se busca es la prevención del delito
- En diversas instancias los decretos legislativos se establecen en función de un marco legislativo preexistente y adecuado, de los cual deducimos que esta facultad del Ejecutivo está propensa a ser insustancial y ociosa.
- Es evidente que la instrumentalización política del Ejecutivo es un factor al que estamos expuestos, pues con los decretos legislativos se puede llegar a limitar o expandir facultades y obligaciones a otros órganos estatales, como al pretensión de eximir de responsabilidad penal a la Policía Nacional del Perú en las leyes que tratan sobre crimen organizado
- Violan el contenido constitucional de la legislación nacional, pues atenta contra los derechos fundamentales como la dignidad, la libertad, la salud, la educación, entre otros. Cabe mencionar que en su interpretación literal ello no suele ser evidente, sin embargo el carácter interpretativo de nuestras normas así lo establecen
- Gran variedad de decretos expedidos por el Ejecutivo rebasan las facultades otorgadas por el Congreso, lo que evidencia un problema de forma legal, ante ello el Tribunal Constitucional ha establecido que este es un vicio formal insuperable, por lo tanto establece una incongruencia normativa, ocasionando consecuentemente la inconstitucionalidad del decreto.

- Muchos decretos no pasan por un control parlamentario y jurisdiccional adecuado, por ello es que se evidencia muchos defectos de forma y de fondo, por ello es que estos adolecen de diversos excesos en la materia delegada y su incompatibilidad constitucional, lo cual genera una recarga legislativa incongruente, que genera altos costos al Estado, pues mediante el control concentrado y difuso el Tribunal Constitucional y los jueces se abarrotan de casos pendientes por resolver
- En la misma línea, los decretos legislativos, suelen vulnerar el principio de seguridad jurídica, pues la falta de predictibilidad judicial que ocasiona su expedición es evidente, pues al no tener la certeza de su conformidad constitucional (aun cuando por su naturaleza ellos deben ostentar esta presunción), los hace propensos a ser derogados o inaplicados, mediante control concentrado o difuso, respectivamente.

LEYES PENALES VÍA DECRETO LEGISLATIVO DURANTE DE FUJIMORI, GARCÍA Y HUMALA

Durante la guerra interna: legislación antiterrorista

1. Legislación antiterrorista, un claro ejemplo de la afectación de a la libertad personal y derechos fundamentales

El contexto histórico en donde se desarrolló la legislación antiterrorista fue extremadamente trágico, se ensalzó la ley penal como mero instrumento para contrarrestar las acciones que se consideraban como terroristas. Todo ello se desarrolló durante los gobiernos de García, Belaunde y Fujimori.

Las normas penales a la que se hace referencia, fueron promulgadas, en su mayoría de manera especial, es decir, mediante el establecimiento de decretos ley y decretos legislativos, en este sentido, se ha llegado a la conclusión que este periodo de guerra interna sirvió para asentar una cultura de excepción como regla y por ende, en este intervalo histórico podemos encontrar una involución jurídica. Tengamos en cuenta a su vez que se ostenten la superación de las decisiones estatales sobre la seguridad jurídica.

2. Breve remembranza a la primera ley antiterrorista: decreto legislativo n° 46

Este decreto fue el primero que tipificó el cuestionado delito de terrorismo, entendemos a su vez que dicho antecedente fue determinante para seguir una tradición

legislativa de urgencia que atentó contra la libertad de la personas en sus diferentes manifestaciones.

El contenido de este decreto ha sido duramente cuestionado , sobre todo por la imprecisión de conceptual de terrorismo que se tenía en este decreto , estatuyendo así que casi cualquier hecho o acto que personal ostentaba el calificativo de terrorista , en ese sentido se arraigó aquí una norma penal abierta por su esencia superficial, imprecisa y gaseosa.

