

UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN

ESCUELA DE POST GRADO



**DETENCIÓN ARBITRARIA Y TRATAMIENTO
JURÍDICO PENAL EN EL DISTRITO PUENTE
PIEDRA- LIMA, PERIODO-2012**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO
EN DERECHO
MENCIÓN: CIENCIAS PENALES**

TESISTA : CARBAJAL SEDANO RAUL ANTONIO

ASESOR : DR. ABNER FONSECA LIVIAS

HUÁNUCO – PERÚ

2014

DEDICATORIA

Dedico este presente trabajo a Dios, supremo creador del universo, quien me ha dado la fortaleza necesaria, de igual forma a mi esposa, mis hijos y a mi madre que pese a su salud resquebrajada me ilumina con su mirada y su tierna conversación.

AGRADECIMIENTO

Un agradecimiento muy especial a la "profesora" encargada de brindar sus sabios consejos y colaboración para la culminación del presente trabajo y a todos a quienes de una u otra forma han colocado un granito de arena para afianzar los conocimientos vertidos en esta investigación.

RESUMEN

En el presente trabajo de grado se aborda el derecho a la libertad a partir de tres facetas: el derecho mismo, las acciones encaminadas a su protección y las formas de vulneración. Con relación al derecho a la libertad personal se analiza la evolución, importancia y concepto y se realiza un estudio comparado de las fuentes de derecho que lo consagraron en normas internacionales e internas. En cuanto a los mecanismos judiciales encaminados a su protección y garantía, se desarrolla un análisis de la acción de Hábeas Corpus como especial y preferente para la protección de este derecho y su consagración a nivel constitucional en América Latina. El concepto y formas de detención arbitraria, culminan el desarrollo del trabajo con el fin de establecer los aspectos positivos y negativos de la Ley estatutaria de Hábeas Corpus expedida en Colombia en noviembre de 2006. Palabras claves: Derecho a la libertad, Hábeas Corpus, Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Estado Social de Derecho, Acción de Tutela, Vías de Hecho.

SUMMARY

In the present work of degree addresses the right to freedom from three facets: the right itself, actions aimed at their protection and forms of violation. With regard to the right to personal freedom, the evolution, importance and concept are analyzed and a comparative study is made of the sources of law that enshrined it in international and internal standards. As for the judicial mechanisms aimed at their protection and guarantee, an analysis of the action of Habeas Corpus is developed as special and preferential for the protection of this right and its consecration at a constitutional level in Latin America. The concept and arbitrary detention forms culminate the development of the work in order to establish the positive and negative aspects of the Statutory Law of Habeas Corpus issued in Colombia in November 2006. Key words: Right to freedom, Habeas Corpus, Human Rights , Fundamental Rights, Social Rule of Law, Guardianship Action, Pathways of Fact.

INTRODUCCION

A inicios del siglo XIX los derechos humanos solo eran un anhelo de la humanidad, un deseo incesante porque la comunidad internacional les diera tal reconocimiento, posición que se logró por la lucha continua de generaciones pretéritas que consiguieron que instrumentos internacionales (Declaraciones, Convenios y Protocolos) y nacionales (Constitución Política, Leyes, Decretos) establecieran una lista bastante amplia de derechos humanos o fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la libertad personal. Actualmente todos los seres humanos saben que aquellos derechos son inherentes a su naturaleza y que nada puede arrebatárselos, por ello exigen su respeto o promoción y se censura a sus agresores; sin embargo este tema es tan cotidiano como desconocido por cuanto se ignora su evolución, concepto y la forma para garantizar su cumplimiento, muestra de ello es la creencia generalizada que únicamente los responsables de un delito son detenidos. Por lo expuesto y con el fin de aportar desde el punto de vista de especialista en el tema de derechos humanos, el presente trabajo de grado aborda el derecho fundamental a la libertad, los mecanismos para su protección y las formas de vulneración. Inicialmente, cabe recordar que en la actualidad el derecho a la libertad personal es un derecho fundamental que no puede ser restringido sino por autoridad judicial competente y por motivos previamente establecidos en la ley; pero no siempre fue así es por ello que el primer capítulo del trabajo se dedica al estudio de la evolución del derecho a partir de su historia y reconocimiento normativo, con el fin de dar a conocer su importancia como fundamento para el goce y ejercicio de otros derechos. Una vez entendido el derecho mismo, se requiere conocer

las herramientas jurídicas encaminadas a lograr su respeto. El estudio inicia con el Hábeas Corpus, por ser este una acción especializada y preferente para la protección del derecho a la libertad personal, el desarrollo comprende un breve estudio de la acción en las Constituciones de América para determinar rasgos similares y diferencias en su aplicación. Para el caso colombiano, se estudia el desarrollo normativo del Hábeas Corpus para establecer su evolución y analizar su doble naturaleza: derecho fundamental y acción pública encaminada a proteger el derecho a la libertad personal.

En cuanto a mecanismos complementarios de protección del derecho a la libertad, se abordan el debido proceso y la acción de tutela. Conocidos los mecanismos de protección de un derecho, se requiere identificar las formas a través de las cuales se vulnera con el objeto de prevenirlas y tratarlas. En el caso de la libertad personal, el derecho se vulnera a través de la detención arbitraria, la cual se materializa cuando las autoridades judiciales o de Policía retienen de manera ilegal a una persona, situación que puede generar consecuencias tan graves como lesiones personales y agresiones sexuales por parte de otros internos, pérdida del empleo y consecuentes inconvenientes económicos para la familia del detenido, desestabilización del hogar y en algunas ocasiones se convierte en la primera fase de la ejecución del delito de desaparición forzada, uno de los graves crímenes contra la humanidad. La detención arbitraria tiene varias facetas, las cuales se analizan en el caso colombiano desde sus causas, para establecer políticas que pueden implementarse a fin de reducir el número de casos en que se ve vulnerado el derecho. La parte final del análisis del caso colombiano, aborda la Ley estatutaria 1095 de noviembre 2 de 2006;

mediante la cual se reglamenta la acción determinándose que se omitió el desarrollo de aspectos importantes, entre ellos la estipulación de la acción preventiva, el establecimiento de la revisión de los fallos por un Tribunal Supremo, la articulación de la acción con la implementación del sistema penal acusatorio y el que las vías de hecho que desencadenen detención arbitraria sean conocidas a través de la acción de Hábeas Corpus. La trascendencia del tema no es simplemente jurídica, se trata de revisar la Ley estatutaria para que se convierta en herramienta eficaz para prevenir la arbitrariedad de las autoridades públicas, promocionar el derecho a la libertad y sobre todo evitar la consumación de delitos de lesa humanidad. Es claro que existen mecanismos para que el Estado repare el daño causado a la persona detenida ilegalmente; pero la reparación pecuniaria o el hecho de que se decrete la libertad no satisface las pretensiones del detenido porque las lesiones corporales, morales y psicológicas siguen estando presentes; situación que se hace aún más grave cuando el detenido es desaparecido dejando a la familia la incertidumbre de no saber si su familiar está vivo o muerto, el desconocimiento de las causas y circunstancias que generaron el hecho y el responsable del mismo. En atención a lo expuesto, se hace necesario estudiar las acciones judiciales más allá de su función de reparar la acción ejecutada, para que se incorporen como

INDICE

TITULO.....	I
DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
RESUMEN.....	IV
SUMMARY.....	V
INTRODUCCION.....	VI
INDICE.....	IX
CAPITULO I	11
EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN	11
1.1. Descripción del problema	11
1.2. Formulación del problema	13
1.2.1. Problema general	13
1.2.2. Problemas específicos	13
1.3. Objetivo general y objetivos específicos	14
1.3.1. Objetivo general	14
1.3.2. Objetivos específicos	14
1.4. Hipótesis y/o sistema de hipótesis	15
1.5. Variables	16
1.6. Justificación e importancia	17
1.7. Viabilidad	18
1.8. Limitaciones	18
CAPITULO II	20
MARCO TEÓRICO	20
2.1. Antecedentes	20
2.2. Bases teóricas	25
2.3. Definiciones conceptuales	201
CAPITULO III	202
MARCO METODOLÓGICO	202

3.1. Tipo de investigación	202
3.2. Diseño y esquema de investigación	202
3.3. Población y muestra	202
3.4. Instrumentos de recolección de datos	203
3.5. Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos	203
CAPITULO IV	204
RESULTADOS	204
CAPITULO V	209
DISCUSIÓN DE RESULTADOS	209
CONCLUSIONES	217
SUGERENCIAS	218
BIBLIOGRAFÍA	219
ANEXOS	226

CAPITULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 DESCRIPCION DEL PROBLEMA

Es el caso que en nuestra sociedad de Lima en especial en el distrito de Puente Piedra, se viene realizando las detenciones arbitrarias de lo cual son víctimas nuestros ciudadanos, muchas veces se dan por desconocimiento de la misma autoridad o funcionario público y en la mayoría de los casos las personas agraviadas lo único que buscan ante un hecho similar es de lograr su libertad a como dé lugar y una vez conseguido se alejan del lugar y continúan su vida normalmente pero sin haber hecho un análisis si su detención fue arbitraria o fue legal y correcta y por las preocupaciones que tienen y sus mismas obligaciones para con su familia y la sociedad que le rodea ya estamos en crisis económica política social y cultural y no intenta ni siquiera averiguar dónde se puede quejar o donde puede verificar si estuvo correcto el actuar del funcionario público llamare efectivo policial que lo detuvo y lo privo de su libertad sin que estos autores sean sancionados por dicho actos ilícitos.

Revisando los fundamentos de la decisión y resoluciones que dictan tanto el Ministerio Publico como el Poder Judicial son distantes y distintos a las decisiones del funcionario público policial entonces deducimos que quizá la intervención y detención de las víctimas fueron ilegales y arbitrarias: de otro lado podemos apreciar como decide la Policía Nacional para detener obviamente cuando se trata de una detención por mandato judicial o delito flagrante es claro pero cuando se trata de una detención sin aquellos actos como se deciden solo actúa de acuerdo a su criterio o es analizado por un Policía especializado en derecho ya que sabemos que existen muchos

policías abogados y además cuenta con un Cuerpo Jurídico Policial que muy bien orientaría en los procedimientos policiales

SOCIALES:

Entre las implicancias consideradas socialmente están las medidas adoptadas mediante el ordenamiento jurídico por parte del Estado Peruano para prevenir y proteger a la sociedad dentro del país de los justiciables que son víctimas de la detención arbitraria, observando el comportamiento de los funcionarios públicos o servidores públicos y hoy también cualquier ciudadano como en los casos del Arresto Ciudadano que mal aplicado y ejecutado se convierte también en detención arbitraria en la Sociedad frente al Estado principalmente a las instituciones del Estado encargadas de hacer cumplir las normas y leyes que protegen la libertad individual en el país, desde el punto de vista penal

CIENTÍFICAS:

La presente investigación jurídica respecto a la problemática relacionada con la detención arbitraria y nuestro ordenamiento jurídico penal adoptado, por el Estado Peruano nos lleva a la obtención de resultados comprobables desde el punto de vista científico, la aplicación de procedimientos que siguen los lineamientos de la ciencia, hace que esta investigación tenga validez y confiabilidad.

Es de trascendental importancia la realización de investigación de tipo científico dentro del campo jurídico penal, puesto que hasta hoy, hay muy poco trabajo de esta índole que se ha realizado; además que los resultados obtenidos en este tipo de trabajo permitirá encontrar las falencias en las que vienen incurriendo el Estado Peruano, las instituciones encargadas de hacer cumplir las normas que protegen la detención arbitraria, así como

personal que labora en la administración de justicia penal y procurar un cambio radical que permita al ciudadano común y corriente tener la conciencia el daño que causa la detención arbitraria que consecuentemente llega a violar el derecho fundamental de la persona humana como es la libertad individual.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Por qué el actual Ordenamiento Jurídico Penal del Estado Peruano, la Constitución Política del Estado y las normas sustantivas y procesales penales, que protegen la libertad individual no contribuyen significativamente en la prevención de las detenciones arbitrarias y en la disminución del índice de criminalidad de los funcionarios públicos y ciudadanía en general es decir los Agentes de la Ley solo deben proceder a la detención con el irrestricto respeto a los derechos humanos y solo en casos de mandato judicial y el delito flagrante y sus consecuencias Jurídicas?

Problema General.

¿Cuáles son las causas por las cuales nuestro Ordenamiento Jurídico penal no cumple la función de prevenir la detención arbitraria?

Problemas Específicos.

¿Cuáles son las causas por las cuales los operadores judiciales no toman una adecuada decisión en los procesos penales respecto a las detenciones arbitrarias y no apertura el proceso a consecuencia por el delito de Abuso de Autoridad?

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de no establecer sanciones para los autores de la detenciones arbitrarias y debe ser incorporado en nuestro

Ordenamiento Jurídico Penal respecto a la protección a la violación de la libertad individual a fin de que prevenga la comisión de dichos delitos?

¿Cuáles son los mecanismos efectivos que se deben implantar desde las Instituciones del Estado y/o particulares para que la disminución o erradicación de las detenciones arbitrarias y el ordenamiento jurídico penal cumpla la función de prevenir estos delitos?

1.3. OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL:

Determinar el por qué, del Ordenamiento Jurídico Penal del Estado Peruano, que protege la Libertad Individual no contribuye significativamente en protección y la prevención de las detenciones arbitrarias y establecer en qué medida los efectivos de la Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones respetan las disposiciones constitucionales y penales de detener solo en flagrante delito o mandato judicial y en la disminución del índice de dichos delitos en nuestra sociedad.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

Determinar si, el Ordenamiento Jurídico Penal del Estado Peruano, que protege la Libertad Individual no contribuye significativamente en protección de la libertad y la prevención de las detenciones arbitrarias.

Determinar si existen estudios previos correspondientes sobre la violación de la libertad individual a efecto de tomarse las medidas preventivas que sean necesarias de conformidad a nuestro Ordenamiento Jurídico Penal.

Establecer las consecuencias jurídicas al no adoptar la modificación correspondiente en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal respecto a la protección de la libertad individual y así evitar las detenciones arbitrarias.

Comprobar si los efectivos policiales en las intervenciones y detenciones que realizan, lo hacen respetando las disposiciones constitucionales y penales.

Determinar porque delitos mayormente los efectos policiales realizan las intervenciones para detener a las personas.

Determinar si los efectivos policiales se encuentran debidamente capacitados en cuanto a las disposiciones constitucionales y penales para realizar una detención.

1.4. HIPOTESIS

Hipótesis General

“Si el actual Ordenamiento Jurídico Penal del Estado Peruano, no protege la violación de la libertad individual y procede los agentes del orden a la detención arbitraria sin respeto de los derechos humanos ni observan las normas constitucionales y procesales penales como son los mandatos de detención por orden judicial y el delito flagrante y no contribuye significativamente a la prevención de la comisión de los delitos de Abuso de autoridad y que quedan impunes los mismos, entonces se seguirá cometiendo dichos ilícitos penales y detenciones arbitrarias donde no compete, siendo necesario el estudio previo de la libertad y la modificación de nuestro ordenamiento jurídico penal a fin de prevenir y proteger la libertad individual de los ciudadanos del país”.

Hipótesis Específica

1. El ordenamiento jurídico actual no contribuye significativamente en la prevención y sanción de los que cometen el delito de Abuso de autoridad

mediante las detenciones arbitrarias en el distrito de Puente Piedra, por lo tanto amerita la modificación en la materia correspondiente.

2. El ordenamiento jurídico penal debe sancionar de manera efectiva a los autores de la detención arbitraria donde los agentes cometen dichas infracciones y así ponen a disposición del Ministerio Público y estos no evalúan la mala intervención de los agentes del orden entre otros en el distrito de Puente Piedra.

3. El funcionario policial actúa sin criterio legal y constitucional, de esta manera lesionan derechos fundamentales de las personas, violando así los derechos humanos y la libertad individual

1.5. VARIABLES

Variables Independientes

Tratamiento jurídico

1. Ordenamiento Jurídico Penal del Estado Peruano
2. Estudio previo de la Libertad individual
3. Detienen violando los derechos a la libertad individual

Variable Dependiente

Detenciones Arbitrarias.

OPERACIONALIZACION DE VARIABLES

INDICADOR

- Regular	X1
- Bueno	X2
- Muy bueno	X3

- Alta	Y1
- Media	Y2
- Baja	Y3

- Estudios realizados	Z1
- Estudios no realizados	Z2
- Estudios por realizar	Z3

1.6 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

Se justifica porque permitirá describir las causas y consecuencias jurídicas de las detenciones arbitrarias en el distrito de Puente Piedra y las medidas preventivas que adopta el estado a fin de prevenir y proteger a la libertad individual de la persona humana de la sociedad y observar las falencias y tomar las acciones necesarias.

Como consecuencia de los delitos penales cometidos por los agentes del orden entre otros, donde el estado está en la obligación de plantear las medidas preventivas necesarias acorde con nuestra realidad contribuyendo a la disminución de las detenciones arbitrarias.

Sin un Ordenamiento Jurídico Penal adecuado a nuestra realidad no se protegerá las detenciones arbitrarias en tal sentido es necesario presentar alternativas de solución.

Al haberse logrado los objetivos de esta investigación cobra importancia y relevancia jurídica por cuanto incrementa el saber de la ciencia y en materia jurídica con aportes empíricos comprobados científicamente sobre la protección de la libertad individual de la persona natural que adopta el Estado en nuestra sociedad respecto a las detenciones arbitrarias.

Esta investigación se justificara en la medida que lleguemos a establecer que los efectivos policiales al momento de realizar intervenciones para detener tengan en cuenta y sean conscientes que solo pueden detener a las personas naturales en caso de “Delitos flagrante” y mandato judicial.

La importancia es tan vital que con lo señalado en el punto precedente ya los miembros policiales no cometerán detenciones arbitrarias y estarán debidamente capacitados en su actuar en el cumplimiento de sus funciones.

1.7. VIABILIDAD

El presente trabajo es viable en los siguientes términos:

Recursos Financieros:

Los costos que genera la realización de la investigación serán cubiertos por el maestrista.

Recursos Humanos:

Se cuenta con el asesoramiento de la cátedra, asesoría externa de expertos y un equipo asistencial para la toma de datos en campo.

Recursos Materiales:

Se cuenta con los materiales y equipos suficientes, para la realización de la investigación.

Por las presentes explicaciones señaladas, es viable desarrollar la presente investigación.

1.8 LIMITACIONES.

El presente trabajo de investigación tiene las siguientes limitaciones:

Espaciales:

El presente trabajo de investigación se realizará en todo el distrito de Puente Piedra, además del Ministerio Público y Poder Judicial), que abarcan toda la jurisdicción.

Económicas:

No se cuenta con presupuestos de instituciones públicas ni privadas para solventar estudios relacionados a la presente tesis sobre detenciones arbitrarias realizadas por agentes del orden, por lo que deben ser solventados en su integridad por el maestrista.

Tecnológicos:

En este caso se realiza el apoyo de la computadora con programas apropiados y calculadora, etc. que nos ayudan a desarrollar la investigación y las técnicas de estadística

Temporales:

La toma de datos solo se realizará durante una semana (siete días) en los horarios de 08.00 a 12.00 horas para determinar el comportamiento mensual de los efectivos policiales en las intervenciones que realizan sobre los diferentes delitos que se cometen en el distrito de Puente Piedra y aplicando la estadística mensual en el periodo señalado, para determinar el comportamiento y cantidad de intervenciones con detenciones arbitrarias se estimarán a partir de los datos tomados considerando factores de ajuste de acuerdo a la metodología utilizada.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES:

LA DETENCION EN ROMA ANTIGUA

Según manifiesta Teodoro MONSEM que nuestro derecho desciende directamente del Derecho Romano que la abogacía era la más noble de las profesiones, era el único camino para hacer carrera pública y ascender en la administración del Estado.

Al principio sus practicantes no cobraban. A partir de Nerón se consideró lícito y razonable que un abogado percibiera una cantidad por los servicios prestados; aunque privadamente ya hacía tiempo que era común que se recompensara al abogado por sus servicios. Claudio fijo el tope máximo de la minuta de un abogado en diez mil sestercios. Valentiniano III determino los requisitos de los abogados y sus fines.

En Roma abundaban los malos abogados, y como es normal los honorarios variaban en base a su calidad profesional. Una presentación adornada y el arte retórico eran muy usados en el juicio. Los juicios celebrados en una esquina del foro eran muy espectaculares y atraían a mucha gente. Demandado y demandante solían comparecer con sus peores ropas, demacrados y con barba de dos varios días para conmover la compasión del juez.

En época de Justiniano los abogados se asociaron en colegios:

Los causadici, eran los abogados que tenían la clientela más pobre, recibían por sus servicios algún regalo.

El hurto y el robo eran delitos pertenecientes al ámbito del derecho

Privado, y era necesario tener medios para hacer comparecer al delincuente frente a un tribunal y más cuando este era un delincuente poderoso.

Los delitos eran juzgados por los jueces, duoviri, pero algunos delitos tienen jueces especiales:

Los duoviriperduellionis para la insurrección, los quaestoresparicidii para el asesinato. La pena era fijada por el juzgador.

Unos funcionarios especiales, los tres virinocturni se ocupan de las cuestiones relacionadas con incendios nocturnos, la "policía" de seguridad y vigilancia de ejecuciones.

La tortura sólo puede aplicarse a los esclavos y la detención preventiva era la norma general.

La pena capital era aplicable a los delitos contemplados en la ley y a quien alterara la paz pública. A los testigos falsos se les arrojaba desde una altura, a los ladrones de mieses se les colgaba y a los incendiarios se les quemaba vivos.

Existía el derecho de apelación, provocatio y el indulto correspondía al pueblo. Tipos especiales de indultos:

El que se arrodillaba ante un sacerdote de Júpiter no podía ser apaleado en veinticuatro horas, no se podía entrar encadenado en su propia casa debía ser desatado. El condenado que al dirigirse a una ejecución se tropezaba con una vestal, era perdonado.

Las penas aplicadas más frecuentemente eran las multas y el apaleamiento.

En caso de robo el ladrón podía pagar una reparación satisfactoria. Si no podía o era irreparable el ladrón se convertía en esclavo del robado. En los

casos de injurias se concertaba una indemnización. En los casos de lesiones podía reclamarse provocar el mismo daño.

EN EL DERECHO ROMANO

Elul JACQUES sostiene que el derecho romano era el resultado de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, edictos de los magistrados y respuestas de los Prudentes y la costumbre.

El mosmaiorum, las tradiciones de los antepasados en relación a lo que se estima como justo, sirvió como base a la organización gentilicia y familiar, a las relaciones privadas y a la estructura jurídica, religiosa, cultural y social de Roma.

Como la Ley no estaba escrita, el dominio de los pontífices sobre el Derecho era prácticamente total. En los libri pontificales eran donde se guardaban los dictámenes sobre cuestiones públicas, y sólo los pontífices podían consultarlos.

La primera ley escrita en Roma fue la Ley de las Doce Tablas, LexDuodecimTabularum, a mediados del siglo V a.d.c., entre 451 y 449 a.e.c y fueron derogadas por el emperador Justiniano, aunque ya estaban en desuso. La obra fue redactada por colegios de diez miembros, Decemviri legibus scribundis consulari potestat. El texto íntegro de la Ley no ha llegado hasta nosotros y sólo lo conocemos a través de citas y referencias de autores tardíos.

Es un texto simple, en el que se emplean expresiones imperativas con rudeza. Con la Ley de las Doce Tablas, el fas, lo lícito y el ius, lo se disocian y el Derecho comienza un proceso de secularización. En la época arcaica la ley también se apoyó en las leges, la lexprivata y la lexpublica.

Eran unas declaraciones de potestad que vinculaban tanto a quien las daba como a quien las aceptaba.

La época clásica del 130 a.d.c. hasta el 230 se consolida el Derecho Romano como un derecho de juristas. En los siglos I y II alcanzó su máximo esplendor.

En el Bajo Imperio desde el 230 con la reforma llevada a cabo por Justiniano todo el poder legislativo recae en el emperador, mediante las constituciones imperiales. Con la caída del imperio nuevas leyes nacen pero en todas ellas, incluso en las nuestras actualmente está marcada la huella del derecho romano.

Hoy en día se estudia en la universidad porque constituye una introducción general y básica para el estudio del derecho privado y explica el origen de muchas instituciones que existen actualmente.

En un principio sólo podían ser ciudadanos romanos los que habitaban en el territorio urbano. En el siglo I a.d.c. se extendió la ciudadanía romana a toda Italia y el emperador Caracalla nombró ciudadanos a todos los habitantes del Imperio.

Los únicos romanos con plenitud de derechos eran los que reunían estas condiciones: ser libre, ciudadano romano y no estar sujeto a ninguna otra autoridad familiar, es decir, los paterfamilias.

La mujer romana no gozaba del iussuffragii ni del iushonorum.

La situación jurídica de los esclavos fue variando a través de la historia de Roma. En los primeros años de la República con la Lex Aquila siglo III a.e.c.-, las lesiones a un esclavo eran considerados como daños en las cosas. El esclavo carece de derechos.

En época imperial las condiciones de vida del esclavo se suavizaron y mejoraron, aunque no tenía personalidad jurídica, podía realizar negocios, pero todo lo que adquiriera automáticamente pasaba a ser patrimonio de su amo. No podía disponer de bienes, solamente de unos ahorros, peculium, en disfrute, pero no en propiedad. No tenía derecho al matrimonio pero sus uniones contubernium eran de carácter estable y monogámica.

Según opina Luis BRAMONT ARIAS que 1956 en cuanto a las detenciones históricas se refiere cuando, Fernando Belaunde fue detenido por su actividad política, en 1956, y la policía le increpó: "Diga si es verdad que lo encontraron disfrazado con un poncho", el arquitecto respondió: "El poncho no es un disfraz en el Perú, es el uniforme de las mayorías nacionales. Entiendo, sin embargo, que lo desprecien los hombres del gobierno, pues es la única prenda de vestir que carece de bolsillos.

En 1966 - Isaías León Izaguirre es, desde el 20 de febrero, la única persona en el Perú que se puede ufanar de ser juez y tener cien años. Sopló las velitas con lucidez y buen humor envidiables, lejos de los achaques de la vejez. Isaías Izaguirre llegó a ser vocal de la Corte Superior de Lima en 1966 y en ese puesto fue él quien decidió la detención del ex presidente Fernando Belaunde en el penal El Frontón

La libertad individual siendo un atributo inherente a la persona humana, existen diversos instrumentos jurídicos internacionales que reconocen a la libertad individual como un derecho fundamental de la persona humana. En La Declaración Universal, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, declararon que todo individuo tiene derecho a la libertad y nadie puede ser sometido a detención o prisión arbitraria, siendo el límite de la arbitrariedad las causas

y condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados o por leyes dictadas conforme a ellas.

Luego, a principios del siglo XX, el Juez para ordenar la captura y detención del acusado, no debía esperar la comprobación del cuerpo del delito ni la culpabilidad de aquél, pues ellas no podían abstenerse, sino practicadas las diligencias, cuya actuación previa facilitarían la fuga del reo.

2.2 BASES TEORICAS

CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

1. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.
2. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación
3. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica
4. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.
5. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

6. A la legítima defensa.
7. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
 - a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
 - b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley.
 - c. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
 - d. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.
 - e. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.
El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.
Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.
 - f. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

DECRETO LEGISLATIVO N° 947 NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL**ARTÍCULO 259° Detención Policial.-**

1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito.
2. Existe flagrancia cuando la realización del hecho punible es actual y, en esa circunstancia, el autor es descubierto, o cuando es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelen que acaba de ejecutarlo.
3. Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogatorios de identificación y demás actos de investigación urgentes, podrá ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad.

ARTÍCULO 260° Arresto Ciudadano.-

1. En los casos previstos en el artículo anterior, toda persona podrá proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva.
2. En este caso debe entregar inmediatamente al arrestado y las cosas que constituyan el cuerpo del delito a la Policía más cercana. Se entiende por entrega inmediata el tiempo que demanda el dirigirse a la dependencia policial más cercana o al Policía que se halle por inmediaciones del lugar. En ningún caso el arresto autoriza a encerrar o mantener privada de su libertad en un lugar público o privado hasta su entrega a la autoridad policial. La Policía redactará un acta donde se haga constar la entrega y las demás circunstancias de la intervención.

ARTÍCULO 261° Detención Preliminar Judicial.-

1. El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, sin trámite alguno y teniendo a la vista las actuaciones remitidas por aquél, dictará mandato de detención preliminar, cuando:

a) No se presente un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan razones plausibles para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, por las circunstancias del caso, puede desprenderse cierta posibilidad de fuga.

b) El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.

c) El detenido se fugare de un centro de detención preliminar.

2. En los supuestos anteriores, para cursar la orden de detención se requiere que el imputado se encuentre debidamente individualizado con los siguientes datos: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar, y fecha de nacimiento.

3. La orden de detención deberá ser puesta en conocimiento de la Policía a la brevedad posible, de manera escrita bajo cargo, quien la ejecutará de inmediato. Cuando se presenten circunstancias extraordinarias podrá ordenarse el cumplimiento de detención por correo electrónico, facsímil, telefónicamente u otro medio de comunicación válido que garantice la veracidad del mandato judicial. En todos estos casos la comunicación deberá contener los datos de identidad personal del requerido conforme a lo indicado en el numeral dos.

4. Las requisitorias cursadas a la autoridad policial tendrán una vigencia de seis meses.

Vencido este plazo caducarán automáticamente bajo responsabilidad, salvo que fuesen renovadas. La vigencia de la requisitoria para los casos

de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas no caducarán hasta la efectiva detención de los requisitorados.

ARTÍCULO 262° Motivación del auto de detención.-

El auto de detención deberá contener los datos de identidad del imputado, la exposición sucinta de los hechos objeto de imputación, los fundamentos de hecho y de derecho, con mención expresa de las normas legales aplicables.

ARTÍCULO 263° Deberes de la policía.-

1. La Policía que ha efectuado la detención en flagrante delito o en los casos de arresto ciudadano, informará al detenido el delito que se le atribuye y comunicará inmediatamente el hecho al Ministerio Público. También informará al Juez de la Investigación Preparatoria tratándose de los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

2. En los casos del artículo 261°, sin perjuicio de informar al detenido del delito que se le atribuye y de la autoridad que ha ordenado su detención, comunicará la medida al Ministerio Público y pondrá al detenido inmediatamente a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria. El Juez, tratándose de los literales a) y b) del numeral 1 del artículo 261°, inmediatamente examinará al imputado, con la asistencia de su Defensor o el de oficio, a fin de verificar su identidad y garantizar el cumplimiento de sus derechos fundamentales. Acto seguido, lo pondrá a disposición del Fiscal y lo ingresará en el centro de detención policial o transitorio que corresponda. En los demás literales, constatada la identidad, dispondrá lo conveniente.

3. En todos los casos, la Policía advertirá al detenido o arrestado que le asiste los derechos previstos en el artículo 71°. De esa diligencia se levantará un acta.

ARTÍCULO 264° Plazo de la detención.-

1. La detención policial de oficio o la detención preliminar sólo durará un plazo de veinticuatro horas, a cuyo término el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si, comunicando al Juez de la Investigación Preparatoria la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa.

2. La detención policial de oficio o la detención preliminar podrá durar hasta un plazo no mayor de quince días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas.

El Juez Penal, en estos casos, está especialmente facultado para adoptar las siguientes medidas:

a) Constituirse, a requerimiento del detenido, al lugar donde se encuentra el detenido y averiguar los motivos de la privación de la libertad, el avance de las investigaciones y el estado de su salud. En caso de advertir la afectación indebida del derecho de defensa o de irregularidades que perjudiquen gravemente el éxito de las investigaciones, pondrá tales irregularidades en conocimiento del Fiscal del caso, sin perjuicio de comunicar lo ocurrido al Fiscal Superior competente. El Fiscal dictará las medidas de corrección que correspondan, con conocimiento del Juez que intervino.

b) Disponer el inmediato reconocimiento médico legal del detenido, en el término de la distancia, siempre y cuando el Fiscal no lo hubiera ordenado, sin perjuicio de autorizar en cualquier momento su

reconocimiento por médico particular. El detenido tiene derecho, por sí sólo, por su Abogado o por cualquiera de sus familiares, a que se le examine por médico legista o particulares, sin que la Policía o el Ministerio Público puedan limitar este derecho.

c) Autorizar el traslado del detenido de un lugar a otro de la República después de efectuado los reconocimientos médicos, previo pedido fundamentado del Fiscal, cuando la medida sea estrictamente necesaria para el éxito de la investigación o la seguridad del detenido. La duración de dicho traslado no podrá exceder del plazo señalado en el primer párrafo de este artículo y deberá ser puesto en conocimiento del Fiscal y del Juez del lugar de destino.

3. Al requerir el Fiscal en los casos señalados en los incisos anteriores la prisión preventiva del imputado, la detención preliminar se mantiene hasta la realización de la audiencia en el plazo de cuarenta y ocho horas.

ARTÍCULO 265° Detención preliminar incomunicada.-

1. Detenida una persona por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, o por un delito sancionado con pena superior a los seis años, el Fiscal podrá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria que decrete su incomunicación, siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados y por un plazo no mayor de diez días, siempre que no exceda el de la duración de la detención. El Juez deberá pronunciarse inmediatamente y sin trámite alguno sobre la misma, mediante resolución motivada.

2. La incomunicación no impide las conferencias en privado entre el abogado defensor y el detenido, las que no requieren autorización previa ni podrán ser prohibidas.

ARTÍCULO 266° Convalidación de la detención.-

1. Vencido el plazo de detención preliminar, el Fiscal, salvo los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, lo pondrá a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria requiriendo auto de convalidación de la detención. En caso contrario, dispondrá la inmediata libertad del detenido.

2. El Juez, ese mismo día, realizará la audiencia con asistencia del Fiscal, del imputado y de su defensor, y luego de escuchar a los asistentes, teniendo a la vista las actuaciones proporcionadas por el Ministerio Público, decidirá en ese mismo acto mediante resolución motivada lo que corresponda.

3. La detención convalidada tendrá un plazo de duración de siete días naturales, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preliminar para determinar si dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva.

4. En los supuestos de detención por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, vencido el plazo de quince días establecido en la Constitución, el Fiscal solicitará de ser el caso la medida de prisión preventiva u otra alternativa prevista en este Código

LA PRISIÓN PREVENTIVA**ARTÍCULO 268° Presupuestos materiales:**

1. El Juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

2. También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella le brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad.

ARTÍCULO 269º Peligro de fuga:

Para calificar el peligro de fuga, el Juez tendrá en cuenta:

1. El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto;

2. La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento;

3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopta, voluntariamente, frente a él;

4. El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

ARTÍCULO 270º Peligro de obstaculización:

Para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos

ARTÍCULO 272º LA DURACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

1. La prisión preventiva no durará más de nueve meses.
2. Tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses.

ARTÍCULO 273º Libertad del imputado:

Al vencimiento del plazo, sin haberse dictado sentencia de primera instancia, el Juez de oficio o a solicitud de las partes decretará la inmediata libertad del imputado, sin perjuicio de dictar concurrentemente las medidas necesarias para asegurar su presencia en las diligencias judiciales, incluso las restricciones a que se refieren los numerales 2) al 4) del artículo 288º.

ARTÍCULO 274º Prolongación de la prisión preventiva.-

1. Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse

por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272°. El Fiscal debe solicitarla al Juez antes de su vencimiento.

2. El Juez de la Investigación Preparatoria se pronunciará previa realización de una audiencia, dentro del tercer día de presentado el requerimiento. Ésta se llevará a cabo con la asistencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor. Una vez escuchados los asistentes y a la vista de los autos, decidirá en ese mismo acto o dentro de las setenta y dos horas siguientes, bajo responsabilidad.

3. La resolución que se pronuncie sobre el requerimiento de prolongación de la prisión preventiva podrá ser objeto de recurso de apelación. El procedimiento que se seguirá será el previsto en el numeral 2) del artículo 278°.

4. Una vez condenado el imputado, la prisión preventiva podrá prolongarse hasta la mitad de la pena impuesta, cuando ésta hubiera sido recurrida.

ARTÍCULO 275° Cómputo del plazo de la prisión preventiva.-

1. No se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos de la prisión preventiva, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa.

2. El cómputo del plazo, cuando se hubiera declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión de dicha resolución.

3. En los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles

imputados a la jurisdicción penal ordinaria, el plazo se computará desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva.

ARTÍCULO 276º Revocatoria de la libertad.-

La libertad será revocada, inmediatamente, si el imputado no cumple con asistir, sin motivo legítimo, a la primera citación que se le formule cuando se considera necesaria su concurrencia. El Juez seguirá el trámite previsto en el numeral 2) del artículo 279º.

SOBRE LA LIBERTAD INDIVIDUAL:

1. La libertad personal es un derecho fundamental que admite ciertas restricciones a condición que estén previstas en las normas internacionales de derechos humanos, en la Constitución y en la ley.
2. La Constitución de 1993 establece tres supuestos de restricción a la libertad personal: a) detención de una persona por mandamiento escrito y motivado del juez, b) detención de una persona por las autoridades policiales en caso de flagrante delito, y, c) en los casos previstos por la ley.
3. El artículo 205 del Código Procesal Penal establece una restricción a la libertad personal que cumple con el requisito formal (se encuentra prevista en una ley material) y además es razonable y proporcional. En consecuencia, este artículo es compatible con lo dispuesto por la Constitución.
4. Es preciso advertir que puede generarse problemas en la aplicación del artículo 205 del Código Procesal Penal. Es por ello que es necesario realizar actividades de capacitación en derechos fundamentales a los miembros de la Policía Nacional, en el sentido de advertirles que pueden hacer uso de la facultad habilitada por este artículo, sólo en situaciones que objetivamente lo hagan necesario y que, además, en todo momento deben

evitarse actitudes que signifiquen un abuso de esta facultad al extremo de devenir en una situación arbitraria.

5. Ante casos de detenciones arbitrarias existe el derecho a la protección judicial de la libertad personal. Es decir, se pueden presentar demandas de hábeas corpus ante cualquier supuesto de detención policial que exceda los límites previstos en la norma.

CUANDO NO EXISTE DELITO FLAGRANTE SE PUEDE RECURRIR A LA DETENCION PRELIMINAR.

Cuando no se presenta un supuesto de flagrancia delictiva, pero existan fundadas razones para considerar que una persona ha cometido un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a cuatro años y, que por las circunstancias del caso, pueda desprenderse cierta posibilidad de fuga, la Policía puede coordinar con el Fiscal para que este solicite al Juez de la Investigación Preparatoria la detención preliminar de esa persona.

La detención preliminar de una persona se encuentra regulada por el Art. 261º del NCPP; es solicitada por el Fiscal ante el Juez de la Investigación Preparatoria también en los siguientes casos:

- a. El sorprendido en flagrante delito logre evitar su detención.
- b. El detenido se fugare de un centro de detención preliminar.

Vencido el plazo de detención preliminar, el Fiscal, salvo los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en que podrá durar hasta un plazo no mayor de quince (15) días naturales (Art. 264º, inciso 2º del NCPP), si considera que subsisten las razones que determinaron la detención, lo pondrá a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria requiriendo auto de convalidación de la detención.

En caso contrario, dispondrá la inmediata libertad del detenido. La detención convalidada tendrá un plazo de duración de siete días naturales, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preliminar para determinar si dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva (Art. 266º del CPP).

En los supuestos de detención por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, vencido el plazo de quince días establecido en la Constitución, el Fiscal solicitará de ser el caso la medida de prisión preventiva u otra alternativa prevista en el CPP. La detención policial de oficio o la detención preliminar sólo durará un plazo de veinticuatro horas, a cuyo término el Fiscal decidirá si ordena la libertad del detenido o si, comunicando al Juez de la Investigación Preparatoria la continuación de las investigaciones, solicita la prisión preventiva u otra medida alternativa. La detención policial de oficio o la detención preliminar podrán durar hasta un plazo no mayor de quince días naturales en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas (Art. 264º del CPP).

LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

1) En la investigación policial.

Casos de flagrancia: no hay uniformidad de criterios con relación a las detenciones que efectúan los policías en situaciones de flagrancia, originando que muchas veces se detenga sin la concurrencia de los requisitos que se exigen, lo cual determina que el Fiscal disponga su inmediata libertad con el subsiguiente malestar de las víctimas y de la ciudadanía en general, dándose la impresión de que se estaría avalando la impunidad. La ciudadanía no entiende o no comprende los casos en que la Constitución establece cuando procede la detención de una persona.

Recordemos que el artículo 259º. 2 del Código Procesal Penal establece tres tipos de flagrancia: Flagrancia propiamente dicha: esto es cuando el hecho punible es actual y en esa circunstancia el autor es descubierto, es lo que comúnmente se conoce como, con las “manos en la masa”; Cuasi flagrancia: cuando el autor es perseguido y capturado inmediatamente de haber cometido el hecho punible. El ejemplo, del que arrebató una cartera a una dama y emprende la fuga, siendo que se inicia la persecución policial o por parte de la misma víctima y es aprehendido; y, Presunción legal de flagrancia: se presenta cuando el autor es sorprendido con los objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo. El caso de que se encuentra al agente llevando en su poder un aparato electrodoméstico que acaba de sustraerlo de una vivienda.

Sugerencia

La sugerencia en este tema es la de propiciar una capacitación conjunta (Fiscal, Policía, Jueces, Abogados y la sociedad civil) a fin de concordar y unificar criterios y pautas en la determinación de los delitos en flagrancia, evitando de esta forma algunas detenciones arbitrarias e ilegales, así como informando los casos expresos y permitidos para una detención. Utilización de los formatos: la Policía utiliza los formatos que han sido preparados y elaborados por su Comando lo que obliga conforme a sus disposiciones jerárquicas a utilizarlas, mientras que el Ministerio Público tiene también sus propios formatos, aprobados por Resolución de Fiscalía de la Nación, en algunos formatos con un margen de diferencia y en otros con cierta similitud. Por ahora se están utilizando indistintamente, siempre y cuando cumplan con los requerimientos que establece el Código Procesal Penal.

b) Solicitud de detención preliminar judicial: existe una arraigada costumbre en la policía de solicitar la detención preliminar judicial en todos los casos donde se ha identificado al presunto autor, sin tener en cuenta los requisitos necesarios para su concesión, como el peligro de fuga, pronóstico de pena, lo que genera un trabajo innecesario para el Fiscal.

Debe establecerse un nivel adecuado de coordinación entre Policía, Fiscal y Juez a fin de establecer criterios en la solicitud y concesión de la detención preliminar judicial, y sean los casos estrictamente necesarios que tengan que utilizarse esta medida coercitiva.

c) Comunicación tardía de la noticia criminal con detenido: en algunos casos los efectivos policiales han comunicado la detención de personas con varias horas de retraso, luego de efectuada la detención, lo que impide el buen ejercicio de defensa por parte del imputado, así como una buena labor investigativa por parte del Fiscal para diseñar su estrategia de investigación, pues el plazo de veinticuatro horas es perentorio y la pérdida de algunas horas va en detrimento en el esclarecimiento de los hechos. Lo primero que debe realizar el efectivo policial es comunicar inmediatamente la detención de una persona al Fiscal de turno, a fin de que éste disponga las diligencias a efectuar y cumpla con la conducción de la investigación tal como así lo establece el artículo 60º del Código Procesal Penal

Sugerencia

Lo primero que debe establecerse es un nivel de coordinación con los Jefes de cada Comisaría a fin de que las comunicaciones se efectúen inmediatamente y/o en el más breve plazo. De no ser así, el Fiscal levantará un Acta y debe comunicar a las instancias respectivas sobre dicho incumplimiento a fin de que se tomen drásticamente las medidas

correctivas. En todo caso detectar el problema en la Policía de esta deficiencia.

d) No comunicación de la noticia criminal: señala el artículo 67º del Código Procesal Penal que la Policía Nacional en su función de investigación debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al Fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias. Este incumplimiento obstaculiza el esclarecimiento debido de los hechos toda vez que el Fiscal como director de la investigación, al desconocer los hechos no va a elaborar su estrategia de investigación en forma oportuna y adecuada.

Sugerencia

Coordinación y Capacitación con el personal policial a fin de subsanar este incumplimiento y en todo caso detectar el motivo del efectivo policial al no comunicar la noticia criminal en desmedro del cumplimiento de la norma procesal.

2) La Realización de determinadas pericias

a) Precisión en la cadena de custodia: sobre este punto, la policía no tiene nociones muy claras, en el seguimiento que debe realizarse, pues es necesario e importante cumplir con las normas en esta diligencia que empieza con la Policía ya que de lo contrario podría ser susceptible del planteamiento de una nulidad. Pues, la cadena de custodia de los elementos probatorios presentados ante el Juez, es una herramienta que permite garantizar su autenticidad, preservación e integridad, mediante la aplicación de una correcta recolección, descripción, cuantificación, individualización, embalaje y transferencia de custodia de una evidencia.

Sugerencia

La cadena de custodia debe ser efectuada por el pesquisa que realizó el recojo o la incautación de las evidencias, de allí que es necesario que se emitan las directivas de ambas instituciones que unifiquen las pautas necesarias para el debido cumplimiento de las normas de cadena de custodia.

b) Tardía remisión de las pericias: esto dificulta la aplicación de los procesos de decisión temprana y en las instituciones de simplificación procesal, en donde se Requiere con urgencia el resultado de una pericia.

3) Serias dificultades de la policía en su labor policiaca por la falta de logística infraestructura y de personal

a) Falta de logística: esto repercute en la emisión rápida de los Informes policiales en su labor diaria, toda vez que no cuentan con el material de escritorio adecuado, así como para el desplazamiento no tienen la movilidad necesaria ni adecuada. Peor aún cuando el pesquisa acude en compañía del Fiscal en horas de la noche y falta linterna de mano, cámara fotográfica, precinto para acordonar el lugar, etc.

b) Infraestructura inadecuada: Las diversas unidades policiales especializadas comparten una sola infraestructura, lo que dificulta su labor, ya que cada una realiza una labor diferente.

c) Falta de Personal: no existe el personal suficiente, que permita enfrentar adecuadamente el tema del delito en flagrancia. Asimismo, dicho personal no debe ser rotado o desplazado a otro lugar constantemente, por lo que debe haber cierta permanencia, así también debe ser personal calificado y de confiabilidad, esto con la finalidad de que la defensa no cuestione la idoneidad y profesionalismo del efectivo policial en el caso de

que se encuentre como testigo. Es por ello necesario contar con policías profesionales y conocedores de su trabajo.

PODER JUDICIAL

Los problemas advertidos con los señores Jueces son básicamente de Interpretación de normas procesales de las que existen algunos temas que el Ministerio Público no comparte.

Así se ha encontrado una problemática con los Jueces de la Investigación Preparatoria al tener un criterio diferente a la de los Fiscales en los temas de prisión preventiva, detención preliminar judicial, así como de los procesos inmediatos y de terminación anticipada, entre otros, que gracias a las reuniones periódicas que se vienen realizando en el distrito judicial de Puente Piedra, se están solucionando algunos de ellos al considerarse pautas para unificar algunos criterios de interpretación.

Por ejemplo, el Juez considera que sólo procede la Prisión Preventiva cuando el imputado se encuentra físicamente privado de su libertad ambulatoria, de lo contrario, se tendría que requerir previamente la detención preliminar judicial para dicho efecto.

El respeto al principio de imparcialidad por parte del mismo Juez, así como la demora de las Audiencias, ello como consecuencia de la elaboración de las Actas, más que la sustentación oral de los sujetos procesales. Estos temas se viene superando en la actualidad.

Sugerencia

Se sugiere que exista una capacitación conjunta a fin de unificar y concordar algunos criterios de interpretación en la aplicación de los temas antes mencionados, ello con la finalidad de evitar la utilización constante de

los medios impugnatorios, pues de ser así se estaría contribuyendo con el incremento de la carga procesal en la superioridad, así como con la celeridad que se hace mención.

La Detención.

1. Concepto. La detención como una cuestión fáctica.

La detención puede ser definida como una medida cautelar que recae en contra de una persona, objeto de persecución penal, que consiste en privarla fácticamente de su derecho a la libertad personal, por un período máximo de tiempo, a objeto de asegurar los fines del procedimiento penal.

Se define a la detención como una cuestión de hecho más que como una cuestión exclusivamente jurídica dado que ello se adecua de mejor manera al correcto ejercicio de la libertad personal como derecho fundamental. Lo anterior, porque cualquier acto ejecutado por un tercero que impida el ejercicio de la libertad personal de otro implica privarlo del goce temporal de ese derecho. Así, como se ejemplificará más adelante, hay situaciones en las cuales se priva de este derecho a un individuo bajo un supuesto *manto de legalidad* pero que en los hechos no es sino una actuación que excede o vulnera la esencia del derecho en comento.

Entender la detención sólo como una cuestión meramente jurídica y no fáctica podría traer como consecuencia ciertas arbitrariedades desde que se dejaría fuera de su alcance a una serie de situaciones que, en los hechos, privan a una persona del ejercicio de la libertad ambulatoria pero que en estricto rigor no serían consideradas como detención desde una perspectiva jurídica. A modo de ejemplo: se realiza a un individuo, por parte

de la policía, un control de identidad en un lugar público. Dicha persona acredita su identidad (a través de la exhibición de alguno de los documentos válidos) en el mismo lugar donde se le practicó el respectivo control. Sin embargo, la policía conduce al sujeto al cuartel policial a fin de realizar diligencias tendientes a recabar evidencia para acreditar la participación de aquél en un delito determinado y una vez obtenidos los antecedentes necesarios, solicitan al fiscal una orden judicial de detención, quien la obtiene del juez de garantía. Si se analiza la detención como una cuestión netamente jurídica se debería concluir que aquella nace cuando el juez la ordena, siendo las diligencias y actuaciones realizadas con anterioridad a la orden judicial pero con posterioridad al control de identidad necesarias para fundar la decisión del juez de decretar la medida cautelar al tenor del artículo 36 del Código Procesal Penal (en adelante CPP) y consecuentemente la privación a la libertad personal sería válida, ya que se ampararía en el control de identidad y en la necesidad de fundamentación de la orden judicial. Ahora bien, si la detención se entiende como una cuestión de hecho, en el caso expuesto, la persona sujeta a control de identidad a quien la policía ya identificó en el lugar donde se realizó el control pero igualmente es conducida y retenida en la unidad policial para fines ajenos a la diligencia de control, aquella se encuentra fácticamente privada de su derecho a la libertad personal por lo que esa privación de libertad previa a la decisión del juez de dictar la orden resulta ilegal y arbitraria toda vez que carece de motivo para subsistir desde que se ha desviado del objetivo originalmente amparado por la ley.

Es por lo anterior que la detención además de ser entendida como un supuesto jurídico también debe serlo como un supuesto de hecho¹ a fin que por una parte, se puedan evitar arbitrariedades y, por otra, se permita el adecuado ejercicio del principio de la seguridad jurídica y del derecho a la libertad personal. En este punto es necesario recordar que las normas en cuanto se vinculan con derechos fundamentales deben ser siempre interpretadas de la manera que mejor permitan el ejercicio de esos derechos lo que conlleva a su vez el interpretar restrictivamente toda limitación, privación o perturbación que recaiga sobre ellos². Lo anterior impide la validación de actos arbitrarios que vulneren la libertad personal.

2. Tratamiento normativo.

La detención se encuentra regulada tanto a nivel de tratados internacionales, así como a nivel constitucional y legal. La regulación resulta vinculante para todos, no solo para los sujetos procesales o los intervinientes del proceso. Así, la Constitución Política de la República (en adelante CPR) prescribe, en su artículo 19 N° 7, como derecho fundamental el de la libertad personal y la seguridad individual, pudiendo su titular ver restringido o privado este derecho solo en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes.

Dentro de las hipótesis que permiten la privación del derecho a la libertad ambulatoria se encuentra la detención. La normativa constitucional, en el artículo 19 N° 7 letra c), nos indica que existen dos formas de hacer

¹ En ese sentido, De Hoyos, M., “Análisis comparado de la situación de flagrancia”, en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, *Vol. XII*, diciembre 2001, pp. 137 y ss. La autora nos dice que “Conviene en todo caso tener bien presente en nuestros razonamientos y conclusiones que nos encontramos ante una circunstancia que, como supuesto de hecho, habilita a diversos sujetos para la limitación de un derecho fundamental”.

² Lo anterior encuentra respaldo normativo en el artículo 5 del CPP.

efectiva una detención: a) cuando existe una orden de detención que emana de un funcionario público expresamente facultado por la ley; y b) cuando se sorprende a una persona cometiendo un delito flagrante. De lo señalado en dicho cuerpo normativo se colige que la detención por orden de funcionario público facultado por ley constituye la regla general respecto a la privación del derecho a la libertad personal y la detención flagrante constituye la excepción³ (excepción dentro de la excepción, que es la detención en cuanto medida que restringe el derecho a la libertad personal). Ello trae como consecuencia el que, al momento de analizarse si la detención en hipótesis de flagrancia es o no legal, debe estarse a una interpretación restrictiva de las normas que regulan la materia. Lo anterior: i) por ser la detención flagrante una privación al ejercicio del derecho a la libertad personal (al igual que la orden judicial); ii) por no ser la regla general en materia de detención y; iii) por estar expresamente establecida en el Código Procesal Penal la necesidad de una interpretación en ese sentido⁴. En cuanto a las normas legales que rigen la materia, el Código Procesal Penal la regula en el Párrafo 3º del Título V del Libro I, al tratar las

³ Ello se desprende del tenor literal de la Carta Fundamental que señala, al referirse a la detención por flagrancia, el término “sin embargo”, que es sinónimo de “no obstante”, que quiere decir, “sin que sirva de impedimento” según el Diccionario de la Real Academia Española. Además, es la propia Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público que expresa la necesidad de solicitar aprobación judicial previa (aquí claramente se incorporan las ordenes judiciales) por parte del ente persecutor al momento de realizar actuaciones o diligencias que afecten derechos de terceros. El artículo 4 lo señala: “El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán siempre de aprobación judicial previa.” De lo anterior se concluye que cuando el Ministerio Público quiera realizar una actuación o diligencia de aquellas que se enmarcan dentro de algunas de las hipótesis que contempla la norma, en las cuales se subsume la detención, debe siempre solicitar la orden judicial respectiva. La detención por flagrancia se confirma entonces, como la excepción.

⁴ El artículo 5 del CPP prescribe: “Art. 5. *Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad.* No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalada por la Constitución y las leyes.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

medidas cautelares personales. En dicho párrafo se regula su procedencia, casos, hipótesis de flagrancia, audiencia de control de la detención, etc.

Por último en cuanto al estatuto internacional, hay diversos tratados internacionales relativos a derechos humanos que regulan la detención, tratados que son vinculantes para nuestro país de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 de la CPR. Así encontramos la Convención Americana de Derechos Humanos que hace alusión a la imposibilidad de detener a alguien en forma arbitraria, pudiendo ser detenida una persona solo por las causas y condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o leyes internas conformes a las primeras, etc. (artículo 7); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que refiere la detención por las causas y procedimientos establecidos por la ley, etc. (artículo 9.1); en el caso de los menores de edad, la Convención sobre los Derechos del Niño fija otros criterios que serán analizados en otra oportunidad, pero de los cuales se puede decir que ella procede solo como medida de último recurso y durante el período más breve que sea procedente.

3. Detención y fines del procedimiento.

Toda medida cautelar, incluyendo la detención, tiene por objeto asegurar ciertos fines. Estos, son los llamados fines del procedimiento. Es importante tener claro que los fines del procedimiento penal son diferentes a los fines de la pena⁵.

⁵ Las medidas cautelares no pueden entenderse jamás como aseguradoras de los fines de la pena, ya que ello significaría considerarlas como medidas anticipadas al cumplimiento de la pena lo que implicaría atentar contra el derecho a un juicio previo y la presunción de inocencia. En ese sentido, Horvitz, M. I y López, Julián, "*Derecho Procesal Penal*", Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile 2009, p. 346. Igualmente el mensaje del CPP reitera la idea anterior al indicar lo siguiente:

Dentro de los fines del procedimiento, la doctrina indica como tales el correcto establecimiento de la verdad, que puede estar en riesgo “ya sea por la negativa del imputado a comparecer a los actos del procedimiento, ya sea por la evidencia de que éste desarrollará actos de destrucción u ocultación de pruebas”⁶; la actuación de la ley penal, que implica que la persona que es objeto de la persecución penal esté disponible tanto al imponerse como al ejecutarse la sanción pudiendo encontrarse en riesgo cuando “exista evidencia de que el imputado pretende eludir la acción de la justicia mediante la fuga”⁷a, la seguridad de la sociedad; y, por último, la seguridad de la víctima⁸. En el CPP, todos estos fines se encuentran protegidos a través del establecimiento de diferentes medidas cautelares personales; a modo de ejemplo, la actual redacción del artículo 140 del CPP, que indica los requisitos de procedencia de la prisión preventiva, recoge el correcto establecimiento de la verdad (puede decretarse esa medida cautelar cuando se pueda afectar, con la libertad del imputado, el

“Directamente vinculado con la exigencia del juicio previo se encuentra el principio que obliga a tratar al imputado como inocente mientras no haya sido dictada en su contra una sentencia condenatoria, el que el proyecto recoge explícitamente. Como consecuencia directa de este principio surge la necesidad de rediseñar el régimen de medidas cautelares aplicables a quienes se encuentren en calidad de imputados, a partir del reconocimiento de su excepcionalidad”. Y sigue: “En lo fundamental, este rediseño de las medidas cautelares se basa en la afirmación de la excepcionalidad de las mismas y en su completa subordinación a los objetivos del procedimiento. En cuanto a lo primero, el proyecto propone dar plena aplicación a la presunción de inocencia, afirmando que quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado no debe sufrir, en principio, ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena. No obstante, a partir del reconocimiento de la necesidad de proteger los objetivos del procedimiento respecto de actuaciones del imputado que pudieren afectarlos, se autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas y debidamente fundadas que restringen los derechos del imputado cuando ello parezca indispensable para garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, para proteger el desarrollo de la investigación, para proteger a las víctimas o para asegurar los resultados pecuniarios del juicio”.