Otra manifestación clara sobre el atentado contra la dignidad de la persona y la norma fundamental, es el incrementó llegando incluso a la cadena perpetua, que es considera aún más dura que la propia pena de muerte. A su vez que se le otorgó la policía y las fuerzas armadas, prerrogativa casi absoluta y descomunal sobre cualquier persona que osara cometer actos subversivos.

También se crea aquí el delito de apología la terrorismo, cuya finalidad evidente es la de contrarrestar cualquier manifestación pública contra los acontecimientos inhumanos y antijurídicos que se llevaba a cabo, es decir es una clara muestra de la violación del derecho de opinión, expresión y difusión del pensamiento.

3. La nueva legislación antiterrorista: ¿aún más lesiva que la anterior?(Durante el régimen de Fujimori)

Luego del decreto legislativo número 46 se estableció un sin número de decretos de urgencia , decretos ley y decretos legislativos en el ámbito penal ,que incurrieron con la misma intensidad para lesionar los derechos y libertades de la población en general , ante ello el tribunal constitucional se vio obligado a intervenir en su derogatoria , exhortando a su vez al Congreso de la República en la formulación de una legislación antiterrorista que reemplace la anterior , con el fin de concordar con los fines constitucionales establecidos.

Pese a las condiciones de contrarrestar la lesividad de la legislación anterior, se expidió un paquete de decretos legislativos (del 921 al 927) que amparaban e incluso complementaban la violación de los derechos y libertades de las personas, manteniendo

de esta manera la naturaleza represiva de la legislación que le antecedió, es decir los interés particulares se volvieron sobreponer sobre el bien común, con una connotación igual o más negativa.

Estos son los decretos que cuyo análisis constitucional es eminentemente negativo:

Decreto legislativo n° 921: inconstitucional por establecer un proceso de tortura anual después de cumplidos los 35 años de prisión.

El nombre jurídico que se le confirió fue *“Decreto Legislativo, que establece el Régimen Jurídico de la Cadena Perpetua en la legislación nacional y el límite máximo de la Pena para los delitos previstos en los artículos 2, 3, incisos “b” y “c”, 4, 5 y 9 del D. LEY N° 25475”*

A grandes rasgos, el decreto ley 25475, establece penas exorbitantes que varían desde los veinte años de pena privativa de la libertad hasta cadena perpetua, por incurrir en actos terroristas, cuyas definiciones son extremadamente genéricas y abstractas.

En este sentido el decreto en cuestión debió pronunciarse para limitar estos actos que van en contra de la dignidad humana, sin embargo este equívoco jurídico fue usado como instrumento para hacer más cruel las penas establecidas por el decreto ley antes mencionado, sobre todo en virtud de la cadena perpetua, pues fija un proceso de tortura anual luego de haber cumplido los treinta y cinco años de condena.

Decreto legislativo n° 922: inconstitucional al no respetar los precedentes internacionales en cuanto a plazos de detención.

Este decreto legisla sobre la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria y además establece normas sobre el proceso penal aplicable.

Las manifestaciones de inconstitucionalidad son diversas, sin embargo no evocaremos únicamente a la restricción de la libertad personal, es primera instancia tomaremos en consideración el artículo 3 de este decreto establece expresamente:

“La Sala Nacional de Terrorismo (...) declarará la nulidad de la sentencia y del proceso seguido ante la jurisdicción militar por delito de traición a la patria, respecto de los condenados y por los hechos objeto de condena. (...)

Los autos de nulidad conforme a la parte resolutive de la sentencia citada en el párrafo precedente, no tendrán como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes (...)”

Según ello, en efecto hay un claro atentado contra la libertad, por la evidente incongruencia normativa que supone el artículo anterior debido a que por un lado declara nulos los delitos por traición a la patria, por otro impide la libertad de las personas que inconstitucionalmente fueron privadas de su libertad.

Decreto legislativo n° 924: inconstitucional al desconocer el principio de proporcionalidad de la pena para el delito de apología del terrorismo.