⁶ Horvitz, M. I. y López, J. *Op. Cit* en n. 5, p. 346.

⁷ *Ibíd.*, p. 347.

⁸ Maier, J., “*Derecho Procesal Penal Argentino*”, Tomo II, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 280 y ss.; considera como fin válido del procedimiento el evitar la consumación de un delito tentado o las consecuencias posteriores perniciosas del delito consumado. Estos fines, también tienen cabida en nuestro ordenamiento jurídico si observamos con detalle algunas de las hipótesis de flagrancia de la detención. Así, es posible detener a aquel que actualmente comete un delito o quién en un tiempo inmediato es encontrado con objetos o instrumentos provenientes del delito investigado, lo que resulta acorde a los fines del procedimiento señalados por este autor.

éxito de determinadas diligencias de investigación), la actuación de la ley penal (por existir peligro de fuga), la seguridad de la sociedad y de la víctima. Los mismos fines buscan satisfacer las demás medidas cautelares personales contempladas en el artículo 155 del mismo cuerpo legal.

En el caso en concreto, la detención tiene por objeto asegurar el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal. El primero se ve reflejado en la detención por falta de comparecencia contemplado en el artículo 33 inciso 3 en relación al artículo 127 inciso 2 del CPP y el segundo se encuentra en el inciso 1 del artículo 127⁹ del mismo cuerpo legal. Si consideramos como fines del procedimiento la evitación de la consumación de un delito tentado y la evitación de las ulteriores perniciosas consecuencias de un delito consumado, ellos también serían objeto de protección por medio de la detención pero solo al momento de practicarse la misma y concurriendo alguna de las hipótesis de flagrancia establecidas en la ley.

Así las cosas, al momento de practicarse fácticamente o decretarse judicialmente la detención ella siempre debe velar por asegurar los fines del procedimiento que busca proteger, mas no puede ser realizada u ordenada teniendo como excusa el asegurar los fines de la pena o un fin diferente a los ya señalados desde que ello implicaría una actuación ilegal y arbitraria

⁹ El artículo 127 prescribe lo siguiente: “Detención judicial. Salvo en los casos contemplados en el artículo 124, el tribunal, a solicitud del ministerio público, podrá ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada.

También se decretará la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no compareciere sin causa justificada”; a su vez, el artículo 33 inciso 3 señala “El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva...”.

porque no se ajustaría a su fundamento y por ende carecería de razonabilidad.

4. Presupuestos de procedencia de la detención.

Para que la detención sea decretada por un funcionario público, practicada por cualquier persona o por la policía ella debe cumplir ciertos requisitos. Estos son los presupuestos de procedencia de la detención. Para determinar cuáles son esos presupuestos, es necesario hacer una distinción entre los presupuestos generales de toda medida cautelar y los presupuestos específicos de la detención. Ambos deben concurrir copulativamente para que dicha medida cautelar sea procedente y legal.

4.1 Presupuestos generales de procedencia de toda medida cautelar.

La detención es una de las medidas cautelares que establece el CPP para asegurar los fines del procedimiento. Como tal, ella debe cumplir tanto presupuestos generales como específicos. En cuanto a los presupuestos generales de procedencia, estos son los siguientes: la apariencia de buen derecho (*funum bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*). El primero de ellos consiste en un juicio de probabilidad relativo tanto a la existencia de un delito como a la participación del sujeto en él; el segundo, se encuentra vinculado a lo ilusorio que se tornaría el cumplimiento de los fines del procedimiento en caso de no adoptarse la medida cautelar.

Así entonces, la detención siempre debe cumplir con estos presupuestos generales, debiendo analizarse en todos los casos si al momento de practicarse o decretarse la detención ellos se encontraban presentes. En

caso contrario, la detención no se ajustaría a derecho ya que carecería de sustento material para su procedencia.

Además es posible agregar como tercer requisito la necesaria proporcionalidad de las medidas cautelares en relación a los fines del procedimiento. Si bien el legislador, al momento de señalar los casos en los cuales las medidas cautelares resultan procedentes ha efectuado un análisis de proporcionalidad, lo cierto es que este principio siempre debe estar presente en el caso concreto, porque no hay que olvidar que el juez¹⁰, en el caso de la orden judicial, siempre debe fundar su resolución y dentro de esa fundamentación debe estar presente el cumplimiento de esos requisitos generales. La proporcionalidad juega un rol preponderante dado que lo que está en juego al momento de decidir sobre la procedencia de una medida cautelar es el derecho a la libertad personal, derecho que es fundamental.

4.2 Presupuestos específicos de procedencia de la detención. Tipos de detención.

¹⁰ A quien se le puede exigir un análisis de la proporcionalidad es al juez al momento de decretar una orden judicial de detención, sea porque la presencia del imputado se verá demorada o dificultada cuando se pide una orden de detención verbal o escrita o cuando se discute en una audiencia por no haber comparecido el imputado a la misma, al tenor del artículo 33 del CPP, precepto que no obliga al juez a decretar la orden por el solo hecho de no haber concurrido el sujeto al llamamiento judicial, sino que lo faculta y, como facultad que es, debe estar debidamente fundada y ajustada a las opciones que entrega el derecho. También le debería ser exigible al fiscal en caso de los delitos flagrantes, ya que es él quien toma la decisión de poner a disposición del juez al detenido y esa decisión también es facultativa (ya que tiene la opción de no hacerlo), decisión que forma parte de una investigación, la que también tiene que ser racional y justa y adecuarse a las garantías judiciales y principios, dentro de los cuales se encuentra el deber de fundamentación, que igualmente exige argumentos de derecho, dentro de los cuales se encuentra el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, pareciera no ser proporcional el mantener detenido a un sujeto que fue sorprendido flagrantemente cometiendo un hurto falta en un supermercado cuya especie fue evaluada en \$ 500 pesos, sujeto que carece de anotaciones penales anteriores y no tiene ingresos en el sistema de apoyo fiscal. Finalmente, ese individuo pasará un día detenido cuando lo más probable es que el procedimiento finalice a través de la aplicación de alguna facultad de la Fiscalía o bien de alguna salida alternativa que tiene a fomentar la no criminalización del imputado.

Para poder analizar los presupuestos específicos de la detención, es necesario hacer una distinción entre los tipos de detención reconocidos en el CPP. Tal como se adelantó, existen dos tipos de detención: a) detención por falta de comparecencia y b) detención imputativa.

4.2.1) Detención por falta de comparecencia.

Este tipo de detención encuentra su regulación legal en los artículos 23, 33 y 127 del CPP. Para que ella sea procedente se requiere que el imputado haya sido citado previamente y en forma legal para concurrir ante la presencia del Ministerio Público o a una actuación a realizarse ante el tribunal que ordenó su comparecencia.

4.2.1.a) Detención por la falta de comparecencia al Ministerio Público. Para que pueda operar este “arresto” o “medida de coerción procesal”, el imputado debe haber sido citado por cualquier medio idóneo a las dependencias del Ministerio Público y no haber concurrido. En ese caso, el fiscal podrá solicitar al tribunal la autorización para conducirlo compulsivamente a su presencia¹¹. Una vez obtenida la autorización judicial, el imputado¹² debe ser conducido a la presencia de dicho sujeto procesal. Ahora, si bien la norma no señala el plazo en el cual debe ser puesto a disposición del Ministerio Público como tampoco otra limitación, a

¹¹ Artículo 23 inciso 1º: “Citación del ministerio público. Cuando en el desarrollo de su actividad de investigación el fiscal requiriere la comparecencia de una persona, podrá citarla por cualquier medio idóneo. Si la persona citada no compareciere, el fiscal podrá ocurrir ante el juez de garantía para que lo autorice a conducirla compulsivamente a su presencia”. Es necesario señalar que es una facultad del Ministerio Público el solicitar o no la detención y en ese orden de ideas, la facultad debe siempre ser motivada, lo que implica que el juez de garantía debe hacer un examen de la discrecionalidad de la petición; ello, para cautelar el cumplimiento de una racional y justa investigación, como para poder fundar adecuadamente la decisión, al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del CPP, fundamentación que forma parte del derecho a un juicio previo, como garantía judicial del imputado. En caso de estar ausente esa fundamentación, la detención es arbitraria y habilita un amparo constitucional.

¹² Es imputado porque se trata de una actuación del procedimiento dirigida en su contra, lo que le da esa calidad al tenor del artículo 7 del CPP.

través de una interpretación sistemática de las normas que regulan la detención, es imperativo concluir que una vez practicada la detención el imputado debe ser puesto en forma inmediata y sin demora ante la presencia del Ministerio Público sin ningún tipo de dilación, ya que habiendo emanado la orden de detención de un tribunal debe estarse a lo dispuesto en el artículo 131 del CPP. De igual manera, tratándose de un llamamiento a prestar declaración como a cualquier otra actuación, el fiscal debe siempre darle lectura a sus derechos dejando constancia escrita de dicho deber de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 227 del CPP. Una vez cumplida la actuación o diligencia, debe darse al detenido la libertad en forma inmediata toda vez que se cumplió con la finalidad que se buscaba proteger, cuál era el asegurar la comparecencia del imputado al procedimiento.

Si se detecta el incumplimiento de las exigencias legales, siempre queda a salvo la interposición del amparo ante el juez de garantía que dictó la orden o bien del lugar donde fue detenido a fin de que se examine la legalidad de la detención como las condiciones en que se encontrare el imputado.

Con respecto a este tipo de detención, queda la duda si el tribunal que decretó la orden conocerá en algún momento sobre la legalidad de la misma sin tener que recurrir la defensa a un amparo del art. 95. Es decir, si se efectuará un control de la detención. Si bien nada dice la ley, lo cierto es que tratándose de una orden judicial de detención, que tiene por objeto poner al imputado a disposición del Ministerio Público para la realización de una determinada actuación, la orden emana de un tribunal que ejerce jurisdicción y dentro de sus facultades jurisdiccionales se encuentran las de

conocer y juzgar, las que conllevan la fiscalización del cumplimiento de la recta administración de justicia, y por ende, la fiscalización del acertado cumplimiento de su resolución. Así, cuando mediante el ejercicio de estas facultades ha dictado una resolución, el tribunal debe velar por verificar si ella se ha cumplido conforme a la ley ya que no es posible delegar las obligaciones que emanan de sus potestades en otros órganos que no pueden ejercer facultades jurisdiccionales. Es deber de los jueces de garantía el asegurar los derechos del imputado en el proceso penal¹³, como también lo es el resolver sobre la legalidad de la detención. De hecho, es uno de los derechos del imputado privado de libertad el ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención (art. 94 letra c) del CPP). La resolución que despacha una orden de arresto o de detención es consecuencia de un acto jurídico procesal emanado de un tribunal en uso de sus facultades jurisdiccionales, y desde el momento en que el tribunal la dicta debe fiscalizar su ejecución por ser parte de sus potestades, no siéndole posible delegar estas funciones en el Ministerio Público, que es un órgano administrativo que ejerce meras labores investigativas y que no son jurisdiccionales¹⁴. Precisamente uno de los argumentos que se tuvieron a la vista al momento de modificar el sistema procesal penal, es separar las labores de investigar y de juzgar, quedando las primeras como meramente administrativas. Por ende, de lo anterior se colige que el imputado detenido con el sólo objeto de comparecer al

¹³ Ello de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales que reza en su letra a) lo siguiente. “Art. 14. Los juzgados de garantía estarán conformados por uno o más jueces con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, que actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento. Corresponderá a los jueces de garantía: a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal.”

¹⁴ De hecho la Ley Orgánica del Ministerio Público le impide a dicho ente ejercer facultades jurisdiccionales, conforme lo señala su art. 1 parte final que prescribe que “...No podrá ejercer funciones jurisdiccionales”.

Ministerio Público debe ser siempre controlado para que el tribunal que dictó la orden o bien el competente de acuerdo al art. 70 del CPP, verifique si se cumplieron los presupuestos legales que la motivan. Dicha audiencia se debería verificar una vez cumplida la diligencia, la que debe ser evacuada antes de las 24 horas de la detención para que el imputado, durante ese período de tiempo, sea puesto a disposición del juez de garantía quien debe velar por el respeto de los derechos del imputado. No sería adecuado sostener que primero debe controlarse la detención y luego ordenar que el imputado sea conducido a realizar la diligencia al Ministerio Público para que una vez cumplida la misma se ordene la libertad. Ello porque la detención no puede durar más de 24 horas, y es ese el período máximo en el cual la persona debe ser puesta a disposición del tribunal no siendo aceptable que el detenido sea puesto a su disposición dentro de ese plazo para luego mantener la medida cautelar hasta la realización de la diligencia ante el ente persecutor, la que podría ser realizada una vez transcurrido ese período de tiempo. La orden es precisamente dictada para realizar la diligencia y la libertad solo puede ser decretada por el tribunal, que es el sujeto procesal que ordenó la medida cautelar, en audiencia y una vez cumplida la actuación para la cual se decretó; así, se fiscalizará de mejor forma que durante el período que dura la detención se hayan observado todos los derechos y requisitos de la medida cautelar, para que finalmente, y dentro del plazo de 24 horas, se decrete la libertad del detenido.

4.2.1.b) Detención por falta de comparecencia a las actuaciones ante el tribunal. Su regulación se encuentra en dos preceptos legales, cuales son los artículos 33 y 127 incisos 2 del CPP cuando se trata del procedimiento

ordinario¹⁵. Para que sea procedente la orden de detención, el imputado debe haber sido citado previamente¹⁶ a fin de comparecer a una audiencia a realizarse ante un tribunal. Esto es sumamente importante, porque el único caso en el cual es posible despachar una orden de detención para concurrir ante una autoridad diferente al tribunal, es el caso analizado anteriormente (Ministerio Público), mas no resulta legal el ordenar una detención para que el imputado comparezca ante otra autoridad que no sea un juez (por ejemplo, el Servicio Médico Legal). Lo anterior queda de manifiesto del tenor literal del artículo 33 que en su título hace referencia a las “citaciones judiciales”, complementado con su contenido, donde se dice que la citación procede para llevar a cabo “una actuación ante el tribunal”, haciéndole saber al citado el “tribunal” ante el cual debe comparecer, su domicilio, fecha y hora de la “audiencia” y en su inciso 3 prescribe que podrá decretarse la prisión preventiva “hasta la realización de la actuación respectiva”. No hay que pasar por alto que la detención busca asegurar los fines del procedimiento, siendo uno de esos, la comparecencia a los actos del procedimiento, actos que solo pueden referirse al procedimiento penal en sede jurisdiccional, que es lo que le compete al tribunal, y no a la sede administrativa¹⁷.

¹⁵ En el caso de los procedimientos especiales, que se rigen por sus disposiciones pertinentes, ellas priman por sobre las generales, de modo que si existen requisitos especiales debe estarse a ellos. Así por ejemplo, lo dispone el art. 393 que establece un plazo de diez días para efectuar la citación a la primera audiencia.

¹⁶ La citación judicial es definida como “un acto formal que involucra, por una parte, una resolución que ordena la comparecencia y por la otra, la notificación de esa resolución” (Horvitz, M. I. y Lopez, J. *Op. Cit.*, en n. 5, p. 377). Esta citación debe ser efectuada en los términos del Código de Procedimiento Civil, por aplicación del art. 32 del CPP.

¹⁷ Así lo ha sostenido la Il. Corte de Apelaciones de Temuco. A modo de ejemplo, ROL 494-2009, en su considerando segundo ha dicho: “Asimismo, de esos antecedentes aparece que la resolución que ordena el arresto del amparado tiene su fundamento legal en el artículo 33 del Código Procesal Penal, apremio que sólo es procedente para el caso de que la persona citada ante un Tribunal no comparezca al llamado y se exija su presencia “para llevar a cabo una actuación ante el tribunal”, situación esta última que en el caso denunciado no se advierte, comoquiera que la actuación que se pretende realizar no es ante un tribunal sino ante un órgano de la

La citación judicial debe haber sido realizada en forma legal y a la persona del imputado tal como se deduce del inciso 1 del art. 33 ya citado (“...se le notificará...”); no es válida la citación que se realiza por medio del apoderado ya que se exige que ella sea personal. Cumplida esta citación, el imputado debe comparecer salvo que exista una causa justificada para no hacerlo. Ahora bien, para que el imputado pueda justificar el motivo de su ausencia, éste tiene que saber que tiene el deber de informarla. Para saber que lo tiene, ello tiene que serle informado. En consecuencia, al momento de citar al imputado, el funcionario que practica la citación tiene la obligación de informar al citado sobre la totalidad del apercibimiento del artículo 33, esto es, que en caso de incomparecencia injustificada ello dará lugar a ser conducido por medio de la fuerza pública, que quedará obligado al pago de las costas que causare y que pueden imponérsele sanciones, como señalársele que en caso de impedimento deberá comunicarlo y justificarlo, ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible. Se ha sostenido por la jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema, que el apercibimiento del art. 33 es una norma de carácter público y por ende, irrenunciable, norma que va dirigida al juez, quien debe velar por el cabal cumplimiento de ella de modo que si no se efectúa el apercibimiento en forma completa, la detención no puede prosperar¹⁸.

administración...”. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Temuco, ROL466-2009 de 06 de junio de 2009 y Corte de Apelaciones de Temuco ROL 828-2009, de 26 de septiembre de 2009, entre otros.

¹⁸ En ese sentido, la Excm. Corte Suprema ha sostenido en ROL 7211-2008 que: “ 5° Que, por último, según se desprende de lo informado por la Juez recurrida, el apercibimiento al imputado para efectos de su comparecencia a la audiencia del día 6 de noviembre del presente año, se limitó a la advertencia que “si no viene a la audiencia a petición del Ministerio Público el Tribunal va a decretar una orden de detención en su contra”; de modo tal que se incumplió con la obligación de informar al imputado que, en caso de impedimento, deberá comunicarlo y justificarlo ante el Tribunal con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible, y que, además, su ausencia injustificada lo obligará al pago de las costas que causare y eventuales sanciones. 6° Que de lo dicho se sigue que el Tribunal de Garantía no ajustó su proceder a los expresos términos del artículo 33 en

Por último y cumplido este requisito, el tribunal está facultado para decretar la detención. Pero no le es obligatorio el decretarla sino que es una mera facultad, motivo por el cual si el tribunal estima no hacer uso de ella, la ley se lo permite. Como facultad propiamente tal, su uso debe estar suficientemente fundado al tenor del artículo 36 del CPP ya que de lo contrario se incurriría en una arbitrariedad que está vedada en nuestra legislación.

En el caso del inciso 2 del artículo 127, la detención puede ser decretada solo cuando se intenta realizar una audiencia que requiere, para su validez, de la presencia del imputado de modo que si éste, estando legalmente citado no concurre, el tribunal está habilitado para decretar dicha medida cautelar. A modo de ejemplo, la comparecencia del imputado a una audiencia de formalización de investigación¹⁹ o de revisión de medidas cautelares cuando ella ha sido requerida por el Ministerio Público o la que dice relación con la revocación de medidas alternativas²⁰, etc. En esos casos es procedente la detención. Hay casos en los cuales no resulta aplicable este precepto legal, como lo es la comparecencia a una audiencia

comento, norma de orden público, cuyo quebrantamiento amenaza de manera ilegal la libertad personal del imputado en cuyo favor se recurre”.

¹⁹ En igual sentido, la Excm. Corte Suprema en ROLES 4228-07, 5599-09, 4224-2010, 4267-2010, etc. en su parte pertinente, la jurisprudencia asentada a sostenido que: “1.- Que el artículo 127 del Código Procesal Penal contempla el ejercicio de la facultad de los jueces para ordenar la detención de los imputados, distinguiendo dos situaciones diferentes, a saber: la general, del inciso primero, cuando se trata de la obligación de éstos de comparecer al llamado judicial para una audiencia común, y la especial del inciso segundo, cuando dicha audiencia supone la presencia del imputado como condición de la misma; 2.- Que el inciso segundo exige, a diferencia del inciso primero, el cumplimiento de emplazamiento legal previo de la respectiva orden de citación y falta de comparecencia del citado sin causa justificada;

3.- Que en el caso de autos, según se advierte del informe del juez a quo, el amparado no ha sido válidamente emplazado para la audiencia cuyo fin era formalizar la investigación en su contra; en consecuencia, y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 127 inciso segundo, 229 y 231 del Código Procesal Penal, requiriéndose su comparecencia real, antes de disponer su detención, debió haber sido legalmente notificado de la orden que lo cita y haberse puesto, después de ello, en situación de rebeldía, lo que no se cumplió debidamente”.

²⁰ Excm. Corte Suprema, ROL8087-09 de 11 de noviembre de 2009.

de apercibimiento de cierre de investigación o a una de salida alternativa²¹ en los cuales la audiencia se puede realizar de todas formas, aún cuando el imputado no comparezca.

En ambos casos analizados (comparecencia al Ministerio Público y al tribunal), con antelación a ordenar la detención debe existir una citación previa. Tratándose de la comparecencia ante el tribunal, la citación tiene que guardar ciertas formalidades mas no así en el caso de la comparecencia ante el Ministerio Público, citación que puede ser realizada por cualquier medio idóneo. Sin embargo, que sea idóneo debe significar que sea un medio apto para asegurar o garantizar que el imputado haya tenido conocimiento de la citación, lo que debe ser analizado caso a caso y de acuerdo a los antecedentes vertidos en la audiencia respectiva²².

4.2.2. Detención imputativa.

La detención imputativa se define como aquella “que se decreta o practica sin citación previa, con el objeto de asegurar la presencia del imputado a la audiencia en que se pretende formalizar la investigación y, eventualmente, adoptar alguna medida cautelar personal de mayor intensidad en su contra”²³. La norma que la regla es la del inciso 1 del artículo 127 del CPP que exige únicamente que la comparecencia del imputado se vea demorada o dificultada. La doctrina señala que no basta con que la comparecencia se vea demorada o dificultada, sino que también se exige

²¹ Excma. Corte Suprema, ROL 7211-2008, de 25 de noviembre de 2008 respecto a comparecencia del imputado a una salida alternativa.

²² Corresponde analizar si el medio utilizado era apto para que el imputado tomare conocimiento de su obligación de concurrir a dependencias del Ministerio Público en día y hora determinado. Debe quedar constancia en la carpeta fiscal del hecho de haberse practicado la citación como también de la persona que la hizo, su forma de realización, el día y hora, la fecha de la citación, el motivo de la misma, etc. Esa constancia debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 227 del CPP.

²³ Horvitz, M. I. y Lopez, J. *Op. Cit.* p. 364 y sgtes.

que la detención sea absolutamente indispensable a la luz de los fines del procedimiento que se busca proteger, ya que así lo exige el principio de proporcionalidad como también el art. 122 del CPP²⁴.

La detención imputativa puede emanar de una orden judicial o bien concretarse a través de una hipótesis de flagrancia.

4.2.2.a) Orden judicial de detención.

Tal como señala su nombre, ella debe emanar de un órgano jurisdiccional. Además, ese órgano jurisdiccional debe actuar dentro de su competencia y en el ejercicio de sus atribuciones como también dentro de los casos y las formas establecidas en la Constitución y las leyes. Ahora pasaremos a analizar los requisitos de la orden de detención.

4.2.2. a.a). Requisitos de la orden judicial de detención²⁵.

Como hemos visto, las órdenes de detención se dictan por un tribunal competente. Ahora bien, para que dichas órdenes sean legales no basta con que hayan sido decretadas por la autoridad competente sino que deben haber sido dictadas dentro de sus facultades legales y conforme a la ley. Por ello es que resulta muy importante el determinar cuáles son los requisitos legales de toda orden de detención, a saber

i. Debe constar por escrito. La constancia escrita de la orden judicial constituye la regla general en nuestro sistema procesal penal. Los

²⁴ *Ibíd.* p. 366.

²⁵ Estos requisitos son aplicables a toda orden judicial de detención, incluyendo las que se dictan como consecuencia de la falta de comparecencia a una audiencia respectiva.

requisitos de la orden escrita se encuentran establecidos en la ley²⁶, y son los siguientes:

a) *Debe señalarse el nombre y apellidos de la persona que debe ser detenida o aprehendida.* En caso de que ello no sea posible, deben constar las circunstancias que la individualizan o determinan. Tratándose de una medida cautelar dirigida en contra de una persona a la cual se le atribuye participación en la comisión de un delito, dicha resolución no puede ser dirigida a personas indeterminadas ya que la formalización de la investigación, en el caso de que la orden sea decretada para esos efectos, requiere de la presencia de una persona en específico a quien se le informará personalmente sobre la investigación²⁷. También es una garantía para la policía, que es el organismo que diligencia la detención, ya que con esa individualización toma conocimiento de la persona en contra de la cual se dirige la medida cautelar y por ende puede realizar diligencias tendientes a ubicar a su persona. En los casos en los que no sea posible contar con el nombre y apellidos del individuo contra el cual recae la medida cautelar, la orden debe señalar todo aquello que sea indispensable para individualizar o determinar a la persona objeto de la detención. Es importante que la orden contenga una individualización detallada de la persona o de su identidad²⁸, ya que se trata de una medida que priva de

²⁶ Artículo 154 del CPP.

²⁷ De acuerdo al Código Procesal Penal la formalización es la comunicación que se efectúa al “imputado” de que se desarrolla una investigación “en su contra”. Es decir, ella va dirigida en contra de persona determinada.

²⁸ Podría suceder, a modo de ejemplo, que la víctima de un delito individualice al autor del mismo con su apodo y el sector donde aquél vive como también sus características físicas. Con esos datos, el tribunal puede despachar la orden y una vez detenida la persona individualizada, el fiscal solicitar la ampliación de la detención para realizar diligencias de reconocimiento (aunque resulta discutible la ampliación de la detención cuando ella emana de una orden judicial, pero para los efectos del ejemplo, se otorga esa concesión).

libertad a un individuo y que no puede admitir errores en su tramitación, ya que de lo contrario puede acarrear diversas responsabilidades.

b) *Debe señalarse el motivo de la detención.* Uno de los derechos de las personas detenidas es precisamente el conocer el motivo de la detención. Una de las formas a través de las cuales el detenido se entera del porqué de dicha medida cautelar es precisamente a través de la exhibición y entrega que la policía debe hacerle de la orden escrita. Es por eso que el motivo debe constar en ella. Ahora bien, el motivo debe constar en forma clara y específica, a fin de que la persona se interiorice con exactitud del mismo, ya que se trata de un derecho del imputado consagrado en el artículo 94 del CPP. Por ende, la normativa legal que señala los requisitos de la orden escrita debe complementarse con este derecho. Ello se traduce en un señalamiento adecuado, claro, detallado del porqué la persona está siendo detenida. Una vez que tenga conocimiento del motivo podrá en forma libre renunciar a su derecho a guardar silencio y señalar lo que estime pertinente (siempre cumpliendo con los demás requisitos legales relativos a la declaración en calidad de imputado).

c) *Debe indicarse el hecho de que el detenido sea conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de detención que determinará, o bien, el hecho de permanecer en su residencia*²⁹. Tratándose de una orden judicial de detención, el detenido siempre debe ser puesto a disposición del juez que dictó la orden, de acuerdo al art. 131 del CPP. Cuando la ley habla de establecimiento penitenciario u otro lugar de detención debe entenderse que se refiere a la

²⁹ La detención en la residencia del detenido se da cuando existe la causal de justificación contemplada en el artículo 10 n° 6 del Código Penal, detención que se hará efectiva en su residencia, al tenor de lo preceptuado en el art. 138 del CPP.

orden que se dicta cuando, una vez controlada judicialmente la detención, se amplía la detención de acuerdo al art. 132 del CPP³⁰.

Excepcionalmente y en casos urgentes la orden de detención puede ser solicitada y otorgada por cualquier medio. Para que ello proceda es necesario que nos encontremos ante alguna de las hipótesis del artículo 9 del CPP³¹. Sin perjuicio de ello debe quedar constancia posterior de la misma en el registro correspondiente y entregársele al detenido, por el funcionario policial que practique la detención, una constancia de la misma con indicación del tribunal que la expidió, el delito que se imputa y la hora de su expedición. La constancia de esa orden que debe ser entregada al detenido servirá para que el defensor que se encuentre presente en la audiencia de control de la detención la tenga en su poder y coteje el horario en el cual fue detenido el imputado con el horario en el cual aquél fue puesto a disposición del tribunal, servirá para cotejar si el motivo de la detención que se le señaló al detenido es el mismo que el fiscal indica en la audiencia. La razón, es que puede suceder que el fiscal haya solicitado una orden de detención, por ejemplo, por el delito de robo en lugar habitado y posteriormente señale en la audiencia que se le detuvo por receptación,

³⁰ Para aquellos que piensan que en delitos terroristas (Ley 18.314) o de drogas (Ley 20.000) es posible ampliar la detención sin audiencia de control judicial previa, acá encontrarían algún fundamento para justificar su posición ya que al momento de detener al sujeto, por estos delitos, el tribunal debe ordenar que éste sea puesto a disposición de algún recinto público de detención y ese supuesto se daría en esos casos, por ende, el Código reconocería la posibilidad de ampliar la detención sin audiencia previa ya que la hipótesis no se reduce exclusivamente a poner al detenido a disposición del juez. No obstante, no se comparte la posibilidad de ampliar una detención antes de realizar un control judicial de ésta; esta norma y exigencia legal no puede ampliarse a esos casos cuya discusión resulta excepcional dada la imperativa forma de interpretar toda norma que restrinja o prive de derechos a los imputados, establecida en el art. 5 del CPP. El señalamiento de ser puesto a disposición de un lugar de detención público más bien se refiere a aquellos casos en que la detención se practique en un horario en el que el tribunal no se encuentre funcionando en horario de despacho.

³¹ Esta excepción no se aplica a los casos de órdenes de detención por falta de comparecencia, ya que en ellas existió citación previa.

como una forma de justificar las posteriores peticiones en caso de no contar con antecedentes de participación en el robo. Por ello es importante siempre el solicitar al detenido la copia de la constancia y tenerla a la vista al momento de la audiencia.

Por último, es importante señalar que la orden verbal debe ser tramitada en forma inmediata y en el menor tiempo posible precisamente porque se emite en casos urgentes, esto es, de peligro concreto de no poder cumplir con los fines del procedimiento en caso de no otorgarse (que en el caso concreto de la detención, busca proteger como se dijo, la actuación de la ley penal y el correcto establecimiento de la verdad). Por ende, si dicha orden no se diligencia en un tiempo inmediato³² pierde validez y debe solicitarse por escrito. De lo contrario, diligenciar esa orden verbal en un tiempo que no amerite la urgencia por la cual se solicitó transforma esa posterior detención en ilegal. Así, la jurisprudencia ha sostenido que un espacio de tiempo de días, entre la expedición de la orden verbal y su cumplimiento efectivo, es ilegal³³.

ii. La orden debe serle intimada en forma legal. Así lo establece la letra c) del numeral 7 del artículo 19 de la CPR, exigencia que se ve reiterada en el art. 125 del CPP³⁴. Este requisito resulta relevante, ya que la falta de

³² Que podríamos entender sea uno no superior a doce horas como define la inmediatez el art. 130 inciso final del CPP.

³³ La Corte de Apelaciones de Temuco, en fallo ROL 139-2009 de 13 de febrero de 2009, sostuvo que: “SEPTIMO: Que sin bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 9 del Código Procesal Penal, contempla la posibilidad de otorgar órdenes o autorizaciones por cualquier medio idóneo que garantice rapidez, como lo es el verbal, ello está reservado para casos urgentes, en que la citada celeridad sea indispensable para garantizar el éxito de la diligencia de la que se trate. OCTAVO: Que el espacio de tiempo transcurrido en el presente caso entre la dictación de la orden judicial y la verificación fáctica de la misma, seis días, hace que el mismo escape de la hipótesis antes referida, resultando ilógico que en dicho margen de tiempo no se haya podido obtener la orden en cuestión de manera escrita, como lo es la regla general”, lo que ratifica la necesidad de diligenciación inmediata.

³⁴ El artículo 19 n° 7 letra c) de la CPR prescribe: “c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por ley y después de que dicha orden le fuere

intimación de la orden de detención constituye una infracción a las normas legales y constitucionales, lo que la hace ilegal. No es una mera formalidad, ya que la intimación es la forma a través de la cual el imputado toma conocimiento de la existencia de la medida cautelar decretada y del motivo por el cual recayó en su persona, como también del delito y participación atribuida. La orden debe serle exhibida al detenido, tal como lo prescribe el artículo 94 letra a) del CPP.

4.2.2. a.b). Procedimiento de cumplimiento de la orden de detención.

Una vez detenido, el imputado debe ser conducido en forma inmediata ante la presencia del juez de garantía que expidió la orden. Ahora bien, cuando la detención se produce en un horario en que el tribunal no funciona en despacho el imputado podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta la primera audiencia judicial. Pero nunca el período de tiempo de la detención puede exceder de 24 horas. Que la conducción sea inmediata significa que no haya retardos innecesarios o indebidos que sirvan como excusa para realizar diligencias con la persona del imputado o bien otras diligencias que funden una demora innecesaria en la conducción del detenido al tribunal. Ello se desprende del sentido natural y obvio del vocablo “inmediatamente”, que significa, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción “Sin interposición de otra cosa” y en su segunda “Ahora, al punto, al instante”. En consecuencia, al momento de detener a una persona mediante una orden judicial no debe

intimada en forma legal”; el Art. 125 del CPP dice “Procedencia de la detención. Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal”.

existir dilación alguna que se justifique en la realización de diligencias de investigación con su persona que impliquen un retardo en su comparecencia al tribunal. Ello tornaría la detención en ilegal.

El procedimiento de la detención se agota cuando el imputado es puesto a disposición del Juzgado de Garantía. Se entiende que el imputado es puesto a disposición del juez con el hecho de que las policías dejen al detenido bajo la custodia de personal de Gendarmería que se encuentra en el tribunal³⁵. En cuanto a la contabilización del plazo de 24 horas que puede durar como máximo la detención, éste se inicia desde el momento en el que se detiene a la persona hasta que ella es recibida por personal de Gendarmería que se encuentra en el tribunal. Cuando surjan dudas con respecto a la duración de la detención es siempre necesario verificar el horario de recepción del detenido por parte del personal de Gendarmería que se encuentra en el tribunal como también el horario de la detención en sí. En aquellos tribunales en los cuales no existen funcionarios de Gendarmería debe siempre algún funcionario del tribunal certificar el horario de llegada del detenido al mismo a fin de poder contabilizar el plazo de 24 horas establecido en la ley. En todos los casos es deber de la defensa el exigir que se estampe la hora en la cual es recepcionado el detenido en el tribunal para que en caso de haberse excedido el plazo, el

³⁵ El inciso final del artículo 131 del CPP prescribe lo siguiente: “Para los efectos de poner a disposición del juez al detenido, las policías cumplirán con su obligación legal dejándolo bajo la custodia de Gendarmería del respectivo tribunal”. Esta obligación debe ser cumplida no solo para los casos en que la detención emane de una orden judicial sino que también para los casos de detención por flagrancia. Ello se deduce de la ubicación lógica de dicha regla, la que se encuentra en el inciso final del art. 131, precepto que trata la detención emanada de una orden judicial como de una detención por delito flagrante.

tribunal que va a resolver sobre la legalidad de la detención tenga a la vista algún antecedente que permita fundar su resolución³⁶.

4.2.2. a.c). Tribunal competente para dictar la orden judicial de detención y para conocer de la audiencia de control de la detención.

Por regla general, el tribunal que conoce el procedimiento investigativo (juez natural) es el que se pronunciará sobre todas las autorizaciones de actuaciones que priven, restrinjan o perturben el ejercicio de derechos asegurados por la CPR³⁷. Sin embargo, en casos excepcionales el Ministerio Público podrá solicitar al juez de garantía del lugar donde se deba hacer efectiva la orden, la autorización para proceder a la detención debiendo siempre, una vez cumplida aquella, dar cuenta al juez de garantía del procedimiento³⁸.

4.2.2. a.d). En cuanto al tribunal competente para controlar la detención. Para los efectos de determinar cuál es el juez competente, hay que efectuar una distinción en relación al lugar donde se hizo efectiva la

³⁶ Sobre todo con la entrada en vigencia de la Ley 20.053 que modificó el CPP y permite apelar la ilegalidad de la detención en algunos casos.

³⁷ Inciso 1 del artículo 70 del Código Procesal Penal: “Art. 70. Juez de Garantía competente. El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que dé lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución”.

³⁸ Así lo dispone el artículo 70 inciso final del Código Procesal Penal: “En los demás casos, cuando debieren efectuarse actuaciones fuera del territorio jurisdiccional del juzgado de garantía y se tratare de diligencias u órdenes urgentes, el Ministerio Público también podrá pedir la autorización directamente al juez de garantía del lugar. Una vez realizada la diligencia o cumplida la orden, el Ministerio Público dará cuenta a la brevedad al juez de garantía del procedimiento”. Es el Ministerio Público quién tiene la “facultad” de solicitar la orden a uno u otro tribunal, sin embargo, como facultad discrecional, ella debe ser motivada tanto en los hechos como en derecho desde que las actuaciones facultativas del órgano persecutor están sometidas al debido proceso, que de acuerdo a la Carta Fundamental no sólo se encuentra en los procedimientos sino que en las investigaciones, las que deben ser racionales y justas (art. 19 n° 3 inciso 5). Por lo anterior, y cuando suceda esa situación, es necesario solicitar los fundamentos que motivaron esa decisión, considerando las circunstancias particulares del caso para determinar si existe afectación a alguna garantía del imputado, por ejemplo, lo complejo de la investigación que impide al juez del lugar donde deba practicarse la detención, el conocer todos los antecedentes investigativos (expuestos por el fiscal en forma verbal) que le permitan resolver adecuadamente respecto de la medida cautelar.

detención atendiendo a la jurisdicción de la Corte de Apelaciones respectiva:

Así, si la detención se practicó en un lugar ubicado fuera del territorio jurisdiccional del juez natural, esto es, de aquel que la emitió, pero tanto el tribunal de origen como aquel en el cual se hizo efectiva la detención dependen jurisdiccionalmente de una misma Corte de Apelaciones, debe conocer de la audiencia de control de la detención el tribunal que emitió la orden, no estándole permitido al juez delegar este control en otro tribunal. Lo anterior se ve corroborado en el art. 131 CPP, que ordena poner al detenido a disposición del juez que expidió la orden. Ello resulta del todo lógico, ya que es ese el tribunal que conoce de los antecedentes que fundaron la petición de detención y es él quién debe exponerlos en la audiencia para que la defensa tome conocimiento de ellos y realice las alegaciones pertinentes de acuerdo al ejercicio de una adecuada defensa técnica.

Si la detención se produce en el territorio jurisdiccional de un tribunal que no depende jurisdiccionalmente de la misma Corte de Apelaciones del juez que emitió la orden, la ley le otorga a aquél (tribunal donde se produjo la detención) competencia para conocer de la audiencia de control de la detención pero siempre y cuando el juez que hubiere emitido la orden judicial tenga competencia en una ciudad asiento de Corte de Apelaciones³⁹.

4.2.3. Detención en casos de flagrancia.

³⁹ La excepción se encuentra en aquellos casos en los que la orden emana de un juez de garantía de la Región Metropolitana y la detención se practica dentro del territorio jurisdiccional de la misma, caso en el cual será siempre el juez natural quien deberá conocer del control de la detención.

Como se señaló anteriormente, nuestra legislación ha establecido como regla general la procedencia de la detención emanada de una orden decretada por un juez. La excepción es la detención en casos de flagrancia⁴⁰. Ello trae consecuencias, como por ejemplo la necesaria interpretación restrictiva de las hipótesis de flagrancia, la restricción de las facultades de las policías en las diligencias que circunscriben la detención, la aplicación de la última ratio⁴¹ como principio que funda la detención y su cese versus las facultades del fiscal para ordenar mantenerla⁴², etc.

Quiénes pueden detener a una persona que se encuentra en alguna de las hipótesis de flagrancia, son las siguientes:

i. Cualquier persona. Para que cualquiera pueda detener a una persona debe configurarse una hipótesis de flagrancia⁴³. La obligación que tienen estas personas es la de entregar inmediatamente al detenido a la policía o a la autoridad judicial más cercana. Al igual que la orden de detención, la entrega a la policía o autoridad debe ser realizada sin demora, sin ningún tipo de dilación ya que de lo contrario esa detención se tornaría ilegal e

⁴⁰ En este sentido, Gutiérrez., I.: El delito flagrante, [en línea] Artículos Doctrinarios de la Revista Procesal Penal. Disponible en internet http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/DOCTRINA&vid=LNChile:212&dtaid=1894416&docID=, quién dice que: “la regla general, el pilar sobre el cual descansa la materia en nuestro derecho es que la detención de una persona sólo puede ser dispuesta mediante una orden expedida por un funcionario público competente. La detención en delito flagrante por parte de personas distintas del funcionario competente y sin orden previa es una excepción”. Además, cita el Instructivo General n° 19 del Sr. Fiscal Nacional, dirigido a las policías en donde se indica que “La definición de los casos constitutivos de flagrancia debe ser interpretada restrictivamente. Por lo anterior, en caso de duda los funcionarios deben abstenerse de detener, poniendo los antecedentes a disposición del fiscal, para que éste resuelva lo que estime pertinente”.

⁴¹ Es decir, sólo en aquellos casos en que sea absolutamente indispensable para asegurar la realización de los fines del procedimiento.

⁴² Por ejemplo, en el caso de la detención por el delito de manejo en estado de ebriedad simple, en el que la detención constituye la excepción y la citación la regla general, debiendo evaluarse caso a caso el cumplimiento de los requisitos legales que la permiten.

⁴³ Lo anterior constituye un argumento más para apreciar que en nuestro ordenamiento jurídico la detención es visualizada como una cuestión de hecho, que debe ser ponderada a la luz de los antecedentes en concreto, no siendo factible reducir el análisis de la legalidad de la detención a factores meramente jurídicos.

incluso aquellos que detienen pueden incurrir en un delito. Cabe agregar que la ley faculta a las personas civiles a practicar la detención, no los obliga, de modo que no existe ningún deber de garante por parte de los ciudadanos de evitar la consumación de un delito por lo que no pueden responder por la omisión.

ii. Tribunales de la República. Cualquier tribunal sea o no criminal puede ordenar la detención por delito flagrante, cuando éste se esté cometiendo en la sala de su despacho. No obstante, la ley restringe la posibilidad de ordenar la detención a la comisión de crímenes o simples delitos, mas no de faltas de modo que no opera la aplicación del art. 134 inciso 3.

iii. Las policías. Las policías tienen la obligación de practicar la detención de toda persona que se encuentre en una situación de flagrancia de modo que si no cumplen con su deber pueden incurrir en sanciones administrativas o incluso penales⁴⁴. Además, las policías tienen la obligación de detener a toda persona que hubiere quebrantado su condena, que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, al que infringiere flagrantemente las medidas cautelares decretadas por un tribunal y al que violare la condición de la letra b) del art. 238 del CPP de la suspensión condicional del procedimiento, consistente en abstenerse de frecuentar determinadas personas; inclusive les está expresamente permitido el ingresar a lugares cerrados, sean muebles (ejemplo, un vehículo) o inmuebles para practicar la detención de una persona, respecto de la cual se encuentren en actual persecución. Esta facultad debe ser interpretada restrictivamente ya que

⁴⁴ Inciso 2 del art. 129 del Código Procesal Penal: “Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito”.

constituye una excepción a las reglas generales de entrada o ingreso a lugares cerrados. Una persecución actual debe ser considerada aquella en la cual la policía no deja de percibir por ninguno de sus sentidos a la persona que se persigue, de modo que si ello deja de ocurrir, se pierde la actualidad y, por ende, debe recurrirse por parte del funcionario aprehensor a las reglas generales de entrada a lugar cerrado.

4.2.3.a). Casos en los cuales procede la detención por flagrancia.

Tratándose de simples delitos o crímenes cuya persecución se realiza a través de la acción penal pública, la detención es, por regla general, procedente. Excepcionalmente también lo es cuando se trata de delitos cuya persecución exige previa instancia particular cuales son los casos de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quater del código punitivo. En el caso de la detención por delitos de acción privada, no resulta procedente la detención porque el legislador no lo ha previsto en forma expresa, ni mediante orden de detención ni mediante flagrancia, operando en plenitud la interpretación restrictiva del art. 5 del CPP⁴⁵, salvo cuando se trata de la detención por falta de comparecencia, la que es procedente de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 405 en relación a los artículos 393 y 33, todos del CPP. En cuanto a las faltas, la mayoría de ellas no habilitan a la detención, sino que sólo la citación de acuerdo a lo previsto en el artículo

⁴⁵ Inclusive la detención por orden judicial del art. 127 inciso 1 del Código Procesal Penal, no procede en los delitos de acción penal privada ya que sólo el ministerio público puede efectuar dicha solicitud y no el querellante.

124 del CPP⁴⁶. Las excepciones a la improcedencia de la detención en caso de faltas se encuentran en el inciso 3 del artículo 134 del CPP⁴⁷.

De igual manera, hay delitos que no permiten la detención y ellos se encuentran contemplados en el artículo 124 del CPP. Ellos son los simples delitos que no se encuentran sancionados con penas privativas o restrictivas de libertad (ejemplo: la usurpación).

No obstante, la detención procederá siempre cuando el imputado no concurra a las actuaciones ante el tribunal de acuerdo a lo dispuesto en el art. 33 del CPP (detención por incomparecencia)⁴⁸. 4.2.3.a.b. Hipótesis de flagrancia contempladas por el legislador.

Ellas han sido establecidas en el artículo 130 del CPP en forma taxativa, no enunciativa, lo que se traduce en que la flagrancia no puede ser invocada en los casos que no estén expresamente contemplados en la ley. Flagrancia según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “cualidad de flagrante”. Flagrante, según el mismo diccionario, en su segunda acepción significa “que se está ejecutando actualmente” y en su acepción tercera “de tal evidencia que no necesita pruebas”. “En flagrante” significa, según el mismo diccionario “En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir”. De los significados anteriores, se puede desprender que el legislador ha utilizado la segunda acepción dada por la RAE para definir la primera hipótesis de flagrancia que veremos a continuación. Pareciera ser que la acepción más acertada

⁴⁶ Art. 124. Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiere a faltas...no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación”.

⁴⁷ Inciso 3 del art. 134: “el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código penal, en los artículos 494, N° 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233; 494 bis, 495 n° 21, y 496 n° 5 y 26.”

⁴⁸ Inclusive en los delitos de acción penal privada.

para definir todas las hipótesis de flagrancia es la tercera, es decir, que no se requieran pruebas para que la participación del detenido sea evidente en el delito. El señalamiento por parte de la víctima o de testigos presenciales o de rastros del delito en el detenido o sus vestimentas, no son pruebas que la policía haya tenido que recabar a través de diligencias durante el período previo a practicar la detención sino que resultan evidentes con el sólo señalamiento de la víctima o testigos presenciales de la(s) persona(s) autora(s) o cómplice(s) del delito o con su arribo al sitio del suceso y las actuaciones necesarias para determinar la forma de comisión del hecho punible, mas no se trata de diligencias tendientes a la averiguación de la persona del autor o cómplice del mismo. Por ende, debe concluirse que para que se cumpla con cualquiera de las hipótesis de flagrancia no deben haberse realizado diligencias previas que permitan determinar la persona del detenido, como autor o cómplice, sino que sólo debe cumplirse con lo establecido en la ley, que es lo que se verá a continuación. De lo anterior es posible concluir que para que concurra una hipótesis de flagrancia hay que partir de la premisa de que el delito por el cual se detiene ha de ser perceptible por los sentidos, cualquiera de ellos⁴⁹. Esa percepción debe estar presente tanto al momento de la comisión del delito como al momento de la detención, sea por parte de la víctima, de los

⁴⁹ En este sentido, Millán. I. en Op. Cit. En n 40, quien explica que “la palabra flagrante viene del latín “flagrans-flagrantis”, participio activo del verbo flagrar, que significa “arder o resplandecer como fuego o llama”. Demuestra de esta forma algo que se presenta de alguna forma perceptible a los sentidos, por cualesquiera de ellos, no necesariamente el visual” y señala más adelante que “es flagrante aquello que es evidente, que permite asociarse a un delito recién cometido sin recurrir a inferencias, deducciones o especiales análisis, menos aún a meras sospechas. La flagrancia se opone de esta forma tanto a aquellas conclusiones accedidas por mero capricho o arbitrio, como a las meras sospechas, indicios o inferencias, en que la realidad del delito o la participación son fruto de un trabajo intelectual de deducción a partir de elementos que por sí solos no constituyen per se un delito. En la flagrancia, lo que se percibe da cuenta de un alto grado de certeza, en forma inmediata y por sí solo de la existencia de un delito y la participación de una persona”. Hay que agregar a lo anterior, que la perceptibilidad por los sentidos se refiere no a cualquier persona, sino sólo a aquellas que individualiza el art. 130 del Código Procesal Penal. en sus hipótesis (víctima, testigos presenciales).

testigos presenciales o del sujeto que practica la detención. Siempre debe haber algún sentido que permita sindicar al individuo sobre el cual recae la detención como autor o cómplice del delito por el cual se detiene, sea que éste se esté cometiendo, se acabe de cometer o nos encontremos dentro del período de doce horas que indican algunas de las hipótesis del artículo 130 del CPP.

Las hipótesis son las siguientes:

1.- *El que actualmente se encontrare cometiendo el delito.* En este caso, la persona en contra de la cual recae la detención tiene que estar cometiendo el delito, es decir, el delito no tiene que estar agotado sino que en etapa de ejecución. Lo anterior se desprende del término “actualmente”, que significa, según la RAE, “en el tiempo presente”. Como la ley habla de delito, es exigencia, para poder practicar la detención, la exteriorización de algún acto por parte del detenido dirigido a cometer el hecho punible que al menos constituya principio de ejecución del mismo, mas no resulta aplicable esta medida cautelar a los actos preparatorios desde que ellos no son punibles, por ende, no son delictivos⁵⁰. En efecto, por actos preparatorios es menester entender aquellos que tienen por objeto sea facilitar o hacer posible la ejecución del delito, pero que a la vez, no constituyen tentativa⁵¹. No siempre resulta clara la distinción entre actos preparatorios y tentativa. De hecho, la doctrina hace la distinción entre uno y otro considerando diferentes aspectos: así, algunos hacen la

⁵⁰ Como siempre, en el derecho hay excepciones, las que están dadas por leyes especiales, como por ejemplo el castigo de la conspiración o proposición de comisión de determinados delitos, como sucede en la Ley 20.000.

⁵¹ El Código Penal la define, en su artículo 7 inciso 3, como: “Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento”.

diferenciación basándose en la adecuación típica de la conducta⁵²; otros en la presencia o ausencia de lesión o puesta en peligro del bien jurídico⁵³ y también los hay aquellos que fundan su parecer en el principio de ejecución⁵⁴. En este caso, creemos que el acto preparatorio debe ser entendido como aquel que es apto para violar la norma legal que describe la conducta típica pero que, por sí mismo, carece de la fuerza necesaria para afectar o poner en peligro el bien jurídico que ella protege (dependiendo si se trata de delitos de lesión o de peligro), requiriendo en consecuencia de otros actos posteriores, igualmente aptos, para obtener la fuerza necesaria que permita lesionar o poner en peligro el bien jurídico. De esta manera, se restringe la posibilidad de practicar la detención solo a aquellas conductas que por sí mismas pueden afectar bienes jurídicos, que no son sino los objetos jurídicos de los delitos en particular.

2.- *El que acabare de cometerlo*. El delito ya cumplió con todas las etapas de su ejecución y no queda nada pendiente. Acabare viene de acabar y la RAE, en su acepción más exacta la define como “poner o dar fin a algo, terminarlo, concluirlo”. En esta hipótesis, el delito ya se cometió, pero la detención debe practicarse inmediatamente después de concluido el delito

⁵² En ese sentido, Von Hippel, R.: *Deutsches Strafrecht*, reproducción de la edición de 1930, Berlín, 1971, p. 398, citado por Politoff, S.: *Los Actos Preparatorios Del Delito Tentativa y Frustración*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 42y ss., quién sostiene que “Son Actos preparatorios aquellos que temporalmente preceden a la acción típica, cuyo proyecto deben posibilitar o facilitar, pero no son todavía subsumible en el tipo delictivo, es decir, que no son todavía típicos”.

⁵³ Fernández, J: Derecho Penal Fundamental, Tomo II, Bogotá, 1989, p. 26: citado por Politoff, S. en Op. Cit. n° 52, p. 43, quién señala que “[es preparatorio el acto que] aunque comience a realizar el plan del autor, no interfiere todavía en forma alguna con el bien jurídico que se pretende atacar no con su ámbito de defensa o protección, de suerte que no puede dañarlo ni le ofrece hasta el momento una amenaza suficientemente concreta y unívoca”.

⁵⁴ Novoa, E.: “Algunas consideraciones acerca de la tentativa”, en Revista de Ciencias penales, enero-julio 1961, N° 1, T. XX, pp. 3-32, Citado por Politoff, en Op. Cit. n° 52, p. 43. Indica dicho jurista que son actos preparatorios aquellos “mediante los cuales el delincuente dispone los medios o las circunstancias apropiados para cometer su delito, pero que jurídicamente no alcanzan a constituir actos de ejecución”.

y no debe haber alcanzado a huir el hechor ya que de lo contrario, nos encontraríamos en la hipótesis siguiente.

3.- El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice. Para que se cumpla con esta hipótesis deben concurrir tres requisitos: que la persona a detener sea autor o cómplice del delito cometido; que dicho autor o cómplice huya del sitio del suceso (entendiéndose por tal el lugar donde se cometió el delito); y que además la víctima o un tercero lo designen como participe. Para ello, debe operar una sindicación, es decir, un señalamiento y por ende el detenido no debe haber sido perdido de vista o dejado de percibir por alguno de los sentidos de aquel que lo sindicada como autor de un hecho delictivo. En el caso de haber sido perdido de vista o por algún otro sentido, ya no nos encontramos ante esta hipótesis de flagrancia, sino que, en el mejor de los casos, en alguna de las que siguen.

4.- El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlos. La ley define lo que se entiende por tiempo inmediato, siendo uno no mayor de 12 horas que se cuenta desde la comisión del delito hasta la captura del hechor. Sin embargo, no basta que transcurra este tiempo sino que además es exigencia la existencia de ser encontrado el detenido con objetos procedentes del delito o bien con señales del mismo. Estas señales u objetos tienen que ser encontradas en el detenido o bien en sus vestimentas y ellas a la vez deben permitir una sospecha a su participación

en el mismo. Otra de las hipótesis consiste en que éste sea encontrado con armas o instrumentos que hubieren sido empleadas para cometerlo. En este último caso, las armas o instrumentos deben estar directamente relacionadas con el delito cuya participación se investiga y no con otro diverso, ya que el detener al imputado por portar otras armas o instrumentos adolecería de ilegalidad⁵⁵. Para ello, la víctima debe señalar a la policía que el delito se cometió mediante la utilización de armas o instrumentos antes de que se haga efectiva la detención, porque en caso contrario, no se cumplirían los requisitos exigidos por la norma y la detención sería ilegal⁵⁶.

5.- El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalen como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato. Al igual que la hipótesis anterior, el tiempo inmediato es de 12 horas. Ello tampoco basta por sí solo para configurar esta hipótesis sino que además se requiere que exista una víctima o bien uno o unos testigos presenciales que señalen al detenido como autor o cómplice del delito. Ellos son los únicos titulares para efectuar dicho señalamiento. Se excluyen los testigos de oídas como cualquier otra

⁵⁵ Cabe tener presente que no se trata en este caso de un control de identidad, el que sí habilita para el registro de las vestimentas, permitiendo detener a una persona en caso de flagrancia, lo que podría suceder con el porte de armas del art. 288 bis o de la ley de control de armas. Sin embargo, si se trata de una detención y no de un control, la hipótesis debe ser analizada restrictivamente al tenor de los supuestos fácticos de la norma que habilitan la detención, la que deberá fundar la detención por esos hechos, pero no por los que anteriormente se investigaban.