Este decreto otorga una recargada criminalización al delito de apología del terrorismo, por ello podemos dilucidar un trasfondo claramente político, pues para dicho quebrantamiento legal este decreto establece tres sanciones : pérdida, multa e inhabilitación; lo cual va en contra del principio de proporcionalidad de la pena , en esta misma línea es necesario destacar que dicha proporcionalidad se sustenta en que el Estado en uso de su *iuspuniendi* no puede establecer sanciones crueles e inhumanas , como claramente se hizo .

Por otro lado el tipificar el delitos de apología del terrorismo ya era de por sí inconstitucional pues criminaliza la opinión que es sucintas cuentas no es un delito.

Decreto legislativo n° 925: inconstitucional al violar las garantías judiciales establecidas en la convención de derechos humanos.

El Tribunal Constitucional califica a este decreto como una nueva ley de arrepentimiento, en tal sentido su contenido es invalido legamente y para cuestiones probatorias, pues ofrece libertad a cambio de auto inculparse e inculpara a otros, por ello es preciso establecer que esta norma va en contra de otros procesados debido que obliga de manera indirecta a brindar manifestaciones que no necesariamente son ciertas

Decreto legislativo n° 927: inconstitucional al brindar beneficios penitenciarios diferenciados, violando la igualdad.

Es evidente el trasfondo político e inconstitucional de este decreto al restituir beneficios penitenciarios a los condenados por el delito de terrorismo a excepción de los

condenados a cadena perpetua cuya situación está regulada por el decreto legislativo N° 921.

Establece los beneficios:

- ✓ Redención de la pena por el trabajo y educación a razón de un día de pena por siete de labor efectiva.
- ✓ Liberación Condicional.

En primer término, es discriminatorio excluye al condenado por el llamado delito de terrorismo del sistema de ejecución penal existente en el país por razones políticas, lo que es contrario al artículo 2° inciso 2 de la Carta Magna peruana, que establece el derecho de toda persona "A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".

4. Durante el segundo régimen de García.

Durante éste segundo gobierno, García estableció políticas económicas elogiadas por la comunidad internacional, sin embargo al interior del país se vivió un clima de conflictos sociales y descontento de la población manifestado en protestas y movilizaciones.

En este contexto, el 21 de abril de 2007 a través del proyecto de ley N° 123/2007-PE el Ejecutivo solicitó al Congreso las facultades para legislar en materia de crimen organizado, en su respuesta el Congreso de la República promulgó la Ley N° 29009 del 28 de abril hasta por sesenta días para tal fin.

El 22 de julio del 2007, en virtud a la mencionada ley se publicaron en el Diario Oficial El Peruano, once decretos legislativos, desde el 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991 y 992 respecto de las etapas de investigación, procesamiento y sanción del crimen organizado (Defensoría del Pueblo, 2007, pp. 10-12).

Sin embargo estos decretos son cuestionados por la Defensoría del Pueblo (Defensoría del Pueblo, 2007) por múltiples razones, para cuya explicación debemos de tener claros ciertos puntos en concreto:

Decreto legislativo n° 982: inconstitucional al establecer sanción penal a funcionarios por participar en huelgas equiparándolas a la extorsión.

En el artículo 2 Decreto Legislativo 982 impone una sanción dirigida contra “...*el funcionario que contraviniendo el Art. 42 de la Constitución Política, participe en un a huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole*”; el fin aparente de esta norma es evitar la participación de los funcionarios públicos en el delito de extorsión, sin embargo se puede considerar como un mecanismo destinado a aminorar la participación de autoridades públicas en protestas que se producían en tal período como respuesta a las decisiones de Gobierno Central.

Además lo descrito no forma parte de la materia autorizada en la ley 29009, ya que no existen suficientes elementos para considerar la participación en huelga de funcionarios públicos como un caso de criminalidad organizada, o de delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro extorsión, trata de personas ni pandillaje pernicioso.