⁵⁶ En el caso de los instrumentos utilizados para la comisión del delito, no es siempre imperativo que la víctima sea la que señale la utilización, ya que puede tratarse, por ejemplo, de un delito de robo en lugar habitado cometido mediante el uso de ganzúas, y la víctima no tiene porqué conocer específicamente el instrumento utilizado. Pero quienes sí tienen que haber tenido conocimiento del o de los instrumentos posiblemente utilizados son los funcionarios de la policía, quienes dentro del plazo de doce horas, y al haber concurrido al sitio del suceso tienen que inspeccionarlo y deducir en forma aproximativa cual fue el instrumento utilizado para que al momento de la detención se tenga claridad de que nos encontramos ante esta hipótesis de flagrancia. Si la detención, en base a esta hipótesis, se produce y en forma posterior la policía toma conocimiento de que se utilizó un instrumento idóneo y similar al que llevaba en su poder la persona detenida, la detención debe ser declarada ilegal por falta de cumplimiento de este requisito.

persona que no sea de las mencionadas. En el caso de la víctima, ella debe reclamar auxilio, es decir, pedir “ayuda, socorro o amparo”⁵⁷. No se encuentra dentro de esta situación la víctima que sufre un delito pero que no reclama auxilio inmediatamente sino que lo hace con posterioridad, ejecutando otros actos no vinculados con el delito, para en forma posterior denunciar el hecho o pedir ayuda, aún cuando no hayan transcurrido las doce horas exigidas por la ley⁵⁸. Ello impide la flagrancia ya que no hubo reclamo de auxilio, en el entendido de que ello se refiere a la posterior e inmediata actitud de la víctima frente al hecho punible. En el caso de los testigos, estos tienen que ser presenciales del delito, es decir, tienen que haber percibido por sus sentidos el hecho delictivo y efectuar el señalamiento en el mismo periodo exigido para el reclamo de auxilio. No se encuentran en esta situación los testigos de oídas que reconocen o señalan al detenido como autor o cómplice. La R.A.E., en su acepción más adecuada a la norma, define señalar como “nombrar o determinar persona, día, hora, lugar o cosa para algún fin”. Ello significa que el detenido debe ser nombrado o determinada su persona para lograr la detención, por ende, no se encuentra dentro de esta hipótesis, por ejemplo, el posterior reconocimiento que ellos hacen a una persona que ya se encuentra detenida, sino que el señalamiento debe llevar a la detención, es decir, ser previo a ella.

⁵⁷ Así lo define la R.A.E.

⁵⁸ Puede suceder, por ejemplo, que la víctima de amenazas en violencia intrafamiliar en forma previa a llamar a la policía concurra donde alguna vecina, converse, haga otras actividades y posteriormente llame a carabineros solicitando ayuda. Ello no constituye esta hipótesis, porque si bien el delito se cometió en el tiempo “inmediato” señalado por la ley, no hubo un reclamo de auxilio oportuno, lo que impide configurar todas las exigencias legales. En ese caso, no quedará sino solicitar la orden judicial de detención. De lo contrario, existe una ilegalidad.

Para efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas. La parte final del art. 130 del CPP sólo tiene por objeto darle un contenido determinado a lo que se entiende por inmediatez, pero ya vimos que eso no basta, sino que todos los otros requisitos, copulativos por lo demás, deben darse antes de que se cumpla dicho plazo. Cualquier diligencia tendiente a encontrar objetos, instrumentos, armas o a la persona del autor o cómplice, que se realicen en forma posterior a la detención (entendida como una cuestión fáctica) impiden considerar legal a la misma.

4.2.3. a.c). Procedimiento en caso de detención por hipótesis de flagrancia.

En caso de detención por flagrancia, la policía debe informar al fiscal de turno respecto de la misma. El plazo máximo que tiene la policía para cumplir con esta obligación es el de doce horas, las que se cuentan a partir de la detención propiamente tal. Entendemos que ese plazo se cuenta desde que el imputado ha estado efectiva y fácticamente privado de su libertad ambulatoria, de acuerdo a lo señalado en este documento. Una vez informado el fiscal respecto de la detención, aquél podrá ordenar la libertad del imputado⁵⁹ o bien ordenar que éste sea puesto a disposición del juez para la realización de la audiencia respectiva. Lo anterior opera únicamente en caso de detención por flagrancia ya que si ella emana de una orden judicial sólo el juez podría, eventualmente, dejarla sin efecto⁶⁰.

⁵⁹ Previamente el fiscal ordenará se compruebe el domicilio del imputado y se le aperciba de acuerdo al art. 26 del CPP de su obligación de señalar domicilio. Es lo que sucede generalmente en la práctica.

⁶⁰ No obstante, en este último caso, si el imputado ya se encuentra detenido y estando en esa situación procesal se realizan diligencias con su persona (como por ejemplo, una declaración) la detención debe ser controlada en audiencia y no ser dejado en libertad, porque eso implicaría

En caso de ordenar que el detenido sea conducido a la presencia del juez ello debe efectuarse dentro del plazo máximo de veinticuatro horas desde que se practicó la detención. En el caso de que el fiscal decida poner al detenido a disposición del juez, en ese acto deberá dar conocimiento de ello al abogado de confianza del detenido, en caso de que lo tuviere o a la Defensoría Penal Pública en caso contrario⁶¹. Por ende, debe consultársele (por la policía) al detenido si cuenta con abogado de confianza o no y ello ser informado al fiscal. Ello (obligación de informar al abogado de confianza o a la Defensoría Penal Pública) es un deber que la ley le impone al fiscal, de modo que su omisión (al provenir dicha obligación de una norma imperativa, irrenunciable y de derecho público) acarrea la ilegalidad de la detención además de las consecuencias administrativas que puedan emanar de ella. Este deber tiene por objeto resguardar el derecho a la defensa letrada y técnica que tiene toda persona imputada y detenida. De modo que su omisión, por ese solo hecho, acarrea un perjuicio que se presume desde que recae sobre un derecho fundamental⁶². En caso de que el fiscal nada le señale a la policía respecto a qué hacer con la persona del detenido los agentes policiales deben poner a disposición del tribunal a aquél. Como se dijo anteriormente, se entiende que la policía cumple con la obligación de poner a disposición del tribunal al detenido, cuando lo deja bajo la custodia de Gendarmería que se encuentra en el tribunal que controlará la detención.

desvirtuar la naturaleza y fines de la medida cautelar, lo que se traduce en el ejercicio abusivo de facultades por parte del fiscal y del juez.

⁶¹ Lo mismo es reiterado en el artículo 134 inciso 5, al referirse a la detención, excepcional, por ciertas y determinadas faltas.

⁶² La presunción es tal de acuerdo al artículo 160 del CPP.

En el caso de que una persona fuere flagrantemente sorprendida cometiendo una falta (salvo las que permiten detención) o simple delito que no es castigado con una pena restrictiva o privativa de libertad, sólo es procedente la citación. Sin embargo, al momento de ser sorprendida flagrantemente, la policía puede registrar sus vestimentas, vehículo o equipaje⁶³ y conducirla al recinto policial, sólo para los efectos de practicar en dicho lugar la citación. En este último punto es necesario tener presente que la posibilidad de conducir a la persona al recinto policial es sólo, única y exclusivamente para citarlo, por lo que no cabe la realización de ninguna diligencia con su persona ya que ellas excederían el marco normativo de facultades que la ley le otorga a la policía lo que traería como resultado la posterior nulidad de esas diligencias o actuaciones a fin de excluirlas de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 276 del CPP.

4.2.3.b). Atribuciones de la policía en caso de detención por flagrancia.

Cuando una persona es detenida en alguna de las hipótesis de flagrancia, la policía que se encuentra en persecución del detenido (obviamente antes de concretar la detención) está facultada para ingresar a lugares cerrados, sean muebles o inmuebles, sin autorización de su dueño pero únicamente para los efectos de practicar la detención. Ello significa que si en el lugar cerrado donde se oculta o huye el imputado se encuentran especies, objetos o instrumentos provenientes de otros delitos o que no digan relación con el delito por el cual se le persigue, no es posible a la policía incautar los mismos o detener al imputado atribuyéndole participación en

⁶³ Inciso 2 del artículo 134 del CPP.

ellos, ya que la facultad es sólo para detener. Lo contrario sería dar atribuciones no expresamente contempladas en la ley a la policía, atribuciones que limitan el derecho a la propiedad, por ende, se estaría interpretando la normativa legal contra ley⁶⁴. También le es posible a la policía entrar y registrar lugares cerrados sin autorización judicial ni el consentimiento expreso del propietario o encargado del mismo, cuando existieren llamadas de auxilio de personas que se encontraren en ese recinto u otros signos evidentes que indicaren que en dicho lugar se está cometiendo un delito⁶⁵.

LA PRISIÓN PROVISIONAL

La situación de prisión preventiva de libertad es la excepción a la regla general de la libertad, al ser ésta un valor superior del ordenamiento jurídico, estableciendo el artículo 17 de la CE el derecho a no ser preso preventivamente, salvo las excepciones establecidas por la ley, debiendo interpretarse las normas que restringen aquel derecho de una forma restrictiva. Además el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal expone que la detención y la prisión provisional se deberán practicar en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

En relación con el sustento jurídico de la adopción y su mantenimiento de la prisión provisional, el Tribunal Constitucional ha destacado (STC de 7 de abril de 1997, recordando lo dicho en las núms. 128/1995 y 62/1996) que,

⁶⁴ Ello de acuerdo al artículo 5 del CPP.

⁶⁵ Ver inciso primero del artículo 206 del CPP.

además de su legalidad, la legitimidad constitucional de esta medida exige tanto su configuración como su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, fines que pueden concretarse en la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en plano distinto, pero íntimamente relacionado, la reiteración delictiva como presupuestos fundamentales.

De conformidad con el artículo 503 LECrim, para acordar la prisión provisional es necesario, en primer lugar, que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de una condena por delito doloso.

En segundo lugar, es necesario que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Por último, también es necesario que la prisión provisional persiga alguno de los fines previstos en la ley. En este caso, es necesario acordar la prisión para asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Para valorar la existencia

de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido que se regula en el título III del libro IV de esta Ley.

La relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga -y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de Justicia- resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de acometer una huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia. Sin embargo, ese dato objetivo inicial y fundamental no puede operar como único criterio a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos como son las características personales del inculcado, y fundamentalmente su arraigo familiar, profesional y social.

Así la gravedad de las penas señaladas a los delitos que se le imputan, las circunstancias del hecho, el carácter aparentemente doloso de ciertos delitos, la pena que podrá corresponderle, la naturaleza y especiales circunstancias comisivas, con un alto nivel de violencia y una concatenación de conductas presuntamente delictivas constituyen indicios de que el detenido podría sustraerse a la acción de la justicia. Si el detenido reside en España desde hace poco tiempo, no tiene domicilio fijo y no ha aportado ningún documento para poder comprobar su arraigo en

España económico o personal, todo ello y con la agravación de que si es procedente ser de un país de la Unión Europea el riesgo de fuga puede ser muy elevado por la libre circulación de personas. Las acciones presuntamente delictivas en un corto espacio de tiempo, concatenadas y de alto nivel de agresividad hacen que pueda presumirse que una persona pueda volver a cometer hechos similares dado su origen aleatorio y súbito.

El mero hecho de tener un domicilio en España no se considera suficiente para desvirtuar el riesgo de fuga. Además debe de tenerse en cuenta que según qué hechos crean una gran alarma social.

La medida de prisión provisional también evitará el riesgo de que el imputado cometa hechos delictivos similares.

Según el art. 502 de la LeCrim y siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, se exigen una serie de presupuestos como son la necesidad objetiva de la medida, la subsidiariedad, que suponen que no existan otras medidas menos gravosas y a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines y la proporcionalidad. Y la finalidad viene determinada por el cumplimiento de fin constitucionalmente legítimo, que se identifica con la evitación de los riesgos anteriormente mencionados. Debe de concurrir la medida a los ajustes de proporcionalidad, una vez ponderadas las circunstancias personales del sujeto y el fin perseguido por las medidas adoptadas. Asimismo se debe de tener en cuenta que la medida solicitada por el Ministerio Fiscal se podría considerar objetivamente necesaria a los efectos del art. 502.2 de la LeCrim dado que no se estima que los fines que se pretenden conseguir puedan lograrse a través de medidas menos gravosas. El carácter provisional de la medida, la

modificación de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción obliga a ponderar nuevamente los datos personales y del caso concreto (STC 8/2002 de 14 de enero).

Si se cumplen todos los requisitos exigidos por la LECrim y siendo estrictamente necesario por no existir otras medidas que garanticen la presencia del imputado y si su fuga y el que pudiera cometer hechos similares, procede acordar la prisión provisional con o sin fianza.

La prisión provisional también es necesaria para evitar que los imputados cometan nuevos hechos delictivos, teniendo en cuenta los indicios existentes en el parecer policial que pudiera haber llevado a cabo el imputado y que debe revisarse.

La prisión provisional es una institución que aparece situada entre el deber de perseguir eficazmente el delito por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano por otro. Se trata de una medida de naturaleza cautelar y excepcional que en ningún caso puede transformarse en una pena privativa de libertad anticipada, no estando su imposición justificada sino cuando se trata con ella de alcanzar fines constitucionalmente legítimos y no de otra forma. Como toda restricción del derecho a la libertad personal, es una medida que únicamente debe ser impuesta cuando sea estrictamente necesario y en la medida en que no se cuente con otras medidas menos gravosas para alcanzar los mismos fines que se intentan conseguir con la prisión provisional, habiendo recibido acogida este criterio en el nuevo artículo 502.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma operada en dicho texto legal por la Ley Orgánica 13/2003 (STC 2 de noviembre de 2004).

Como señala la STC de 14 de enero de 2002, “la constitucionalidad de la prisión provisional exige que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de la acción delictiva y que su objetivo sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, mereciendo tal consideración únicamente aquellos que remiten a la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, teniendo su origen en el imputado se proyectan sobre el normal desarrollo del proceso o la ejecución del fallo, así como, en general, sobre la sociedad (SSTC 128/1995, de 26 de julio, y 14/2000, de 17 de enero, por todas). En particular, esos riesgos a prevenir serían los de sustracción a la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la justicia penal o la reiteración delictiva (entre otras, STC 33/1999, de 8 de marzo).

Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial por supuesto motivada (por todas, SSTC 18/1999, de 22 de febrero, y 33/1999, de 8 de marzo). Dicha motivación ha de ser suficiente y razonada, lo que supone que el órgano judicial debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican la adopción de dicha medida y que esa apreciación no resulte arbitraria, debiendo entenderse por tal aquella que no resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional (SSTC 128/1995; y 33/1999). En consecuencia, la suficiencia y razonabilidad de la motivación serán el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por

otro) a partir de toda la información disponible en el momento en que debe de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria y proporcionada a la consecución de los fines que la legitiman (STC 128/1995; y 33/1999).

El Juez de Instrucción puede decretar la prisión provisional de un detenido que le sea puesto a su disposición siempre que concurren los requisitos que prevé el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la redacción dada por las Leyes Orgánicas 13/2003 y 15/2003, que son los siguientes:

1º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso.

2º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del presunto delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3º Que mediante la prisión provisional se pretenda alguno de los siguientes fines: asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga, evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto, o evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente

cuando ésta sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal, resultando que en estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el apartado primero.

4º También podrá acordarse la prisión provisional concurriendo los requisitos uno y dos anteriores para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Deben de resultar de las diligencias practicadas indicios racionales de la participación de un imputado. Debe de concurrir como finalidad perseguida con la prisión provisional, datos de los que se deduce el riesgo de que el detenido pueda sustraerse a la acción de la justicia, de acuerdo con lo establecido en el art. 503.1.3.a) LECrim. Se debe de ver si la pena de prisión es lo suficientemente importante lo que por sí solo ya apunta la existencia de un importante peligro de fuga, si se tiene trabajo, familiares y amistades que constituyan vía fehaciente para ser localizados. Por otro lado, debe tomarse en consideración la investigación policial.

Es necesario que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

Es necesario evitar que el imputado pueda actuar contra bienes de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

En un Estado Democrático Constitucional y de Derecho, la libertad junto con otros derechos comprenden, el ahora denominado, plexo de derechos fundamentales; cuya prioridad es indiscutible al momento de su defensa

frente a otros interés como por ejemplo, el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado.

Sin embargo, hemos encontrado que el tema del exceso en la detención provisional en los procesos penales, que se alargan más allá de lo razonable, es fruto de la mora procesal. Sin entrar a discutir, los casos de mora por culpa o negligencia, la causa más común de la misma es administrativa. Esto se debe a la sobrecarga procesal en nuestros juzgados. Esta situación en modo alguno, por más justificación estructural o de funcionamiento normal de la administración de justicia, puede vulnerar derechos fundamentales como la libertad.

El constitucionalismo peruano está basado en la defensa de la persona, de su dignidad y de sus derechos fundamentales, incluyendo la libertad. Todos deben ser tutelados con todo el rigor y con todas las posibilidades y garantías procesales que el ordenamiento jurídico ofrece.

Es por esta razón que el tema de los procesados con exceso de detención preventiva justifica su importancia en la defensa de los derechos fundamentales y en el desarrollo de las instituciones procesales de la libertad (procesos constitucionales).

La libertad de la persona está considerada como valor supremo del Estado moderno, sin embargo, puede estar limitada, en los casos expresamente señalados en la ley, por la detención policial o judicial.

Es importante considerar que en el Perú siempre ha existido y existen un número muy significativo de procesados, detenidos sin sentencia, producto de la congestión procesal, lo que constituye una violación a los derechos humanos de esas personas.

Se pensó que con la creación del proceso penal sumario para la mayoría de delitos, según el Decreto Legislativo N° 124, se iba a conseguir implantar la celeridad procesal, pero este no dio los resultados esperados. En este sentido, una de las constantes preocupaciones de la Administración de Justicia, es la lentitud que ha venido agravándose en las últimas décadas, hasta provocar la actual situación de crisis y deterioro de aquella.

Si la excesiva e injustificada duración de los procesos es una, aunque no la única, de las causas del estado actual de nuestra justicia, hay que ponerle remedio; tanto para evitar un desenlace que ponga en peligro los derechos a la libertad de los procesados o el Estado de Derecho. Por lo tanto es menester estudiar la aplicabilidad del Artículo 137° del Código Procesal Penal en concordancia con la garantía constitucional del debido proceso y la jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, para realizar un exhaustivo estudio de las implicancias de la inaplicabilidad del Artículo 137° del Código Procesal Penal en la vigencia de los Derechos Humanos y la violación de la garantía del debido proceso y el papel del Tribunal Constitucional como ente rector en el respeto y garantía de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Perú. Precisar los alcances del Artículo 137° del Código Procesal Penal a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, establecer la naturaleza jurídica de lo preceptuado en el Artículo 137° del Código Procesal Penal, fundamentar el carácter de derecho que tiene el pedido de excarcelación por exceso de detención preventiva en aplicación del Artículo 137° del Código Procesal Penal, fundamentar la violación de la garantía del debido proceso por denegatoria del pedido de

excarcelación por exceso de detención en aplicación del Artículo 137° del Código Procesal Penal.

“Si se logra establecer un marco conceptual y procesal adecuado para la aplicación, como un derecho, de la excarcelación por exceso de detención y un sistema de la Administración de Justicia que descongestione la carga procesal, entonces, no quedarán los delitos impunes y el valor justicia estará presente en toda decisión jurisdiccional”.

EL CONCEPTO JURÍDICO DE LIBERTAD

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclama que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”; y en su Artículo 4°, define la libertad diciendo que: “consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro”. Se reitera en el Artículo 28°: “Toda persona es libre (...). Igualmente lo hace al establecer que los particulares no son responsables ante los tribunales sino por infracción de la Constitución y de las leyes”.

Ello implica que, en principio, las personas pueden hacer todo aquello que no les esté legalmente prohibido, y que solo están obligadas a hacer aquello que les mandan la Constitución y las leyes.

La libertad puede ejercerse en distintas direcciones, siempre en busca de la realización integral del ser humano y de su legítimo desarrollo dentro de la sociedad. Este derecho comprende varias categorías:

- ✓ La libertad individual o física.
- ✓ Las libertades intelectuales.
- ✓ Las libertades espirituales.

- ✓ Las libertades sociales.
- ✓ La libertad económica.

La libertad individual o física consiste en la posibilidad de acción física que debe tener toda persona. El profesor Colliard la define como “el estado del hombre que no está arrestado ni detenido, quien goza por lo mismo de la posibilidad de ir y venir. Se trata, pues, de una libertad esencial que debe gozar de la protección de las autoridades en un Estado de Derecho, aunque con las limitaciones que adelante señalaremos. Ella se hace efectiva para todos, a través de disposiciones como las que prohíben la esclavitud, las que protegen contra la detención arbitraria y las que garantizan la libertad de circulación⁶⁶.

En el derecho constitucional peruano, la libertad personal es un derecho fundamental de máxima jerarquía. Luego del derecho a la vida es el que le sigue, en importancia por tratarse de un presupuesto necesario para el desarrollo de la persona en libertad y el ejercicio de los demás derechos que le son conexos.

Las leyes que restringen la libertad individual, sean estas de carácter sustantivo o procesal penal, deben estar vigentes con anterioridad a la fecha que se produce la detención, y que no pueden ser retroactivas salvo que beneficien al detenido, conforme lo señala el Artículo 103º de la Constitución, el cual no distingue entre ley penal sustantiva, procesal penal o de ejecución.

Conforme a lo enunciado el por Tribunal Constitucional en reiteradas jurisprudencias, la libertad personal no es solo un derecho fundamental

⁶⁶ **NARANJO MESÁ**, Vladimiro. TEORÍA CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONES POLÍTICA. Editorial Temis SA Santa Fe de Bogotá. 2000 . p 506

reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.⁶⁷

Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho; por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de uno o varios bienes jurídicos constitucionales. Conforme a lo enunciado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, la libertad personal es no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley.

En los supuestos en los que las personas ven restringida su libertad individual, existe una serie de garantías que aseguran la protección ante las arbitrariedades o excesos que pueden cometer las autoridades durante las detenciones policiales, desarrollos de procesos judiciales e, incluso, el cumplimiento de condenas de privación de la libertad. Esa garantía se encuentra incluida en la protección total de la persona en tanta unidad psicosomática y de sus atributos de libertad.

Las garantías constitucionales de la libertad son los procesos constitucionales comprendidos como el conjunto de instituciones de carácter procesal destinadas a proteger los derechos fundamentales de las personas en el ámbito procesal. Los procesos constitucionales se hallan regulados en la Constitución y en el flamante Código Procesal Constitucional.

⁶⁷STC N.º 1230-2002-HC, Caso TINEO CABRERA.

La libertad personal puede ser privada solo en casos extremos en donde el Estado por razones de orden público o de seguridad ejerce la fuerza sobre una persona privándola de este derecho. Como se sabe, la experiencia histórica nos demuestra que la privación de la libertad es un arma política muy poderosa y eficaz en mano de los gobiernos autoritarios. Poner límites a las facultades que tiene el estado de privar de la libertad a las personas es un tema fundamental para el constitucionalismo en la actualidad. Es por ello que se ha diseñado un proceso constitucional ad-hoc para la defensa de la libertad que es el proceso de habeas corpus.

Los límites más visibles a la libertad personal son la detención policial de personas cometiendo delitos y las detenciones ordenadas judicialmente dentro de un debido proceso.

El Artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Para el Tribunal Constitucional peruano la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales con la que cuenta el Estado para asegurar que el procesado comparezca en los actos propios del proceso, no huya y no altere ni obstruya la actuación de los medios probatorios, lo

que evidentemente es una limitación a la libertad personal, pero que se justifica en la necesidad de garantizar la atención del interés superior que abriga la sociedad en todo proceso jurisdiccional (finalidad abstracta del proceso).

El Artículo 137° del Código Procesal Penal señala que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses, término que se *duplicará automáticamente* en caso de que el proceso sea por los delitos de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados.

La razonabilidad del plazo de detención implica parámetros para calcular cuando el transcurrir de un plazo afecta contenidos del derecho fundamental del imputado.

El *principio pro homine* de interpretación constitucional permite interpretar una norma constitucional a favor de la persona en la medida que es el ente de mayor jerarquía otorga mayor protección en el ordenamiento jurídico peruano y en el ámbito internacional.

Ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio⁶⁸.

Existen ciertos principios generales, aplicables a todos los Derechos Humanos, sentados tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana que constituyen criterios de interpretación válidos a la hora de establecer el alcance reconocido especialmente a los derechos de las personas privadas de su libertad. Por otra parte, la propia Convención

⁶⁸ EXP. N.º 1003-98-AA/TCLIMAJORGE MIGUEL ALARCÓN MENÉNDEZ

Americana sobre Derechos Humanos establece determinadas reglas generales que fijan pautas más que claras, y que resultan aplicables también a estos derechos en particular.

Como punto de partida, debemos asumir que las personas privadas de su libertad son sujetos de derecho. Sin embargo, así como se admite que son titulares de un catálogo de derechos, también se acepta que éstos no son absolutos y pueden ser limitados en su ejercicio (Artículo 27° CADH). Entonces, estos criterios de interpretación, facilitarán la comprensión de esta relación derecho-límite.

En cuanto a los derechos, el *principio de legalidad* (Artículo 9° CADH) impone, como criterio hermenéutico, “(...) reconocer que las personas privadas de libertad conservan todos los derechos de las personas libres (ámbito de reserva) que no hayan sido restringidos o limitados por una resolución judicial que se base en el ordenamiento jurídico vigente antes de la comisión del hecho que motiva la sanción”.

En cuanto a la facultad que tiene el Estado de limitar los derechos en general, la propia Convención establece los requisitos que deben cumplir toda reglamentación y restricción de ellos. Así, se exige que la reglamentación debe ser razonable y que no debe restringir derecho alguno, sino hacer posible su ejercicio. En cuanto a la restricción, el Artículo 30° de la CADH establece que: “ésta, para ser legítima, debe estar prevista por ley; en tanto que el Artículo 32°, prevé que debe ser necesaria para una sociedad democrática y el bien común. Por otra parte, la Corte Interamericana ha establecido otro requisito al señalar que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”. Es decir, la restricción debe ser

proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

Específicamente con respecto a la restricción de los derechos de los presos, la Comisión tuvo oportunidad de sentar ciertos principios que ponen cierto coto en la facultad del Estado de limitarlos, cuando ellos supuestamente se contraponen con otros intereses estatales, por ejemplo, la seguridad de la institución carcelaria. Así, además de los requisitos generales de toda restricción, establece: a) que la medida sea absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en un caso particular (esto es, que en el caso determinado existan motivos de sospecha de que existe un peligro); b) que no exista otra medida que permita lograr el objetivo de seguridad y que sea menos restrictiva; c) que exista una orden judicial.

Por otra parte, al estar reconocidos los derechos humanos en fuentes muy diversas, un principio interpretativo ordenador, lo constituye el *principio pro homine*. Este criterio hermenéutico impone “acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”. En el caso específico de los derechos de las personas privadas de su libertad, el *principio pro homine*, obliga a que, por ejemplo, una norma que enuncia estos derechos detalladamente, prevalezca sobre una norma con disposiciones genéricas; que las normas consuetudinarias o de soft law, en la medida que su contenido enriquezca las disposiciones de un tratado, deben tener cabida en el orden jurídico interno; en el mismo sentido, nada

obsta a que si en el ámbito interno determinado derecho está consagrado con un alcance mayor que el establecido por las normas internacionales, también prevalecerá⁶⁹.

HABEAS CORPUS COMO INSTITUCIÓN DEFENSORA DE LA SEGURIDAD PERSONAL

Las detenciones arbitrarias siempre son la herramienta preferida de los gobiernos autoritarios porque les permite una persecución eficaz de los opositores.

Frente a ello, el constitucionalismo moderno tiene como una de sus principales metas, asegurar la libertad de todos los miembros de la comunidad. Es por ello que, la libertad personal, física y ambulatoria es un bien jurídico protegido a nivel constitucional, con la categoría de derecho fundamental.

“La preocupación fundamental de las normas constitucionales y legales ha estado puesta en proteger la libertad individual (entendida como libertad personal, física y ambulatoria) frente a la vulneración que pueda sufrir por efecto de detenciones arbitrarias”⁷⁰. **El hábeas corpus es la salida jurídica más concreta al problema de las detenciones arbitrarias y, tiene una raigambre histórica que viene de España e Inglaterra; porque el problema político de las detenciones ilegales o arbitrarias es un problema de carácter universal.**

⁶⁹ POCHAK, Andrea. El alcance que el sistema interamericano de derechos humanos le reconoce a los derechos de los presos en <http://www.derechopenal.com.ar/archivos.php?op=20&id=105>

⁷⁰ EGUGUREN, Francisco (op cit supra) p.93

Nos atrevemos a decir que, el bien jurídico tutelado por el hábeas corpus es el más importante luego del derecho a la vida regulados en el Artículo 2º de la Constitución Política del Perú.

EL PROCESO HABEAS CORPUS, EL DEBIDO PROCESO Y LA DETENCIÓN ILEGAL EN EL PERÚ

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL HABEAS CORPUS EN EL PERÚ

Con la promulgación del nuevo Código Procesal Constitucional del 2004, el habeas corpus es considerado como un proceso constitucional, lo que significa un gran avance ya que durante la década de los 80 aún se discutía cual era su verdadera naturaleza jurídica.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL HÁBEAS CORPUS EN EL PERÚ

Luego del proceso independentista, nuestro país entró en una situación de inestabilidad política y jurídica que obviamente imposibilitó el desarrollo de valores como el de la democracia, justicia, libertad, etc., agravados con la instauración de regímenes militares (caudillismo militarista) lo que no permitió que hubiera una auténtica y verdadera democracia así como una real y efectiva vida cívica y política por parte del pueblo peruano. Pero aún así hubo intentos, que hicieron notar una tenue e insegura libertad. Así tenemos que en el Estatuto Provisional de San Martín se lee los que serían los primeros brotes o manifestaciones de las denominadas más tarde “Garantías Individuales”. En su Artículo 1º dice: “Todo ciudadano tiene igual

derecho a conservar y defender su honor, su libertad, su seguridad, su propiedad, su existencia y no podrá ser privado de ninguno de estos derechos sino por el pronunciamiento de la autoridad competente, dado conforme a las leyes...”.

La primera manifestación legal del hábeas corpus en el Perú se da en el año de 1897, con la cual se pretendió reglamentar el Artículo 18º de la Constitución de 1860.

En 1916, el presidente José Pardo promulgó la Ley N° 2233 (Ley de Liquidación de Prisiones Preventivas), la cual legisló entre otras cosas, sobre la libertad provisional. Según García Belaunde, muchos autores lo consideran el antecedente más remoto del hábeas corpus en la constitución de 1933.

La constitución de 1920, fue la primera que dio al hábeas corpus categoría Constitucional, llamándolo recurso y restringiéndolo al ámbito de la libertad personal.

El aspecto procesal del hábeas corpus fue tratado en el Código de Procedimientos en Materia Criminal, promulgado por Ley N° 4019 del 2 de enero de 1919, entrando en vigencia en 1920. El aspecto procesal del Hábeas Corpus fue tratado en los Artículos 342º a 355º, los cuales presentan las siguientes características: el Hábeas Corpus es un recurso y por lo tanto defiende únicamente la libertad corporal en sus diversas modalidades.

La Constitución de 1933 en su Artículo 69º, prescribía lo siguiente: “Todos los derechos individuales y sociales reconocidas por la Constitución, dan lugar a la acción de Hábeas Corpus”. Este Artículo presenta las siguientes

características: Adopta el término “Acción” en vez de “Recurso” para referirse a la garantía del Hábeas Corpus. Amplia, la protección de otros derechos (individuales y sociales) por la acción de Hábeas Corpus a diferencia de que con anterioridad, sólo se cautelaba, mediante esta acción, la libertad personal (libertad física).

El Código de Procedimientos Penales de 1940 que aún está en vigencia en algunas partes (no en el hábeas corpus), trataba el Instituto del Hábeas Corpus desde el Artículo 349º al 360º.

El 12 de julio de 1979 se promulgó la Constitución anterior a la actual, mediante un acto público y solemne. Los artículos que se refieren al Hábeas Corpus son el 295º, 298º y 305º, en los cuales notamos lo siguiente: No sólo la acción sino también la omisión por parte de una autoridad y funcionarios pueden vulnerar o amenazar la libertad individual. Cualquier persona natural puede vulnerar o amenazar la libertad individual. No sólo la vulneración sino también la amenaza contra la libertad individual, en su más amplia acepción. Además, crea la acción de Amparo para cautelar los demás derechos reconocidos por la Constitución.

Por ejemplo; el Artículo 298º nos dice en su inciso 2: “El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la república. Es competente para. Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de Hábeas Corpus y Acción de Amparo, agotadas en la vía judicial”. El Artículo 305º dice: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los Tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú”. Como se puede observar, en su proceso de

evolución, la acción de Habeas Corpus ha perfeccionado mejor su ámbito, permitiendo una mejor garantía de la libertad individual (aunque en la realidad ha encontrado mucho obstáculo, siendo distorsionado su objetivo).

El 07 de diciembre de 1982 se promulgó la Ley N° 23506 Ley de Hábeas Corpus y Amparo, por el Presidente Belaúnde Terry.

El 07 de diciembre de 1990 el presidente Fujimori aprueba el Reglamento de la ley de Hábeas Corpus y Amparo, mediante decreto supremo 024–90-JUS, publicado en el peruano el 08 de diciembre del mismo año y modificado por fe de erratas publicadas en el peruano el 09 de enero de 1991. Al criticar este reglamento, la Comisión Andina de Juristas⁷¹ dijo: “La reglamentación de la Ley se inscribe en lo que para muchos parece ser el intento del actual gobierno de copar espacios políticos. De acuerdo al Artículo 232º de nuestra Carta Magna, la Administración de Justicia se ejerce de acuerdo a los procedimientos establecidos por esta y por la ley. Tenemos pues, en este caso que las normas procesales, según el texto Fundamental, tiene reserva de ley, entendida esta en sentido formal”.

Durante la vigencia de la constitución de 1979 que coincidió con el accionar subversivo de sendero luminoso y una cruenta guerra contra el terrorismo los procesos de habeas corpus tuvieron como principal causa las detenciones arbitrarias (721 casos) lo que coincide con la gran cantidad de estados de emergencia declarados durante esos años.

⁷¹ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. LECTURAS SOBRE TEMAS CONSTITUCIONALES. N 06, Lima , 1990, pag 22 y sgte.

3. EL PROCESO DE HABEAS CORPUS EN EL PERÚ EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Habeas significa “tengas” y corpus significa “cuerpo”. Se le ha traducido como “Traigan el cuerpo”. Esta frase es creada en Inglaterra, por lo que Niceto Alzamora dice que es una hechura anglo-romana⁷².

Es una acción en garantía de la libertad individual, por su vulneración o amenaza, que procede por una autoridad, funcionario o persona, ya sea por acción o por omisión.

La institución de hábeas corpus tiene naturaleza procesal ya que no crea derechos ni obligaciones. Su labor no es establecer ni fijar pretensiones, sino defender un derecho sustantivo ya estatuido, por eso es un remedio, medio para restablecer algo. Es decir, el hábeas Corpus sirve para defender algo que él mismo no ha establecido y creado.

El Hábeas Corpus es una institución de derecho público y procesal, por tener su origen y fundamento en la Constitución misma y estar destinado a la protección de las garantías conocidas en doctrina como “derechos públicos subjetivos”.

Antiguamente existió una discusión conceptual sobre si Hábeas Corpus era un recurso o una acción. Si bien es cierto hoy en la actualidad ha quedado superada dicha discusión es importante citar a Domingo García Belaúnde quien precisa adecuadamente dichos conceptos: “el recurso debe relegarse a ser la reclamación que concedida por la ley o reglamento, formula quien se cree perjudicado o agraviado por la providencia de un juez o tribunal,

⁷² Domingo GARCÍA BELAUNDE. Ob cit . pag 103

para que ante el superior inmediato, reclame a fin que dicha providencia se reforme o revoque. Es decir, se asume que previamente existe en trámite un proceso o litigio determinado. La acción por el contrario, es la facultad de demandar protección de un derecho ante los órganos jurisdiccionales, es decir, es poner en marcha el aparato del estado para la protección de un derecho conculcado. Así, mientras que el *recurso stricto sensu* es el medio de impugnación, que dentro de una causa plantea una de las partes solicitando una nueva consideración (apelación, queja, etc), la acción es la facultad específica de hacer valer en la vía judicial la reparación de un derecho violado. Dentro de este orden de ideas, es fácil advertir que en puridad *el Hábeas Corpus no es un recurso, sino propiamente una acción*".

Su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Al respecto el constitucionalista Borea Odría dice que hay que ponerse en varias hipótesis: Que el derecho constitucional violado puede ser restituido en su integridad. En este caso la resolución final debe ordenar la inmediata restitución al ciudadano agredido del derecho de libertad personal que viene siendo conculcado. Cuando el derecho constitucional violado no es posible recomponerlo al cuadro como se presentaba antes de la agresión, el mandato de la Corte debe indicar que, aún cuando ha pasado la oportunidad, si es posible se puede ordenar su realización futura.

En el caso de la amenaza, Borea Odría considera que para que se considere una amenaza como causa suficiente para la interposición de la acción, debe ser inminente y posible.

. En cuanto a la procedencia del hábeas corpus tenemos:

✓ Por acción o por omisión de actos de cumplimiento obligatorio. Cuando la violación o amenaza se base en una norma que sea incompatible con la Constitución.

✓ Por omisión de un acto debido. Cuando una autoridad judicial fuera de un procedimiento que es de su competencia, emite una resolución o cualquiera disposición que lesione un derecho constitucional.

. En cuanto a la improcedencia del hábeas corpus tenemos:

✓ Si ha cesado la violación o amenaza de violación.

✓ Si la violación se ha convertido en irreparable.

También procede contra resolución judicial emanada de un procedimiento regular. Cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria (vías paralelas), o cuando se solicita una libertad por una detención dispuesta por la autoridad política o policial, el juez podrá realizar un examen de la razonabilidad de dicha medida, análisis que se supone evaluar.

El vínculo de causalidad existente entre los motivos y fines que llevaron a adoptar el estado de excepción, en relación a los fundamentos que sirven de sustento a la detención impuesta al ciudadano. De modo que si la emergencia fue declarada para enfrentar y prevenir actos terroristas, ella no puede servir para justificar a su amparo la detención de sospechosos de delitos comunes o la privación prolongada del autor de un robo sin ponerlo a disposición de la autoridad judicial”.

La proporcionalidad de la medida de detención, a la luz de los motivos de la declaratoria de emergencia, en relación a la conducta del detenido o a las circunstancias que motivaron la privación de su libertad. Se trata así de

evitar los excesos en que por desviación o abuso de poder puedan incurrir las autoridades durante la vigencia del estado de excepción, preservando el necesario equilibrio y el correlato de equidad que debe existir entre la medida de arresto y las condiciones particulares del caso⁷³".

La experiencia peruana en cuanto al reconocimiento constitucional y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno y la jurisprudencia ha estado marcada por movimientos pendulares y contradicciones bastante acentuadas durante los últimos veinte años. El entusiasta avance que significó la Constitución de 1979, con una norma pionera que reconocía rango constitucional a las normas referidas a derechos humanos contenidas en pactos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, fue severamente afectado durante el régimen de facto ulterior al autogolpe del presidente Fujimori, al punto que la Constitución de 1993 eliminó este tipo de estipulación y atribuyó a los tratados mero rango de ley.

Este profundo retroceso normativo se vio acompañado de una práctica sistemática de vulneración o desconocimiento de lo dispuesto en los pactos de derechos humanos, especialmente en la legislación penal y antiterrorista y en el accionar concreto de las fuerzas de seguridad. A mediados de 1999 incluso se llegó al extremo de que el gobierno adoptara la decisión de retiro del reconocimiento peruano a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, a fin de incumplir las sentencias dictadas por ese tribunal y de eludir los múltiples procesos en trámite. Posteriormente, restablecido el orden democrático a la caída de régimen fujimorista, se normalizó la

⁷³ EGUIGUREN PRAELI (op cit supra) p.96

situación del Perú frente al Pacto y la Corte, se recompuso el Tribunal Constitucional y han empezado a surgir resoluciones que hacen directa referencia y aplicación a normas internacionales sobre derechos humanos.

3. *EL HABEAS CORPUS Y EL PROCESO PENAL*

La constitución de 1993 en sus diversas normas modela o configura un determinado proceso penal que debe respetar sus principios y valores superiores como los de presunción de inocencia, igualdad y libertad, sin dejar de lado los intereses de la sociedad de vivir en paz.

En este sentido, el Artículo 44^o de la constitución impone como deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad.

Los derechos humanos están comprendidos en la propia Constitución (Artículos 1^o, 2^o y 139^o) y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Perú los mismos que según el Artículo 55^o forman parte del derecho nacional.

La investigación preparatoria a cargo de un órgano distinto al judicial se encuentra prevista en el Artículo 159^o de la constitución, según el cual al Ministerio Público le corresponde conducir desde su inició 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. Es decir, le asigna al Fiscal una dirección funcional de la labor investigativa de la policía, atribución que esta última ejerce conforme al Artículo 166^o de la Constitución.

El juicio como etapa central del proceso penal se configura a partir del derecho fundamental de presunción de inocencia (Artículo 2º inciso 24 de la Constitución) conforme al cual la determinación de culpabilidad requiere una declaración judicial con previa acusación a cargo de un Fiscal (Artículos 139º10 y 159º 5) y que tal declaración debe darse en un juicio público (Artículo 139º 4), observando todas las reglas del debido proceso (Artículo 139º 3), en un plano de igualdad (Artículo 2º 2) y con pleno ejercicio del derecho de defensa (Artículo 139º 14).

En cuanto a la actividad recursal, se da cumplimiento al *principio de pluralidad de instancia* (Artículo 139º) mediante la asunción de un recurso de apelación en todos los casos de autos y sentencias definitivas y con actuación probatoria en segunda instancia, así como se desarrolla la norma constitucional que otorga facultad de casación a la Corte Suprema (Artículo 141º), mediante la regulación del recurso de casación⁷⁴:

“Uno de los principales problemas que enfrenta el interno en torno a su libertad es la de encontrarse en la condición de inculcado, sin saber si se le va a absolver o condenar, está incertidumbre lo mantiene en zozobra, porque ve pasar los días, las semanas, los años en tensión⁷⁵”.

Concluido un proceso penal con sentencia firme, en la que se ha impuesto pena privativa de la libertad a una persona; empieza otra etapa del proceso: el cumplimiento de la sentencia, la que se hará efectiva, por el

⁷⁴ TALAVERA ELGUERA, Pablo. CÓDIGO PROCESAL PENAL. Grijley. Lima. 2004 p m3 y 4

⁷⁵ OTAROLA MEDINA, Lucía. EJECUCIÓN PENAL Y LIBERTAD. Concytec. Lima 1989 p 138

juez instructor en cuanto a la reparación civil y por la administración penitenciaria.

EL HABEAS CORPUS POR EXCESO

DE DETENCIÓN PREVENTIVA

El derecho a la libertad y a la seguridad personal son junto con el derecho a la vida, los dos derechos básicos para una vida digna y, cuya protección jurídica goza de gran predicamento, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional.

Cesar San Martín, sobre este tema señala: “Constituye una afirmación esencial en el moderno constitucionalismo que la libertad personal es uno de los bienes jurídicos de mayor jerarquía axiológica, sólo la vida lo supera. Por consiguiente, la garantía de la libertad se erige como uno de los pilares fundamentales del estado de Derecho⁷⁶”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Artículo Tercero establece “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 7º prevé, “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce también este derecho, prohíbe la privación de la libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta (Artículo 9º).

La Constitución Peruana establece el derecho a la libertad y seguridad personales, así como la excepción (Artículo 2º, inciso 24, literal b) con la

⁷⁶ SAN MARTIN CASTRO, César. LA REFORMA DEL PROCESO PENAL PERUANO. en Revista Peruana de Derecho Procesal Tomo II. Lima - Perú: Instituto Peruano de Derecho Procesal, 1998, págs. 229 y ss.

obligación de ser informada la persona sobre los motivos de su detención (Artículo 139° inciso 15), de lo que se concluye que la detención es una medida excepcional.

La detención es una medida excepcional en la medida que afecta un derecho fundamental que como ya vimos tiene la más alta valoración axiológica por lo cual coincido con Cesar San Martín cuando estima que: “la restricción de la libertad en el curso de un proceso penal sólo puede justificarse por la necesidad de garantizar la sujeción de una persona para que en su momento pueda hacerse efectiva las consecuencias jurídicas del delito por el que se le condene”.

El objeto preponderante de las medidas cautelares penales son las personas, sin que se desconozca que también recaen sobre¹ las cosas. A esto se debe, a juicio de Gómez Orbaneja, que las medidas cautelares penales tengan un matiz marcadamente personalista.

La detención se define como la privación de la libertad personal, por breve término, de un individuo contra quien, aparecen fundadas sospechas de ser responsables de un delito o, motivos que induzcan a creer que no ha de prestar a la justicia, la cooperación oportuna a que le obliga la ley para la investigación de un hecho punible.

En esta definición se hace referencia, implícitamente, a la detención ordenada por el Juez que conoce de un proceso penal, omitiéndose a otras autoridades o personas que pueden detener asimismo, se refiere a la finalidad de cooperación en la investigación de un hecho, cuando la detención también tiene otros fines.

Entonces, la detención es la medida cautelar personal que consiste en la privación por breve término de la libertad personal de un individuo en los casos y con los fines señalados por la ley.

La detención está sometida a los principios de legalidad y proporcionalidad; el primero, porque debe estar prevista en la ley y el segundo, porque aquella debe ser proporcional al peligro que se trata de prevenir.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA DETENCIÓN

La detención es estrictamente excepcional, no obligatoria y subsidiaria, concibiéndola como la “extrema ratio” y no como sucede, la medida-regla.

La detención tiene las siguientes finalidades:

- a) Asegurar la persona del delincuente: tiene por objeto asegurar la efectividad de la sentencia que se llegue a pronunciar y garantizar que el inculpado comparezca a los actos procesales en que se requiere su presencia.
- b) Obtener la necesaria cooperación para la investigación del hecho punible.
- c) Asegurar el éxito de la investigación.
- d) Proteger la seguridad personal del ofendido, impidiendo represalias, o en su caso, la reiteración del ilícito investigado.
- e)

DURACIÓN DE LA DETENCIÓN PROVISIONAL, NORMAS INTERNACIONALES Y LEGISLACIÓN COMPARADA

Una de las constantes preocupantes de la administración de justicia, es la lentitud que ha venido agravándose en las últimas décadas, hasta provocar la actual situación de crisis y deterioro de aquella.

Si la excesiva e injustificada duración de los procesos es uno, aunque no el único, de los agentes responsables del estado actual de nuestra Administración de Justicia, hay que ponerle remedio; tanto para evitar un desenlace que ponga en peligro el estado de derecho, como por exigencias de adaptación del sistema procesal a los imperativos internacionales.

El Artículo 6.1° del Convenio de Roma, del 4 de noviembre de 1950, estipula el derecho de toda persona a que su causa “sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable”, a la vez que el Artículo 5.3° del mismo convenio refuerza este derecho para las causas penales en las que el imputado está sometido a prisión provisional “Toda persona detenida o internada tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable”.

Por su parte, el Artículo 14.3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966, reconoce el derecho de toda persona acusada de un delito a “ser juzgada sin dilaciones indebidas” y también aquí la garantía se fortalece en el Artículo 9.3° para la persona detenida o presa, a quien se le reconoce el derecho a “ser juzgada dentro de un plazo razonable”.

Tanto nuestra legislación como la comparada, adoptan el sistema de plazos, con el que se pretende evitar en lo posible los riesgos de prisionización y de “presos sin condena”. Este sistema constituye un juicio de reproche a las autoridades judiciales, por la lentitud en el trámite procedimental.

En el caso del Perú, el Artículo 137º del Código Procesal Penal, establece que la detención no durará más de 9 (nueve) meses en un proceso ordinario (sumario actual), y no más de 15 (quince) meses en el especial (ordinario actual). Según ARAGONES MARTINEZ, está destinado a evitar que el inculpado permanezca privado de la libertad más tiempo que el que podría derivarse de la hipotética condena. Se trata, en palabras de Asensio Mellado, de una segunda vía, fundamentada en razones de justicia, que actúa como remedio ante la poca virtualidad práctica del *rebus sic stantibus*.

El Código de Procedimiento Penal Italiano de 1988, en su Artículo 304º tiene variedad de plazos de duración máxima de la detención provisional y en todo caso no podrá exceder los dos tercios de la pena prevista para el delito.

. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU INTERPRETACIÓN SUPREMA SOBRE LA LIBERTAD Y LAS DETENCIONES ARBITRARIAS. DOCTRINA, ESTADÍSTICAS Y JURISPRUDENCIA

El Tribunal Constitucional peruano tiene pronunciamientos muy puntuales sobre el tema del plazo de la detención provisional.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD.

Es con el Estado Liberal que surgen los regímenes constitucionales, y con ellos el constitucionalismo moderno; es recién con el desarrollo de este modelo de organización política que propiamente se puede hablar de textos constitucionales, pues a pesar de su importancia las cartas inglesas no

pueden ser calificada estrictamente como textos constitucionales, como tampoco se podría tener como tal a la Constitución de Atenas de la cual nos hacía referencia Aristóteles, pues se tiene conocimiento que su referencia era a términos morfológicos a la organización social ateniense, pero no a un texto formal jurídico. Que el desarrollo del constitucionalismo permitió a su vez conceptualizar al derecho como un sistema ordenado y jerarquizado, pues hasta ese momento sólo se contaba con derecho pero no con un sistema jurídico.

El constitucionalismo en este sentido resulta ser una consecuencia lógica de la necesidad de limitar y controlar a los que tienen en sus manos el poder político y de la atribución de la soberanía a la nación, por cuanto sólo mediante la construcción de un ordenamiento jurídico la nación se encontraba en facultad para estructurar la vida institucional y regular la actividad de los particulares en forma coherente y permanente, así como establecer los espacios y procedimientos para la construcción de la voluntad general; que del mismo modo la única manera de controlar a quienes conducen el poder es estableciendo las estructuras de gobierno con una clara delimitación de funciones y facultades de los órganos e individuos que participan en él, convirtiéndose el derecho no sólo en el límite al ejercicio del poder, sino en el espacio único de su ejercicio.

Esto es posible mediante la existencia de un ordenamiento jurídico jerárquicamente organizado, con una norma suprema que contuviera los procedimientos de creación de todas las demás normas que integran el sistema jurídico, así como el diseño de los órganos de poder con la delimitación de sus competencias y funciones. Esta norma es la Constitución, de lo cual deriva que el constitucionalismo implica

necesariamente el reconocimiento de la supremacía de la norma constitucional, frente al resto del sistema jurídico, de la que es su fuente y causa. Así dentro del pensamiento liberal la Constitución no es sólo un texto o una norma, sino que implica como necesidad un conjunto de elementos el sistema constitucional liberal, que incluye los límites al poder y la delimitación de sus facultades, los derechos humanos, la democracia, la sujeción del poder político al derecho, entre otros.

Por ello es que se afirma que en todo ordenamiento jurídico de una Nación, la Constitución Política es el cuerpo normativo más importante; que constituye su proyecto de vida, prevaleciendo sobre toda otra norma legal. Es norma suprema, *norma normarum, norma de normas*⁷⁷ consecuentemente ninguna norma legal puede serle opuesta, incompatible o contraria; ello con el objeto y necesidad imperativa de proteger el orden jurídico, sobre todo en su grado supra-fundamental, lo cual origina el Control de la Constitucionalidad de las Leyes, entendido como el mecanismo de carácter procesal, integrante del derecho procesal Constitucional, que busca mantener incólume y operativa la supremacía de la Constitución, por ende, su finalidad lo constituye el que toda ley que contravenga la Norma Suprema del Estado, sea en la forma o en el fondo, debe ser declarada inconstitucional en todo o en parte por el Órgano Constitucional Competente, dentro de un debido proceso, en razón que la Constitución tiene supremacía, superlegalidad, superhegemonía, y es también la máxima jerarquía de todo ordenamiento jurídico del derecho positivo pertinente, por lo que toda ley o norma con rango de ley o norma

⁷⁷ QUISPE CORREA, Alfredo. APUNTES SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO. Lima 1999. P 79 Ediciones Luis Alfredo

de inferior jerarquía de ese sistema jurídico está jerárquicamente subordinada a ella⁷⁸.

Este criterio se asume fundamentalmente en una sociedad con el objeto de regular el poder político que en su ejercicio compromete a una colectividad, para que aquellos que lo ejercen no incurran en excesos, abusos ni arbitrariedades. Es factible entonces indicar que la prevalencia de la Constitución sobre las restantes normas que integran el ordenamiento jurídico de la nación, estriba en que aquella determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto funda el orden jurídico mismo del estado. Se erige así la constitución en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulan o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos de gobierno – Congreso, Ejecutivo y Jueces – se identifican con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho, es decir carece de legitimidad si desconoce sus criterios de validez. El valor normativo de la Constitución implica que a ella se encuentran sometidos todos los integrantes de una nación, ciudadanos y autoridades, quienes están obligados a respetarla, cumplirla y defenderla; respondiendo en todo caso por su infracción.

De lo expuesto cabe entender a la Constitución Política como el instrumento normativo fundamental de plasmación objetiva de la regulación

⁷⁸ PALOMINO MANCHEGO, José. entrevista a Domingo GARCÍA BELAUNDE. en “REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ” Número 2, Trujillo, abril. Junio del de 1996.

del ejercicio del poder político, en donde se encuentran contenidas –o deben contenerse– las reglas básicas para procurar el equilibrio entre gobernantes y gobernados, fijando límites y controles al poder de los primeros y derechos y obligaciones para los segundos, para dar cumplimiento a su función distribuidora – tratamiento de las limitaciones a los gobernantes – y a su función regularizadora – tratamiento del equilibrio de las relaciones entre gobernantes y gobernados; debiendo comprender así mismo un proyecto político, como conjunto de ideales y principios del pueblo una respuesta social, conjunto de normas de coyuntura que el legislador constituyente formula en atención a los requerimientos de la realidad sobre la cual norma, y un contrato social, entendido como un conjunto de acuerdos a los que arriban las diferentes fuerzas políticas representadas en la asamblea constituyente.

Entonces es menester la existencia de un conjunto de leyes y otras disposiciones reglamentarias que permitan asegurar la operatividad de la constitución, pues de lo contrario será esta convertida en una pieza secundaria, moldeable a voluntad de los poderes constituidos y expuestos a ceder ante las vicisitudes de cada momento histórico; que de ocurrir ello, es indudable que se perdería el sentido de una Ley Fundamental y los poderes públicos, en lugar de tener asignados atribuciones y cometidos limitados, se tornarían en fuerzas incontrolables. No existe Estado de derecho si las autoridades disponen de poderes ilimitados, tampoco existe si los límites impuestos a las autoridades disponen de poderes ilimitados, tampoco existe si los límites impuestos a las autoridades carecen de virtualidad para acotar el campo de su actuación válida. Ese límite lo constituye la Carta Fundamental. Es necesario que toda Constitución tenga

mecanismos de defensa para evitar que gobernantes o particulares, cometan abusos de poder (político, económico, etc.) en detrimento de los más débiles.

En aquellas sociedades donde se permita que una autoridad, funcionarios o persona pueda traspasar y desconocer los límites fijados por la Constitución y sus actos u omisiones sigan no obstante teniendo valor jurídico, no sirve tener Constitución o ésta es apenas un pedazo de papel que dará a lo sumo ocasión para el ejercicio de un fetichismo vacío. Si efectivamente se conceptúa a la Constitución como la norma fundamental, suprema y primera de una sociedad, sobre ella no pueden prevalecer ninguno de los actos ni las omisiones de los órganos que integran las ramas del poder público. La violación de la Constitución por uno de los órganos que integran cualquiera de las ramas del poder público – legislativa, ejecutiva o judicial– o sus agentes, supone siempre un gravísimo desajuste institucional que debe ser corregido de modo inmediato a través de los procedimientos de depuración constitucional que en su propio texto se encuentran establecidos. No se condice con la Constitución que los órganos que ella misma ha creado, por definición sujetos a su control, se conviertan en factores de desestabilización institucional.

Por lo tanto es comprensible y sumamente necesario que el ordenamiento jurídico reacciones con mayor energía ante este tipo de incumplimiento dado su mismo origen y que ponga en acción una serie de mecanismos correctores. Ninguna esfera del Estado puede considerarse inmune a esta reacción de defensa del ordenamiento estatal. Las altas jerarquías del

Estado de los órdenes legislativo, ejecutivo y judicial, no son titulares de fracciones de poder sino instrumentos para la realización de las tareas estatales. La sociedad reclama de los órganos superiores del Estado un claro, en equívoco y militantes compromiso de ceñir su conducta a lo preceptuado en la Constitución, pues de lo contrario se expone a ver erosionada su eficiencia, fuerza y prestigio.

Por eso ante las transgresiones dirigidas contra la Constitución resulta indispensable contar con los instrumentos que permitan mantener el orden constitucional, que se constituyan en la garantía de la permanencia y respeto de las reglas que la ciudadanía en su conjunto ha elegido como las que deben regirla, y como consecuencia de ello de la estabilidad del Estado de Derecho.