Decreto legislativo 983 y 989: inconstitucionales al ampliar la situación de flagrancia hasta 24 horas sin sustento válido, excediendo las materias delegadas.

El inciso b del artículo 2 de la Ley N° 29009 autorizó al Ejecutivo para legislar con la finalidad de: “Definir con precisión la configuración de la flagrancia en la comisión de los delitos para permitir la acción pronta y eficaz de la Policía Nacional del Perú”.

El Ejecutivo, en este Decreto Legislativo contempla la definición de flagrancia: “Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:

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

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

Al respecto (Hoyos Sancho, 2001) considera como requisitos de flagrancia la Percepción Directa de la Comisión de un Hecho Delictivo, la Inmediatez Temporal y Inmediatez Personal, el Tribunal Constitucional ha reconocido a la inmediatez temporal y personal como requisitos necesarios para definir la flagrancia. En este sentido ha señalado: *“la flagrancia en la comisión de un delito requiere el cumplimiento de cualquiera de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o se haya cometido momentos antes; y, b) la inmediatez personal...”*

Lo que es una redacción poco clara para que no origine interpretaciones confusas, ya que en el inciso a se indica que existe flagrancia cuando existe identificación inmediata y su ubicación dentro de las 24 horas siguientes de producido el delito, pero no se alude a los supuestos de inmediata persecución que corresponden a la flagrancia. Respecto al literal b que señala flagrancia cuando se ubica al autor dentro de las 24 horas de producido, y con esto se pierde la referencia a la inmediatez temporal como requisito, y esta ampliación puede generar serios problemas en la interpretación y aplicación del derecho provocando un riesgo para la libertad personal.

Decreto legislativo n° 983: inconstitucional por ampliar el plazo de detención judicial preventiva contraviniendo las disposiciones de la convención americana de derechos humanos.

El inciso d del artículo 2 de la Ley N° 29009 autorizó al Ejecutivo para legislar con el fin de:

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

El Decreto Legislativo 983 modificó el artículo 137° del Código Procesal de 1991

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

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

Este nuevo párrafo señala: *Cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por un plazo igual.”*

En concordancia con esto los plazos de detención judicial preventiva se pueden extender a 18 meses en delitos ordinarios, a 36 meses en delitos de procedimiento especial y a 72 meses en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado.

Sin embargo esto no se justifica ya que el hecho de que el delito se haya cometido “a través de una organización criminal” no tiene relación con la posible demora atribuible al procesado como para duplicar el plazo de la prisión preventiva, en el caso de la prisión preventiva de 72 meses contraviene a la Convención Americana (art. 7.5: “...derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”) y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad necesarios a la hora de limitar la libertad personal.

Decreto legislativo n° 990: inconstitucional por contravenir la convención sobre los derechos del niño al ampliar la internalización de menores hasta seis años.

El Decreto Legislativo 990 modifica al artículo 235 del Código de Niños Y Adolescentes, en la que hasta antes el tiempo máximo de internamiento era de tres años, excepto para el pandillaje pernicioso donde se duplicaba; con la entrada en vigencia del

DL N° 990 se establece un único límite máximo de seis años lo que abre la puerta a que todos las infracciones tengan este límite.

La defensoría del pueblo (Defensoría del Pueblo, 2007, pág. 50), manifiesta que esta limitación extendida de la libertad de menores, ya el DL N° 990 no posee manifestación de motivos, en los que se debería explicar por qué se da esta medida que incluso puede desnaturalizar el sentido de esta medida socio educativa, llevándola a una especie de pena carcelaria, que la Convención sobre los Derechos del Niño plantea diferenciar, para evitar que las medidas restrictivas de la libertad sean extensas.

Con lo dicho el DL 990 estaría contrariando la Convención sobre los Derechos del Niño, además porque estos centros están, y esta medida agudizará su situación de sobrepoblación, con la consecuente afectación de sus derechos fundamentales.

5. Durante el régimen de Humala

Humala ha emitido el elevado número de 26 decretos legislativos, entre el 7 y 10 de diciembre de 2012, que regulan cuestiones de seguridad ciudadana e Interior y temas comunes o de coordinación. En Interior, los temas son diversos como compras, migraciones, Ley de Carrera Policial, régimen disciplinario de la Policía, criminalística, Ley del Ministerio del Interior, etc. En Defensa también hay variedad de temas complejos como compras, Ley del Ministerio de Defensa, modernización de las FFAA, Ley del Servicio Militar, régimen disciplinario, capitanías y guardacostas, etc. Mientras que los temas comunes están referidos a salarios y al Sistema Nacional, que coordina en un solo paquete Seguridad y Defensa (Instituto de Defensa Legal, 2012).

Decreto legislativo 1106: inconstitucional al no exigir sentencia judicial sobre la procedencia del activo, violando el debido proceso.

Con este Decreto Legislativo el delito de lavado de activos surge a la vida jurídica como un delito independiente puede hacernos perder de vista el objetivo principal como dice (Nolasco Valenzuela, 2014) que es la punición de las conductas que originan el dinero sucio, sin perjuicio de también sancionar el reciclaje de ese dinero.

Se deja así la necesidad de una sentencia condenatoria sobre el origen del dinero, lo que se considera como una facultad excesiva. Además se corre el riesgo de eliminar toda

exigencia de una base fáctica antecedente, delimitada temporal y espacialmente, a partir de la cual se pueda construir una racional causa probable de lavado de activos, erigiendo una especie de presunción de ilicitud del origen, como se menciona en el artículo:

“Artículo 10°.- Autonomía del delito y prueba indiciaria.- El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria”

Al no exigir que exista una sentencia que manifieste el origen del dinero de modo judicial, se corre el riesgo de cometer excesos por parte de la magistratura que pongan en riesgo la libertad personal de los acusados por delito de lavado de activos, ya que aunque el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación.

El límite de lo admisible, desde el punto de vista constitucional, quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por lo tanto, la complementación ya no sea solo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa; luego de esto nos hallamos frente a una vulneración al debido proceso y ante una inexistencia de pruebas que ponen en riesgo el derecho fundamental de la libertad, si excediendo estos campos se condena al acusado.

Decreto legislativo n°1141”fortalecimiento y modernización del sistema de inteligencia SINA y de la dirección nacional de inteligencia DINI ”: inconstitucionalidad al atentar contra el derecho de información y contra la transparencia de las investigaciones

La novedad es que el decreto legislativo establece la adherencia de Directores e Inteligencia del Ejército y Fuerzas Armadas al Sistema de Inteligencia. De esta manera es notorio que el decreto determina una presencia más notoria y más relevante de los aparatos de inteligencia de la FFAA en el Sistema de Inteligencia Nacional.

Además le otorga un más amplio poder al precisar que la DINI es un

“...organismo público ejecutor, con personería jurídica de derecho público, autonomía administrativa, funcional y económica; constituye pliego presupuestal propio. Su titular es el Director de Inteligencia Nacional” incrementando sus

funciones "...para la formulación y ejecución de acciones y políticas con el objetivo de garantizar la vigencia de los derechos humanos, defender la soberanía nacional, promover el bienestar general y el desarrollo integral de la nación y proteger a la población de las amenazas internas y externas contra su seguridad en especial del accionar de organizaciones terroristas, del narcotráfico, del crimen organizado y otras, nacionales o extranjeras que atenten a amenacen la plena vigencia del estado democrático (DL 1141)"

Nos encontramos con un modelo de inteligencia en el que la DINI ya no solamente produce inteligencia, sino que además, podrá ejecutar acciones, es decir, pasa a tener atribuciones operativas.