Que, fluye así el concepto de Jurisdicción Constitucional, o el de Justicia Constitucional que en rigor significan prácticamente lo mismo, -que según lo señala Domingo García Belaunde, este concepto debe reputarse como equivalente a Derecho Procesal Constitucional⁷⁹ -entendido como “el conjunto de mecanismos procesales destinados a defender la Constitución, sea en su aspecto orgánico o el dogmático dentro del cual desarrolla una destacada función el control de la constitucionalidad de las leyes y la defensa de los derechos humanos”⁸⁰.

⁷⁹ DÍAZ ZEGARRA, Walter. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN Y EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. *Cathedra* Año II N 3 1998. P 81

⁸⁰ PALOMINO MANCHEGO. MODERNAS TENDENCIAS DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA. Grijley. Lima. 1997. P 152

Al respecto, ilustra el doctor César Landa Arroyo⁸¹ que: “El control constitucional de la ley tiene como finalidad el examen de constitucionalidad del texto legal sometido a jurisdicción constitucional – función de valoración-; sin embargo, el efecto más notorio de dicho proceso es la eliminación de la norma incoada por inconstitucional –función pacificadora- del ordenamiento jurídico. Decisión que tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores - públicos y privados –de las normas jurídicas– función ordenadora. Sin lugar a dudas, la experiencia constitucional peruana, caracterizada por las emergencias y vaciamientos constitucionales, exige cuando menos otorgar algunas funciones adicionales a la acción de inconstitucionalidad, en el marco constitucional establecido, y acota Ernesto Blume Fortini “ (...)frente a los numerosos casos de dispositivos legales que, aunque formalmente bien aprobados dentro de los propios ordenes constitucionales, llegando a incurrir en abierta y flagrante contradicción con sus principios o postulados, se fueron dando diversas reacciones, con el propósito de impedir que las normas inconstitucionales fueran aplicadas y se estuvieran ante el insólito hecho que, aun dentro del propio Estado de Derecho y en el marco de vigencia de la Constitución, ésta fuera violada; reacciones que fueron formando la doctrina que ha dado base a la denominada Jurisdicción Constitucional, rama del Derecho Constitucional que custodia, entre otros importantes aspectos, los mecanismos de control de la constitucionalidad⁸².

⁸¹ LANDA ARROYO, César. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ESTADO DEMOCRÁTICO. Pontificia Universidad Católica

⁸² BLUME FORTINI, Ernesto. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO COMO SUPREMO INTERPRETE DE LA CONSTITUCIÓN. En Revista de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú N ° 50 . diciembre de 1996, Lima. P 130

Es decir que, mediante ésta jurisdicción se pretende evitar las trasgresiones contra la Constitución Política o reponer las cosas al estado anterior de las violaciones, dando vigencia real a la preponderancia del ordenamiento constitucional de la nación, ejercitando el control de la misma para protegerla más que para limitarla; función pública asignada a determinados órganos dotados de competencias judiciales especiales cuyo cometido fundamental consiste en asegurar la integridad y primacía de la carta magna para que trascienda su expresión formal y se convierta en constitución en sentido material. Es tal la importancia de la Jurisdicción Constitucional que se puede afirmar que sin ella, la Constitución no sería norma de normas y carecería de carácter coercitivo; con lo que quiere destacarse que la integridad y primacía de la Constitución, consagrada por virtud del querer soberano del pueblo, es un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas les concede el propio Código Político para vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no resulte así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la ley fundamental, se inspiren en sus valores y principio y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas a la integridad y primacía de la Constitución, a través de la jurisdicción constitucional se asegura el respeto de las normas constitucionales que consagran las reglas básicas de convivencia pacífica y de la organización y ejercicio de los poderes públicos. La jurisdicción Constitucional, bien comprendida o su objeto, debe entenderse en su sentido material, máxime si se tiene en consideración que las competencias en punto de control constitucional, permite extraer las características y finalidades propias de esta Justicia constitucional. Que, el derecho fundamental a la integridad y primacía de la

Constitución y las normas que articulan la Jurisdicción Constitucional tiene una significación esencial para el perfeccionamiento y vigencia del Estado de Derecho, la división y equilibrio entre sus funciones, la división vertical del Poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales consagrados.

Los orígenes del control de la constitucionalidad de las leyes lo encontramos en Inglaterra, específicamente en el Tribunal del Common Pleas (Tribunal perteneciente a la Corte del rey encargado de conocer reclamos generales, que funcionaba mediante writs o mandatos, paralelo al Bench a cargo de asuntos de interés de la corona que funcionaba en Westminster) en la sentencia dictada por el Juez Edward Coke en 1606, en el caso donde el médico Thomas Bonham, al ser evaluado por el Royal College of Physician, fue desaprobado para el ejercicio de la profesión y prohibido de ejercerla. Al hacer caso omiso, se le impuso la pena de privación de la libertad, en aplicación de una carta de Enrique VII que luego fue convertida en ley; motivando que el médico Bonham demandará al Royal College of Physician; la sentencia que recayera en dicha causa, dictada justamente por el tribunal que presidía el Juez Coke estableció que la competencia de esta institución no abarcaba al caso en cuestión, y que la ley que le otorgaba esa competencia debía ser anulada, señalándose puntualmente “aparece en nuestros libros que en muchos casos el *Common Law* controlara las leyes del Parlamento, y a veces las juzgara completamente nulas: porque cuando una ley del Parlamento está contra del derecho y de la razón común, o es repugnante, o imposible de cumplir, el *Common Law* controlara y juzgará la ley como nula; que los jueces tienen que cumplir con un servicio aún más alto, debiéndose éstos a la

majestad de la ley, a la cual ni siquiera el rey mismo es superior”, Esta facultad se denominó posteriormente *judicial review*, pero fue muy pocas veces reconocida por los juzgadores ingleses, y con la resolución de 1688 que consagró la supremacía del Parlamento, se determinó el decaimiento de esta potestad. Sin embargo el control de la constitucionalidad de las leyes no se llega a desarrollar en Europa, donde primaba el concepto que la ley era la voluntad soberana del pueblo expresada por sus representantes en el Parlamento y que los jueces tenían la condición de súbditos del príncipe o monarca; situación diferente a la de América del Norte donde los jueces eran los que protegían a los ciudadanos contra el abuso de poder cometido por los gobernantes; siendo en el célebre fallo del juez John Marshall, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en una reclamación promovida por William Marbury, quien fuera afectado por la negativa de la administración del presidente Thomas Jefferson de reconocer la creación de 42 juzgaduras de paz en la ciudad de Washington y las designaciones respectivas, que se habían producido en los últimos días de la administración de su predecesor, el presidente Adams, contra James Madison quien era el secretario de Estado; donde se establece que la Constitución es norma suprema en todo el ordenamiento jurídico y que una ley contraría a ella debe ser ignorada.

Se anotaba en éste histórico fallo, del 24 de febrero de 1803: “el *principio de la primacía de la Constitución* como texto normativo fundamental del estado” y la inaplicabilidad, por incompatibilidad, de la disposición que

desconocía la creación de las citadas judicaturas y respectivas designaciones.

Este pensamiento americano regresará nuevamente a sus orígenes y a ser inspiración de un nuevo modelo de control de la constitucionalidad de las leyes, para ser determinante en algunas codificaciones de Europa después de las guerras mundiales, fundamentalmente de aquellas experiencias sufridas por el pensamiento nazi-fascista. Esta influencia en Europa fue obra fundamental de Hans Kelsen quien va a proponer la creación de un organismo especializado para resolver cuestiones constitucionales, en las que un juez de carrera no podría fácilmente resolver debido a su formación y desarrollo de su vida en su quehacer diario en la resolución de conflictos; razón por la cual se necesita otro tipo de magistrados que al igual que los que hacen leyes tengan una visión de interpretación histórica, teleológica, literal e histórica, es decir una visión más amplia que la de los jueces de carrera.

Que, estando a lo expuesto, cabe afirmarse además que, señala el jurista Duverger que, el control de la constitucionalidad de las leyes, es la aplicación al máximo del principio de jerarquía de las normas jurídicas.

Para Stall es la aplicación al máximo del principio de jerarquía de las normas jurídicas. Burdeau precisa que la inconstitucionalidad de la ley es formal, cuando se ha dado sin la observancia del procedimiento constitucional.

EL ROL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y EL HABEAS CORPUS EN EL PERÚ

La jurisdicción constitucional en el Perú se está convirtiendo en la más importante institución para la configuración del Estado de Derecho en el país. La efectividad de los derechos fundamentales, la interdicción de la arbitrariedad y el control del ejercicio del poder son misiones del Tribunal Constitucional, que, en el modelo de poderes y órganos públicos consagrado en la Carta de 1993, se erige en supremo intérprete de la Constitución.

El rol de la jurisdicción constitucional comprende también, el esclarecimiento y desarrollo de los principios y normas contenidos en la Carta Política relativos al cumplimiento de las funciones encomendadas a la justicia ordinaria. Así, determina los límites y alcances de las garantías judiciales y de los derechos constitucionales que atañen al proceso que forma parte de las tareas cotidianas del Tribunal Constitucional.

Mediante esta jurisdicción se pretende evitar transgresiones contra la Constitución política o reponer las cosas al estado anterior de las violaciones, dando vigencia real a la preponderancia del ordenamiento constitucional de la nación, ejercitando el control de la misma para protegerla más que para limitarla; función pública asignada a determinados órganos dotados de competencia judiciales especiales cuyo cometido fundamental consiste en asegurar la integridad y primacía de la Carta Magna para que trascienda su expresión formal y se convierta en Constitución en sentido material. Es tal la importancia de la jurisdicción Constitucional que se puede afirmar que sin ella la Constitución no sería noema de normas y acaecería de carácter coactivo, con lo que quiere

destacarse que la integridad y primacía de la Constitución, consagrada por virtud del querer del soberano del pueblo, es un derecho fundamental de las personas que bajo distintas formas les concede el propio código político para vigilar su cumplimiento y obtener, cuando no resulte así, que los poderes públicos ejerzan sus competencias dentro de los límites de la ley fundamental, se inspiren en sus valores y principios y respeten, en todas las circunstancias, los derechos y garantías de las personas; pudiendo decir que la jurisdicción constitucional se instituye con el objeto de hacer posible el ejercicio derecho fundamental de todas las personas a la integridad.

En este sentido Samuel Abad manifiesta. “En la actualidad no se discute que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico de un país; sin embargo, la realidad demuestra que con mayor o menor frecuencia, es vulnerada por parte de las autoridades, funcionarios e incluso por particulares. Reconociendo esta situación, los Estados democráticos tratan de garantizar el respeto a los derechos humanos y el *principio de supremacía constitucional* a través de ciertos instrumentos procesales - llamados garantías o procesos constitucionales - y determinados órganos jurisdiccionales, ya sea el Poder Judicial o un Tribunal Constitucional. De esta manera, nos referiremos al modelo de Jurisdicción Constitucional para definir la forma como se regulan los procesos constitucionales y se diseña el órgano encargado de resolverlos (Poder Judicial, Tribunal Constitucional o ambos)⁸³.

⁸³ ABAD YUPANQUI, Samuel. LA PROTECCION PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Comisión andina de juristas. Lima 1998.p78

El modelo de Jurisdicción Constitucional fue una de las más importantes innovaciones de la Carta de 1979 (Artículos 295 y ss). Por vez primera, se introdujo un Tribunal Constitucional, al que se denominó Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC). Este órgano estaba integrado por nueve miembros (tres designados por el Congreso, tres por el Ejecutivo y tres por la Corte Suprema), cuyo período era de seis años, pudiendo ser reelegidos y que se renovaban por tercios cada dos años. Asimismo, se regularon los siguientes procesos constitucionales:

- 1) El proceso de hábeas corpus, protector de la libertad individual, que se presentaba ante el Poder Judicial, pudiendo luego acudirse en casación al TGC sólo si era rechazada la pretensión en la vía judicial.
- 2) El proceso de amparo, destinado a la defensa de derechos constitucionales distintos a la libertad individual, de trámite similar al hábeas corpus, y que pese a contar con algunos antecedentes legislativos adquiriría por vez primera autonomía y rango constitucional.
- 3) La acción de inconstitucionalidad ante el TGC, verdadera innovación de esta Carta Política, contra las leyes, decretos legislativos, leyes regionales y ordenanzas municipales contrarias a la Constitución. La legitimación para acudir a este proceso estaba limitada, pues sólo podían interponerlo el Presidente de la República, la Corte Suprema, El Fiscal de la Nación, sesenta diputados, veinte senadores y cincuenta mil ciudadanos.

4) La acción popular, que se tramita ante el Poder Judicial, y procedía por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas jurídicas de derecho público.

A ello se sumó la atribución del Poder Judicial de inaplicar al caso concreto las normas inconstitucionales siguiendo el modelo difuso (Artículo 236°). En consecuencia, para la Carta de 1979 la Jurisdicción Constitucional correspondía tanto al Poder Judicial, en sus diversas instancias, como a un Tribunal Constitucional, cuya sede era la ciudad de Arequipa. En algunos casos, compartían determinadas competencias dentro de un mismo proceso, tal como sucedía en el hábeas corpus y el amparo, ya que el Poder Judicial actuaba como instancia y el TGC en casación. En otros, la ejercían de modo exclusivo, v.g. la acción popular tramitada ante el Poder Judicial, y la acción de inconstitucionalidad ante el TGC.

Este modelo funcionó hasta la ruptura del régimen constitucional. En el año de 1992 Pese a ser el más avanzado de nuestra historia, por diversas razones no operó adecuadamente ni resultó eficaz para la defensa de la Constitución. Por un lado, mostraba serias deficiencias normativas, y por otro, la destacada actuación de la mayor parte de sus operadores -influida por el poder político y económico- no contribuyó a su cabal desarrollo.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN PROCESOS DE HABEAS CORPUS RELACIONADAS CON EL EXCESO DE DETENCIÓN

Sentencias estudiadas. Los casos seleccionados en esta tesis por su relevancia son los siguientes:

EXP. N.º 4648-2004-HC/TCLIMA FELIPE CARRASCO LUQUE.

Con fecha, 31 de agosto de 2004, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra la Sala Nacional de Terrorismo, solicitando su inmediata excarcelación. Afirma encontrarse recluso desde el 28 de febrero de 1993; que fue procesado y condenado a 25 años de pena privativa de libertad por el delito de terrorismo, y que, al haberse declarado la nulidad de su proceso en mérito a sentencia del Tribunal Constitucional, se le abrió nuevo proceso penal, en el cual se dictó mandato de detención. Alega que su condición jurídica es la de detenido, mas no de sentenciado; y que, habiendo transcurrido más de 11 años y 6 meses de reclusión ininterrumpida hasta la fecha de interposición de la demanda, ha vencido en exceso el plazo máximo de detención previsto en el Artículo 137º del Código Procesal Penal, por lo que su detención se ha convertido en arbitraria, vulnerándose su derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Agrega que las leyes que restringen la libertad individual, sean estas de carácter sustantivo o procesal penal, deben estar vigentes con anterioridad a la fecha que se produce la detención, y que no pueden ser retroactivas salvo que beneficien al detenido, conforme lo señala el Artículo 103º de la Constitución, el cual no distingue entre ley penal sustantiva, procesal penal o de ejecución.

Este caso lo hemos elegido como modelo porque a pesar de haber sido declarado infundada *contiene fundamentos* que se han repetido en otros casos similares.

El caso presentado es uno de los tantos casos que se presentaron en orden a la reiniciación de procesos a los procesados por delito de terrorismo juzgados en Tribunales militares *se alega que el plazo límite de detención establecido por el Artículo 137° del Código Procesal Penal ha vencido.*

El accionante en su delimitación de petitorio afirma que se afectó su derecho a la libertad ambulatoria por detención arbitraria que es materia objetiva del hábeas corpus y de su derecho a un debido proceso que no es contemplado como una materia conocida en este tipo de procesos.

El Tribunal Constitucional en el fundamento 3 de la sentencia acotada se pronuncia de la siguiente manera: “Resulta importante precisar que si bien el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, y en otros similares, habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora luego de la imposición de la medida cautelar de detención preventiva, el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos”.

La competencia “*Ratio materiae*” o por razón de la materia lo explicamos como aquellos casos en donde se da una concurrencia de derecho

vulnerados en donde estos derechos se encadenan unos a otros debiéndose atacar la causa para solucionar las vulneraciones subsiguientes.

En este caso el colegiado opina que las materias sujetas a análisis constitucional son:

- a. Si se ha lesionado el derecho que tiene el recurrente al ejercicio pleno de las facultades que, sobre la impartición de justicia, consagra la Constitución Política del Perú (Artículo 139° CPP).
- b. Si por el tiempo transcurrido en detención preventiva se ha terminado afectando la libertad personal del demandante.

Sobre este punto y en relación a la libertad personal el Tribunal Constitucional guarda jurisprudencia reiterada en donde sostiene que “ la libertad personal no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico, pero su ejercicio no es absoluto e ilimitado; se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley. Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho; por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de uno o varios bienes jurídicos constitucionales”.

El *principio de legalidad* en materia de restricciones a la libertad son contemplados en el Artículo 2º, inciso 24, literal b) en la que quedan prohibidos las formas de restricción de la libertad no previstas en la ley. Por tanto, para esclarecer la controversia, debe establecerse si el periodo de

detención preventiva que cumple el demandante constituye una restricción del derecho a la libertad prevista en la ley y compatible con la Constitución.

El Artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. De ello se infiere que la detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales.

De autos se advierte que el recurrente fue procesado y condenado a 25 años de pena privativa de la libertad por el delito de traición a la patria, juzgamiento que estuvo a cargo de tribunales militares. Sin embargo, este Tribunal, en la STC N° 10-2003-AI, declaró la nulidad de procesos que fueron tramitados en el fuero castrense.

El Decreto Legislativo N.º 922, que, conforme a la *STC N.º10-2003-AI* expedida por este Tribunal Constitucional, regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria, establece en su Artículo 4º que en los

procesos en los que se aplique dicho Decreto Legislativo, el plazo límite de detención acorde con el Artículo 137º del Código Procesal Penal, se *inicia* a partir del auto de apertura de instrucción del nuevo proceso.

Asimismo, preceptúa que la anulación declarada conforme con dicho Decreto Legislativo no tendrá como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes.

El Artículo 137º del Código Procesal Penal señala que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses, término que se *duplicará automáticamente* en caso que el proceso sea por delito de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja seguido contra más de diez imputados.

El nuevo proceso fue expedido el 17 de marzo de 2003, fecha en la cual el Cuarto Juzgado Penal de Terrorismo dictó mandato de detención contra el accionante y desde el cual se inicia el cómputo del plazo al que se refiere el Artículo 137º del Código Procesal Penal, cuyo vencimiento, tratándose de un proceso de terrorismo, se produce a los 36 meses, por lo que no puede afirmarse que a la fecha el plazo de detención haya sido superado; por consiguiente, resulta de aplicación al caso de autos, *contrario sensu* el Artículo 2.º del Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237.

De esta interpretación se deduce que para la generalidad de casos similares los plazos deben contarse a partir del nuevo proceso y no del plazos vencidos anteriores. Esta fue una decisión del tribunal para evitar la excarcelación masiva de los procesados terroristas

6.1. LOS LÍMITES AL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD

El Tribunal peruano ha fundamentado los límites a los derechos impuestos por la misma norma que los reconoce de la siguiente manera: *“Por ello, los límites a los derechos pueden ser impuestos por la misma norma que reconoce el derecho; por el ejercicio de uno o más derechos constitucionales, o por el ejercicio de uno o varios bienes jurídicos constitucionales”*⁸⁴.

El caso de autos se encuentra comprendido en el primer tipo de límites. En efecto, conforme al Artículo 2º, inciso 24, literal b) de la Constitución, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por ley.

Decreto Legislativo 927, publicado el 20 de febrero del 2003, que regula la ejecución penal en materia de delitos de terrorismo⁸⁵.

Sobre la aplicación de estas leyes se presentaron varios procesos de habeas corpus en los cuales el Tribunal Constitucional se pronunció sobre

⁸⁴ Remotti Carbonell, José Carlos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, Funcionamiento y Jurisprudencia, Instituto Europeo de Derecho, Barcelona, 2003).

⁸⁵ FAUSTO ALVARADO, ministro de Justicia, garantizó que con el trámite que seguirán en el fuero común los 410 procesos por traición a la patria que fueron vistos por el fuero militar y anulados mediante el Decreto Legislativo 922, ningún sentenciado será excarcelado (TD). Además, anunció que el Perú cumplirá con informar a la Comisión Interamericana de DDHH sobre todo los cambios a la legislación antiterrorista (G). En cuanto al decreto, la congresista ANEL TOWNSEND (PP) señaló que desarrolla la sentencia del Tribunal Constitucional. El jurista JAVIER DE BELAUNDE opinó que va a permitir llevar el procesamiento de los casos de una manera mucho más ordenada. Para el vocal supremo ROBINSON GONZALES, esto demuestra que no es incompatible la persecución eficaz del delito con el respeto a las garantías constitucionales (EC). De otro lado, JAVIER ALVA, presidente del TC, negó que el decreto que, en uno de sus alcances restringe el uso de cámaras y grabadoras a los medios periodísticos en la cobertura de los juicios orales por terrorismo, atente contra la libertad de prensa (G).

el tema del exceso de detención en general y de los procesos de terrorismo en particular. De dichas sentencias obtenemos los siguientes fundamentos:

“En relación a la detención preventiva, este Tribunal considera pertinente recordar, que: la medida de encarcelamiento ha sido instituida, prima facie, como una fórmula de purgación de pena por la comisión de ilícitos penales de determinada gravedad. En tal sentido, su aplicación como medida cautelar en aras de asegurar el adecuado curso de las investigaciones y la plena ejecutabilidad de una eventual sentencia condenatoria, debe ser el último ratio entre las opciones que dispone un Juez para asegurar el éxito del proceso penal. Del presunto exceso de detención preventiva”

“13. El Decreto Legislativo N° 922, que, conforme a la STC N.º10-2003-AI antes mencionada, regula la nulidad de los procesos por el delito de traición a la patria, establece en su Artículo 4.º que, en los procesos en los que se aplique dicho Decreto Legislativo, el plazo límite de detención acorde con el Artículo 137º del Código Procesal Penal, se inicia a partir del auto de apertura de instrucción del nuevo proceso. Asimismo preceptúa que la anulación declarada con arreglo a dicho Decreto Legislativo no tendrá como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes.

Finalmente, respecto al exceso de detención alegado, el Artículo 137º del Código Procesal Penal señala que el plazo de detención en el proceso penal ordinario tiene una duración máxima de 18 meses, término que se duplicará automáticamente en caso que el proceso sea por delito de terrorismo, tráfico de drogas, espionaje u otro de naturaleza compleja

seguido contra más de diez imputados. En tal sentido, conforme consta de las copias certificadas que obran en autos, el auto que apertura instrucción en el nuevo proceso fue expedido el día 28 de abril de 2003, fecha en la que el Primer Juzgado Penal de Terrorismo dictó mandato de detención contra el demandante, y desde la cual se inicia el cómputo del plazo al que se refiere el Artículo 137.º del Código Procesal Penal, cuyo vencimiento, tratándose de un proceso de terrorismo, se produce a los 36 meses, por lo que no puede afirmarse que a la fecha el plazo de detención haya sido superado.

*El principio del último ratio no consiste solamente en decir "el legislador debe criminalizar solamente algunos comportamientos", sino que significa que cada vez que haya algún conflicto -el legislador, el juez, el fiscal, el abogado, el policía, etc.- debe buscar otra forma de resolver el conflicto. Que si vamos dentro del sistema penal: que el juez pueda tener otro tipo de proceso, que pueda aceptar la mediación, la composición entre las partes, reparación, etc. Esa es la idea del último ratio: *solo puede aplicarse pena de prisión si no hay otra cosa posible.**

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados- particularmente en el campo de los derechos fundamentales- que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y

límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

En otra sentencia hace las siguientes precisiones: *La detención preventiva como medida excepcional y subsidiaria.*

El Artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “(...) la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”. Esto queda expuesto en la regla 6.1 de las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas Privativas de la Libertad⁸⁶ que precisa que: “(...) sólo se recurrirá a la prisión preventiva como último recurso”. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que: “(...) la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia. Se trata de una medida necesariamente excepcional en vista del derecho preeminente a la libertad personal y el riesgo que presenta la detención preventiva en lo que se refiere al derecho a la presunción de inocencia y las garantías de debido proceso legal, incluido el derecho a la defensa”⁸⁷.

Por ello, su dictado presupone que el juez penal haya evaluado y –a la luz de las particulares circunstancias de cada caso–, descartado, la posibilidad

⁸⁶ Disponer la inmediata excarcelación siempre y cuando contra el accionante no se hubiera dictado sentencia condenatoria o existiera condena pendiente en otros procesos.

⁸⁷ Informe N.º 12/96, párrafo 84) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe N.º 12/96, párrafo 84) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

de dictar una medida menos restrictiva de la libertad personal. Sin embargo, aún en esas circunstancias, resulta inconstitucional que la medida de detención exceda de un plazo razonable.

De la afectación al debido proceso

*El tribunal, ha sostenido que el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso, en el presente caso, habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición de un mandato de detención, este Tribunal tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos.*

Del plazo razonable y la detención preventiva

El derecho que tiene todo encauzado a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable, no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva al pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe observar toda prisión provisional para ser reconocida como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en el Artículo 2º, numeral 24 de la Carta Fundamental; y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.

Por lo demás, la interpretación que permite a este Tribunal reconocer la existencia implícita del referido derecho en la Constitución, se encuentra plenamente respaldada por su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que exige que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú. Al respecto, debe señalarse que existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del Artículo 9.3° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que: “toda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad”. Por su parte, el Artículo 7.5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho de: “toda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. En consecuencia, el derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido.

De los plazos legales de detención

Sobre plazos de detención la legislación es muy clara la ley N.º 28105, que modifica el Artículo 137.º del Código Procesal Penal, establece en su Artículo 1º que la detención no durará más de nueve meses en el procedimiento ordinario y de dieciocho meses en el procedimiento especial, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el Artículo 135º

del Código Procesal Penal. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata libertad del inculpado, debiendo el Juez disponer las medidas alternativas para asegurar su presencia en las diligencias judiciales.

La norma precisa que, excepcionalmente, cuando concurran 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, disponiendo que dicha prórroga se acuerde mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculpado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que resolverá la Sala, previo dictamen del Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas.

Entonces se infiere que la prórroga importa una prolongación de la investigación, motivada por las circunstancias de especial dificultad o complejidad que presente la instrucción, con el objeto de aportar hechos, documentos o pruebas, que serán evaluados al emitir el dictamen y el pronunciamiento respectivos.

Del proceso penal sumario

El Decreto Legislativo N.º 124, dispositivo que norma la tramitación de procesos sumarios, establece que concluida la etapa de la investigación con el pronunciamiento del Fiscal Provincial, los autos se pondrán de manifiesto durante un plazo común en la Secretaría de Juzgado para que los abogados defensores presenten sus informes escritos. Vencido éste sin

más trámite, el juez deberá pronunciar la resolución que corresponda en el término de 15 días

LA EXCARCELACIÓN POR EXCESO DE DETENCIÓN

Sin duda, la excarcelación por exceso de detención es uno de los principales problemas que cuestionan nuestro sistema de justicia, básicamente por dos razones. Una de ellas, es que dicha excarcelación evidencia una vulneración de los derechos fundamentales de los procesados, quienes al final terminan también siendo víctimas (esta vez, de la propia maquinaria estatal), al permanecer privados de su libertad por un tiempo irrazonable y sin sentencia, no obstante asistirles la presunción de inocencia.

La otra razón, es la percepción de un sistema de justicia incapaz de resolver en tiempo adecuado las causas, sobre todo aquellas que involucran a presuntos violadores, homicidas, agresores físicos, corruptos, narcotraficantes; cuya excarcelación es tenida como negativa para la seguridad ciudadana. Justamente esto es lo que se percibirá si los más de 1,100 detenidos sin sentencia, son excarcelados por exceso de carcelería (Expreso, 31/08/06).

Hay que tener en cuenta que, siendo el problema de las excarcelaciones por exceso de detención uno complejo, es necesario la acción y coordinación de las autoridades de justicia (como los Presidentes de Cortes, la Ministra de Justicia, etc.). No se puede responsabilizar sólo a los

jueces (al dilatar indebidamente los procesos) cuando a la par existen variables como la carga procesal y la necesidad de priorizar cierto tipo de causas.