De esto se hace dudoso cual es la finalidad real y precisa, ya que la DINI ha venido ejerciendo su trabajo por años del modo anterior sin necesidad de inmiscuir a miembros de las FFAA en su dirección, cabe tener cuidado con las implicaciones de que un organismo como ésta tenga capacidad operativa, aún más cuando con el DL 1141 se promueve el absoluto secretismo militar como lo establece el mismo decreto: *"...los acuerdos, actas, grabaciones, transcripciones y, en general, toda información o documentación que se genere en el ámbito de los asuntos referidos a la Seguridad y Defensa Nacional, y aquellas que contienen las deliberaciones sostenidas en las sesiones del Consejo de Seguridad y Defensa Nacional, son de carácter secreto"*

Esto es peligrosísimo ya que los periodistas o investigadores no podrán difundir ninguna información relacionada con seguridad y defensa, y si lo hacen estarían incumpliendo la ley y cometiendo un delito. Estamos así frente a una restricción que atenta de manera directa contra la libertad de expresión e información y otros derechos fundamentales.

Nos hallamos ante un Decreto Legislativo donde nos imponen una relación distinta de poder con los militares y se establecen normas poco trascendentes respecto a la seguridad ciudadana, y según el (Instituto de Defensa Legal, 2012) es urgente que el Congreso realice el control parlamentario de estos decretos legislativos, de conformidad con el artículo 90 del Reglamento del Congreso y teniendo como base la Constitución y los tratados de derechos humanos, sobre todo la libertad personal, ya que cambios de esta naturaleza (inaccesibilidad a la información) ponen en riesgo la seguridad jurídica de los ciudadanos frente a investigaciones fraudulentas, y posiblemente viciadas.

CONCLUSIONES

La reserva legal relativa es un principio jurídico útil por su inmediatez legislativa, pese a ello no se aplicable a todos las materias de regulación jurídica.

Las leyes penales que restringen la libertad personal, son normas de carácter excepcional, cuya finalidad es la resocialización de las personas.

Al aplicar la reserva de modo relativo en materia penal, se ha venido afectando la libertad personal y otros derechos fundamentales, en favor de un interés particular alejado del bien común.

REFERENCIAS

- Castillo Alva, J. L. (2002). *Principios de Derecho Penal Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Defensoría del Pueblo. (2007). *Análisis de los Decretos Legislativos Promulgados al Amparo de las Facultades Otorgadas por la Ley N° 29009*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Fernadois Vöringer, A. (2001). La Reserva legal Como una Garantía que Desaparece. *Revista Chilena de derecho*.
- Hoyos Sancho, M. (2001). *Análisis Comparado de la Situación de Flagrancia*. Madrid: Valdivia.
- Instituto de Defensa Legal. (2012). *De los guardianes socráticos a los decretos legislativos*. Recuperado el noviembre de 2014, de De los guardianes socráticos a los decretos legislativos: http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc201220012-143722.pdf
- Landa, C., & Leon, J. (2003). *Facultades Legislativas del poder Ejecutivo*. Lima: Universidad del Estado de Nueva York USAID - PERU.
- López Pérez, L. (2012). *El Principio de Legalidad Penal*. Recuperado el 21 de Noviembre de 2014, de <http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/2012/principio%20de%20legalidad.pdf>
- Nolasco Valenzuela, J. A. (2014). *COMENTARIOS A LA NUEVA LEY DE LAVADO DE ACTIVOS, Decreto Legislativo N° 1106*. Lima.
- Universidad Autónoma de Mexico. (2012). *Las Fuentes del Derecho Administrativo*. Recuperado el 20 de Setiembre de 2014, de Biblioteca Virtual Unam: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3143/6.pdf>

Correspondencia: Universidad Nacional de Cajamarca. Av. Atahualpa Km. 3, Cajamarca, Perú.

Recibido: 15/01/2016

Aprobado: 15/06/2016