En ese sentido la problemática de hacinamiento o sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios, no le compete exclusivamente al Poder Judicial, explicándose parcialmente esta situación por la insuficiencia de centros penitenciarios, lo que es de conocimiento y aceptación pública. Se trata, pues de un problema complejo al que debemos hacer frente el Poder Judicial y los organismos que conforman el llamado "Sistema de Justicia".

. De acuerdo con el Artículo VI del Código Procesal Constitucional, los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. En este sentido, este Tribunal reitera la invocación hecha al Poder Judicial en la sentencia N.º 3771-2004-HC/TC que con la previsión legal del plazo máximo de duración de la detención judicial, el afectado por la medida cautelar puede conocer hasta que momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad. Pese a ello, viene ocurriendo, reiteradamente, en la justicia ordinaria nacional, que no se decreta la libertad inmediata de un procesado tras la culminación del plazo máximo de detención, obligándosele, por el contrario, a que permanezca detenido ad infinitum, so pretexto de un arbitrario concepto de tramitación procesal.

Las dilaciones indebidas del proceso constituyen una mala praxis judicial que debe ser totalmente erradicada, por cuanto genera un injustificable retardo en la administración de justicia. Por ello, se requiere también de una labor más activa por parte de los órganos de control de la magistratura.

En consecuencia, el objetivo de esta investigación es esclarecer estas interrogantes, para lo cual cabe, en principio, precisar las circunstancias en que la prisión preventiva, por el paso del tiempo, se trastoca en excesiva y vulnerante del derecho a la libertad individual asociada a la garantía de plazo razonable. Aclarada dicha circunstancia, se deberá precisar la naturaleza jurídica de la detención domiciliaria y su relación con el derecho a la libertad individual, en cuanto afección a la libertad locomotora; posteriormente se pretende establecer las semejanzas entre la detención preventiva y la detención domiciliaria, para finalmente examinar a la luz de los derechos y garantías constitucionales si el grado de afección a la libertad locomotora vulnera el derecho a la libertad individual asociada a la garantía del plazo razonable y si, por tanto, cabe imponer a un mismo sujeto sucesivamente medidas cautelares vulnerativas de la libertad locomotora o si por el contrario ello contraviene los derechos y garantías reconocidos en la constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

1.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL PERUANO.

Las medidas cautelares en el proceso penal son todas aquellas injerencias legítimas de la autoridad en los derechos fundamentales y son instauradas

como medios para lograr los fines del proceso⁸⁸ no son fines en sí mismas⁸⁹. Una característica fundamental de las medidas coercitivas es su carácter cautelar, de modo que solo pueden mantenerse mientras persistan las condiciones que les dieron origen⁹⁰, de tal forma que, estas figuras del derecho procesal no pueden extenderse mucho en el tiempo para evitar que tengan el carácter de una pena anticipada.⁹¹ Dentro de los principios que regulan su aplicación en la administración de justicia penal están el *principio de proporcionalidad*, el cual exige que en todo caso debe dictarse la medida coercitiva menos gravosa entre las que sean adecuadas razonablemente para evitar el riesgo que se pretenda conjurar, y como consecuencia de este principio, la medida no debe ser desproporcionada en relación con la gravedad del hecho ni del eventual peligro que se trata de prevenir, pues lo que busca este principio es establecer un equilibrio entre la medida que impone el Estado y el bien jurídico que se trata de privar⁹². Otro principio que regula su aplicación es el *principio de inocencia*, ligado a la prisión preventiva, a tenor de lo que expresa el Código Procesal Penal cuando señala que la prisión preventiva está sometida a un límite

⁸⁸ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo; Manual de Derecho Procesal Penal, Lima: IDEMSA, 2004, pp. 729 y ss.

⁸⁹ ASECIO MELLADO, José María; La prisión provisional, Madrid: Civitas, 1987, pp. 32-40.
BARONA VILAR, Silvia; Prisión Provisional y Medidas Alternativas, Barcelona: Bosch, 1988, pp. 27-28.

⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Peter Toribio Alegría, Sentencia de fecha 28 de abril de 2005, Expediente 1609-2004-HC/TC, Fundamento 2.

⁹¹ SANGUINÉ, Odone; Prisión Provisional y derechos fundamentales, En: Seminario de Derecho Procesal Penal I, Lima: PUCP, 2004, pp. 454 – 477.

⁹² SAN MARTÍN CASTRO, César; Derecho Procesal Penal, Tomo II, Lima: Grijley, 2003, pp. 1125-1126.

temporal razonable a los fines de evitar que se convierta en una pena anticipada. El *principio de inocencia* conjuntamente con el derecho a la libertad exige que la prisión preventiva sea de carácter excepcional y que la libertad sea la condición natural del ser humano, como regla⁹³. Y por último, está el *principio de motivación* con el cual se obliga al tribunal que impone una coerción, a motivar en hecho y derecho dicha medida⁹⁴.

En tal virtud, en tanto la medida cautelar respete aquellos requisitos y parámetros, podrá asegurar su legalidad y su legitimidad al privar o limitar al sujeto de un derecho fundamental.

1.1.- La Naturaleza Jurídica de la Prisión Preventiva.

La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable que se pretende obstruir la actividad probatoria, sea porque se tienen los mismos elementos para temer la evasión en la aplicación de una eventual sentencia condenatoria; y siempre que su dictado resulte compatible con los *principios de subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad*⁹⁵.

⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Carlos Zelada Dávila, Expediente 808-2002-HC/TC, Sentencia de fecha 8 de julio de 2002, Fundamento 2.

⁹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Artemio Olazábal Roldán, Exp. 2404-2003-HC, Sentencia de fecha 5 de agosto de 2004, Fundamentos 2, 3, 4, 5 y Parte Resolutiva.

⁹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Silva Checa, Exp. 1091-2002-HC, sentencia de fecha 17 de marzo de 2003, Fundamento 5 y siguientes.

Empero, más allá de los distintos presupuestos que justifican el dictado, de un lado, de una detención provisional, y, de otro, de una pena privativa de libertad, lo cierto es que, los efectos personales generados por el dictado de una u otra son sustancialmente análogos. No sólo resulta que ambas son cumplidas en un establecimiento penitenciario, sino que, en los hechos y conforme lo ha precisado el Tribunal Constitucional, producen el mismo grado de limitación de la libertad personal, la misma sensación de encierro, la misma aflicción psicosomática que conlleva la separación del núcleo familiar, la imposibilidad de desempeñar el empleo, y, en general, el brusco quiebre que representa el tránsito de una vida desarrollada fuera de las paredes de un penal, a una sometida al férreo régimen disciplinario propio de todo centro de reclusión⁹⁶. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

De ahí que la antigua y constante previsión en nuestro ordenamiento legal referida a la aplicación del tiempo de la prisión preventiva al cómputo de la pena privativa de libertad (Artículo 31º del Código Penal de 1863, Artículo 49º del Código Penal de 1924 y Artículo 47º del Código vigente), no sólo resulta plenamente compatible con el *principio-derecho de dignidad humana* (Artículo 1º de la Constitución) y con los fines de reeducación, rehabilitación y resocialización del régimen penitenciario (inciso 22 del Artículo 139º de la Constitución), sino que, *strictu sensu*, por exigencia de tales principios, es una obligación legislativa.

⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Nº 28568, Ley del Arresto Domiciliario, Exp. 0019-2005-PI/TC, de fecha 21 de julio de 2005, Fundamento 8.

Las materialmente idénticas incidencias sobre el derecho fundamental a la libertad personal, no pueden ser relativizadas en virtud de algún paradigma teórico (la distinta naturaleza jurídica entre una detención preventiva y una sanción punitiva), permitiendo que, en los hechos, una persona purgue prisión por un tiempo mayor a aquel previsto en la ley al momento de la comisión del delito. Ello no sólo implicaría una desproporcionada afectación del derecho a la libertad individual, sino una evidente vulneración del *principio de legalidad penal* (literal f, inciso 24 del Artículo 2º de la Constitución)⁹⁷.

La Naturaleza Jurídica del Arresto Domiciliario

Conforme al primer párrafo del Artículo 143º del Código Procesal Penal de 1991, la detención domiciliaria puede operar como una forma de comparecencia restringida obligatoria⁹⁸, en el caso de los imputados que superen los 65 años o se encuentren enfermos o incapacitados, pero siempre que el peligro procesal pueda evitarse razonablemente, dado que si dicho riesgo no puede superarse con la prisión domiciliaria, el Juez deberá ordenar la detención preventiva⁹⁹. De allí que aquella medida opere como un sustituto¹⁰⁰ de la prisión provisional, como anota ORE GUARDIA

⁹⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley N° 28568, Ley del Arresto Domiciliario, Exp. 0019-2005-PI/TC, de fecha 21 de julio de 2005, fundamento 9.

⁹⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho procesal penal. Vol. II. Lima: Grijley, 2003, pp. 1161-1162.

⁹⁹ CARO CORIA, Carlos; Abono del arresto domiciliario en el cumplimiento de la pena, en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Arresto-domiciliario.pdf>. (Consultado el 12/08/2006).

¹⁰⁰ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal. Lima: Idemsa, 1994, p. 225. Manual de Derecho procesal penal. Lima: Idemsa 2004, p. 745.

"(...) la detención domiciliaria no es una medida coercitiva autónoma sino, más bien una medida coercitiva accesoria o complementaria, aplicable como una restricción cuando al procesado se le imponga la medida de comparecencia en sustitución a la detención; por ello siempre presupone una menor intensidad del peligro procesal¹⁰¹".

El Código Procesal Penal de 1991, también permite que el arresto domiciliario se imponga como una forma de detención restrictiva facultativa, como una alternativa a la prisión preventiva para aquellas personas que no sufren enfermedad o incapacidad. Pero sólo cuando, como indica MAVILA LEÓN, " el peligro de fuga se pueda evitar razonablemente".

Ante la facultad legal conferida al juzgador de imponer el arresto domiciliario como medida alternativa a la prisión preventiva, surge el problema de determinar su naturaleza jurídica. Así, en el Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal de Trujillo del 11 de diciembre de 2004, se precisó que:"(...) el arresto domiciliario es solo una restricción en comparecencia no equiparable a la detención preventiva". Sin embargo, el arresto domiciliario constituye la forma más grave de comparecencia restringida que reconoce el vigente Código Procesal Penal o, dicho de otro modo, es el grado de coerción personal inmediatamente inferior después de la detención preventiva. Con ello, el arresto domiciliario no deja de ser arresto o detención; es, en definitiva, la forma cautelar de privación de libertad menos grave después de la detención preventiva. Por ese motivo SÁNCHEZ VELARDE considera que la ubicación de esta medida cautelar

¹⁰¹ ORE GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho procesal penal. 2a ed. Lima: Alternativas, 1999, p. 349.

en el Código Procesal Penal de 1991: “bajo el capítulo correspondiente a la comparecencia, no parece muy acertada la situación del procesado es de detención o comparecencia; esta puede ser revocada, pero no hay estados intermedios ni superpuestos; no hay comparecencia con detención. La detención domiciliaria es una forma de privación de la libertad y su ubicación corresponde en el marco referido a aquella, como alternativa para casos predeterminados¹⁰²”.

No cabe duda de que con la detención domiciliaria sucede algo semejante, aunque no con los alcances de la detención judicial preventiva: La obligación de permanecer, en forma vigilada, dentro del domicilio, es, sin duda, también una limitación seria de la libertad locomotora, cuyo dictado, por cierto, debe necesariamente justificarse, pues sucede que esta constituye, entre las diversas formulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave. Por ello, el Tribunal Constitucional considera que también tal medida restrictiva de la libertad locomotora debe sujetarse a su conformidad con los *principios de subsidiaridad, provisionalidad, razonabilidad y proporcionalidad*. El resaltado y subrayado son nuestros¹⁰³.

En suma, mediante su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha delineado las diferencias¹⁰⁴ y semejanzas¹⁰⁵ entre ambas medidas

¹⁰² MAVILA LEON, Rosa. El nuevo sistema procesal penal. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 100.

¹⁰³ SANCHEZ VELARDE, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal. Lima, Idemsa 1994, pp. 225-226.

¹⁰⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Héctor Chumpitaz Gonzáles, Exp. 1565-2002, sentencia de fecha 5 de agosto de 2002.

cautelares, estableciendo que comparten un rasgo esencial: el afectar (en diverso grado) el derecho a la libertad individual en su extensión de libertad ambulatoria. Esta afirmación se deduce claramente de lo afirmado por el Tribunal Constitucional en el Caso Ernesto Gamarra Olivares, Exp. 1042-2003-HC, de fecha 12 de mayo de 2003, cuando estableció que: “Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario recordar que el Tribunal Constitucional ha expedido jurisprudencia (Exp. N.º 1565-2002-HC/TC, Caso Chumpitaz Gonzáles, y Exp. N.º 376-2003-HC/TC, Caso Bozzo Rotondo), pronunciándose respecto de la naturaleza de la medida cautelar de comparecencia restringida con arresto domiciliario, señalando que, para nuestra legislación procesal penal, la detención domiciliaria no se manifiesta como una forma de detención judicial preventiva, sino como una alternativa frente a esta, pues si bien ambas figuras son medidas cautelares que tienen por objeto asegurar el éxito del proceso penal, no pueden ser homologadas ni en sus efectos personales ni en sus elementos justificatorios, dado el distinto grado de incidencia que generan sobre la libertad del individuo”¹⁰⁶.

¹⁰⁵ “Tales figuras, desde luego, no pueden ser equiparadas ni en sus efectos personales, ni en el análisis de sus elementos justificatorios pues, es indudable que la primera de las mencionadas (la detención domiciliaria) se configura como una de las diversas formas a las que, de manera alternativa, puede apelar el juzgador con el objeto de evitar la segunda de ellas, esto es, a la detención judicial preventiva, que, como se ha expuesto en la sentencia recaída en el caso Silva Checa contra el Poder Judicial ...”. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Héctor Chumpitaz Gonzáles, Exp. 1565-2002, sentencia de fecha 5 de agosto de 2002.

¹⁰⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Humberto Fernandini Maravi, Exp. 0209-2003-HC, sentencia del 17 de marzo del 2003, punto 2.

Esa semejanza esencial precisada en *jurisprudence constante*¹⁰⁷, por el Tribunal Constitucional afección en diverso grado la libertad ambulatoria del sometido a la medida cautelar¹⁰⁸ tiene consecuencias jurídicas indispensables en el tratamiento de las medidas afectantes del derecho a la libertad. Por ello, en principio, para la imposición del arresto domiciliario se deben aplicar *mutatis mutandi* las reglas de imposición de la prisión preventiva¹⁰⁹. De allí, que se deba seguir escrupulosamente, las reglas para determinar *peligro procesal y los principios de subsidiariedad, provisionalidad, racionalidad y proporcionalidad*¹¹⁰, en esos criterios se fundamenta su validez constitucional¹¹¹, ya que, al estar en juego la libertad

¹⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, Exp. 1805-2005-HC, sentencia de fecha 29 de abril de 2005, párrafo 38. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Villanueva Chirinos, Exp. 0731-2004-HC, fundamento 7

¹⁰⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Villanueva Chirinos, Exp. 0731-2004-HC, fundamento 7.

¹⁰⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Héctor Chumpitaz Gonzáles, Exp. 1565-2002, de fecha 5 de agosto de 2002. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, Exp. 1805-2005-HC, sentencia de fecha 29 de abril de 2005, párrafo 40. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Laura Bozzo Rotondo, Exp. 0376-2003-TC, sentencia de fecha 7 de abril del 2003, fundamento 4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Arresto Domiciliario, fundamento 23.

¹¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Ernesto Gamarra Olivares, Exp. 1042-2003-HC, sentencia de fecha 12 de mayo de 2003, párrafo 1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Laura Bozzo Rotondo, Exp. 0376-2003-TC, sentencia de fecha 7 de abril del 2003. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, Exp. 1805-2005-HC, de fecha 29 de abril de 2005, párrafo 39. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley de Arresto Domiciliario, fundamento 21.

¹¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Héctor Chumpitaz Gonzáles, Exp. 1565-2002, de fecha 5 de agosto de 2002.

individual del imputado en su acepción de libertad ambulatoria¹¹², las medidas asegurativas no pueden ser ilimitadas en el tiempo y deben sujetarse a las reglas del plazo razonable. Entonces, cuando se impone el arresto domicilio a continuación de la prisión preventiva se vulnera la garantía del plazo razonable.

Propuesto este razonamiento, cabe analizar ahora los alcances de la denominada garantía del plazo razonable en la afcción del derecho a la libertad ambulatoria, para luego establecer si ésta se ve afectada cuando se impone sucesivamente dos medidas cautelares que inciden en la afcción al derecho a la libertad ambulatoria.

Derecho al plazo razonable en la Constitución y las normas supranacionales.

La garantía al plazo razonable en la imposición de medidas cautelares que afecten el derecho a la libertad en su acepción de libertad ambulatoria, se fundamenta en lo prescrito por el inciso 24 del Artículo 2º de la Constitución. Esto se explica porque aquel precepto constitucional reconoce el derecho a la libertad personal como un derecho subjetivo, en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias¹¹³. Entonces, cuando existe un exceso en la imposición de una medida cautelar, sea porque no concurren los requisitos

¹¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Humberto Fernandini Maravi, Exp. 0209-2003-HC, sentencia del 17 de marzo del 2003, punto 3.

¹¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso César Javier Chávez Berrocal, Exp. 2510-2005-HC, Sentencia de fecha 7 de abril de 2006, fundamento 4.

esenciales para su imposición o sea porque se ha extendido indebidamente en el tiempo, la libertad ambulatoria del imputado se ve afectada y la medida se torna arbitraria¹¹⁴.

La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho¹¹⁵ pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocida en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales. Más aún, la disposición constitucional que comentamos refuerza su sustento en normas supranacionales sobre derechos humanos. De allí que es necesario un análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En aquél sistema normativo, como lo ha advertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la garantía del plazo Razonable de Duración del Proceso Penal tiene dos aristas; una, referida a la duración del proceso desde el inicio del mismo hasta la expedición de la sentencia, y la otra, relacionada con el derecho a la libertad cuando en un determinado proceso se ha ordenado la detención preventiva del sujeto; y en general, cuando se ha ordenado la afectación del derecho a la libertad. Ambos garantías se encuentran reguladas en los Artículos 7.5° y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

¹¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Nº 28568, Ley del Arresto Domiciliario, Exp. 0019-2005-PI/TC, de fecha 21 de julio de 2005, fundamento 12.

¹¹⁵ CAFERATTA NORES, José. Proceso Penal y Derechos Humanos. Buenos Aires: 2000, pp. 190 y ss.

Por ello, conforme a las citadas normas internacionales, plenamente vigentes en el Perú, el Estado al investigar la comisión de un delito y al dictar para ello una medida cautelar que afecte la libertad ambulatoria de un procesado, no puede extender indefinidamente la investigación y el proceso. De allí que, la medida cautelar de detención u otra que vulnere el derecho a la libertad no puede usarse para impulsar el proceso, obtener pruebas o declaraciones, sancionar anticipadamente al sujeto o para calmar la “alarma social”, cuya invocación, sostiene la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 98/97, de 20 de mayo, “no contiene un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional”.

Por ello, aunque el Juez competente tiene la facultad de imponer una medida cautelar que afecte la libertad personal de cualquier persona acusada de cometer un delito, ésta no debe ser irracional e ilimitada. La jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre derechos humanos optando por la teoría del no plazo de duración de las medidas cautelares, han precisado que en todo momento la imposición de la medida debe someterse a los criterios de proporcionalidad y racionalidad; asimismo una vez impuesta la medida, el transcurso del tiempo puede hacer decaer esos requisitos de proporcionalidad y racionalidad, para lo cual siempre debe tenerse en cuenta:

- a) La conducta del imputado en cuanto haya podido influir en el retraso del proceso,
- b) las dificultades para la investigación del caso,
- c) la manera en que la investigación ha sido conducida,

d) la conducta de las autoridades judiciales, estableciendo asimismo que la ley puede establecer los parámetros temporales para medir la razonabilidad del plazo de detención¹¹⁶.

La Garantía del Plazo Razonable de la Prisión Preventiva como Derecho Innominado de la Constitución.

Como vemos, la garantía del plazo razonable en la afección del derecho a la libertad ambulatoria surge de la necesaria lectura sistemática de la Constitución Política del Estado, de los tratados internacionales sobre derechos humanos, de sus valores y de la ideología subyacente en aquellos cuerpos normativos, que ubica en la cúspide de su pirámide axiológica la dignidad humana¹¹⁷ Por eso, aunque la garantía de plazo razonable no se encuentra expresamente contemplada en la Constitución Política del Estado, ello no impide al juzgador reconocer que se trata de un derecho fundamental de la persona, como lo ha establecido oportunamente el Tribunal Constitucional cuando afirmó:

“Al no haberse decretado la libertad inmediata del accionante de la presente causa tras la culminación de los treinta meses de detención,

¹¹⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Mario Eduardo Firmenich, Resolución Nº 17/89, Informe, Caso 10.037 Argentina, 13 de abril de 1989. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Jorge A. Giménez, Resolución Nº 12/96, Informe, Caso 11.245 Argentina, 1 de marzo de 1996. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Genie Lacayo v. Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Suárez Rosero v. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

¹¹⁷ CAFERATTA NORES, José. Proceso Penal y Derechos Humanos. Buenos Aires: 2000, pp. 190 y ss.

obligándole, por el contrario, a que permanezca detenido *ad infinitum*, so *pretexto* de un equivocado concepto de la tramitación procesal; ello sólo puede significar que se han transgredido todas las previsiones jurídicas que garantizan un proceso debido o regular, y que dicha situación ha comprometido, en particular, la eficacia o existencia de uno de aquellos derechos innominados constitucionalmente pero, a la par, consustanciales a los principios del Estado democrático de derecho y a la dignidad de la persona reconocidos en el Artículo 3º de la Constitución Política del Estado, como lo es sin duda, el derecho a un plazo razonable en la administración de justicia¹¹⁸.

En consecuencia, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y al plazo razonable de detención asociado al derecho a la libertad personal son derechos fundamentales reconocidos en el Artículo 3º de la Constitución Política del Estado¹¹⁹.

La doctrina nacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional son unánimes en aceptar que una medida cautelar que limita la libertad personal no puede ser indefinida en el tiempo y debe restringirse a un plazo razonable de duración, luego de lo cual la medida deviene en desproporcionada e irracional, en tanto, ilegal e inconstitucional. En el Artículo 137º del Código Procesal Penal, se regula el plazo máximo de la

¹¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Gilberto Andrés Ormeño Barraza, Expediente 1093-2000-HC/TC, Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2000, Fundamento 3.

¹¹⁹ Sobre los Derechos innominados ver: BIDART CAMPOS, Germán; “Los derecho “no enumerados” en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”, En: MENDEZ SILVA, Ricardo (Coordinador), Derecho internacional de los derechos humanos, México: UNAM, 2002, pp. 103-113.

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

Se configura así, el derecho a la libertad procesal, en cuanto, es derecho del encausado el hacer cesar la medida de detención preventiva al vencimiento del plazo legal establecido en el Artículo 137° del Código Procesal Penal. Sin embargo, ese requerimiento no debe afectar la continuación del proceso penal y su eficiencia, por ello, el Tribunal Constitucional ha establecido los presupuestos materiales de la procedencia de la libertad procesal en los siguientes términos:

- a) Vencimiento del plazo de duración de la detención preventiva,
- b) Inexistencia de una sentencia en primera instancia; y,

c) Conducta procesal regular del encausado en la tramitación de la causa; vale decir, no incurrir en una defensa obstruccionista atentatoria de la celeridad y éxito judicial¹²⁰.

Ahora bien, hecha esta salvedad, de la lectura del segundo párrafo del Artículo 137° del Código Procesal Penal se extrae que en el caso de procedimientos complejos el plazo máximo de detención sin sentencia será de 36 meses. Así lo ha establecido Tribunal Constitucional en el Caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio, al expresar que: “41. Sin embargo, al momento de aplicar dichos preceptos, el juez penal debe tener presente los siguientes criterios, a efectos de no afectar el derecho fundamental del procesado:

a) Se trata de plazos máximos que no pueden ser sobrepasados bajo ninguna circunstancia (límite absoluto al plazo de duración de la prisión preventiva).

b) Todos los criterios para valorar la razonabilidad de la duración del plazo (fojas de. 18 a 32) son aplicables cuando se pretenda prolongarlo en los casos de la generalidad de los delitos merituados en procedimiento ordinario (hasta 18 meses) y de los delitos merituados en el procedimiento especial (hasta 36 meses).

c) Sin embargo, una interpretación *pro homine* y *favor libertatis* del segundo párrafo del Artículo 137° del CPP, comporta que la “especial

¹²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Federico Tiberio Berrocal Prudencio, Exp. 2915-2004-HC/TC, Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2004.

dificultad” o “especial prolongación de la investigación” que permite justificar la prolongación del plazo de detención en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado (más de 36 meses), sólo podría fundamentarse en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio justiciable, sin que, para tales efectos, sea posible recurrir a una supuesta “complejidad del asunto”.

Más allá de los 36 meses sólo se puede extender la medida cuando el retardo en la administración de justicia sea imputable al procesado, hecho que debe ser acreditado por el juzgador, cuyos razonamiento no pueden basarse exclusivamente en la complejidad del asunto. Porque un plazo mayor afectaría gravemente la dignidad humana del sometido a la medida:

Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (Artículo 2º de la Constitución) y, por ello, está fundado en el respeto por la dignidad de la persona humana.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha variado su postura inicial y ha añadido una causal adicional para prolongar el plazo de detención más allá de los 36 meses de prisión preventiva: el estado de extrema necesidad, restringido a supuestos excepcionalísimos en el delito de tráfico ilícitos de drogas¹²¹.

Con todo, podemos decir entonces que la prolongación de la medida de prisión preventiva o la imposición de una nueva medida cautelar que afecte

¹²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Hernán Ronald Buitrón Rodríguez, Expediente Nº 7624-2005-PHC/TC, Sentencia de fecha 27 de julio de 2006, Fundamento 22.

el derecho a la libertad ambulatoria, como es el arresto domiciliario, sólo se justifica cuando el juzgador demuestra razonablemente perturbaciones indebidas de la defensa del procesado. Si ello no se verifica se afecta la garantía al plazo razonable, el derecho a la libertad personal, la dignidad humana y en última instancia se altera el Estado de Derecho.

Plazo Razonable en la Detención Domiciliaria

La garantía del plazo razonable, como se ha dicho, también se aplica *mutatis mutandi* al plazo de detención domiciliaria. Por implicar una afección importante al *ius ambulanti* (derecho a la libertad personal en su acepción de libertad ambulatoria). En el caso, Alfonso Villanueva Chirinos, el Tribunal Constitucional ha expresado que la detención domiciliaria afecta derechos fundamentales y que la garantía a un proceso penal eficiente que permita la sujeción del imputado al proceso penal no puede ser ilimitada frente a la garantía de protección de los derechos fundamentales del imputado. Así, al ser la detención domiciliaria una medida que afecta el derecho a la libertad del imputado en su acepción de *ius ambulanti* y al derecho a la presunción de inocencia debe aplicarse las reglas del plazo razonable:

Ello, por cuanto, siendo los derechos fundamentales límites a la actuación del legislador, las medidas de restricción de la libertad ambulatoria, cuando no se producen a consecuencia de la imposición de una pena, quedan justificadas únicamente, como *ultimo ratio*, en la medida en que resulten absolutamente imprescindibles y necesarias para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales en un proceso penal y siempre que no hayan otros mecanismos menos radicales para conseguirla. Caso contrario, se produce

una afectación al derecho a la libertad individual y al *principio informador de presunción de inocencia*¹²².

Así, para establecer el plazo razonable de duración del arresto domiciliario, el Tribunal Constitucional ha precisado que se deben utilizar en cada caso concreto los mismos criterios *mutatis mutandi* que operan para la determinación del plazo razonable en la prisión preventiva, aunque no exista un plazo legal establecido, ya que la falta de un límite temporal puede ser perjudicial para resguardar que la restricción del derecho a la libertad individual responda al parámetro de proporcionalidad y no vulnere el contenido esencial del derecho a la libertad, debido a lo problemático que puede resultar determinar lo razonable o lo excesivo de una detención, cuando no se establecen legalmente parámetros claros. Atendiendo a ese problema, en aplicación del inciso 8 del Artículo 139º de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha establecido dos premisas para llenar ese vacío legal:

a) *la existencia del plazo máximo no resulta el único criterio determinante para constatar que una detención deviene en desproporcionada y arbitraria luego de vencido el plazo, este último, deriva del deber del juez de revisar de oficio y permanentemente la subsistencia de la razones que motivaron la medida cautelar, así como el comportamiento del imputado a lo largo del proceso*¹²³; y,

¹²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Alfonso Villanueva Chirinos, Expediente 731-2004-HC, sentencia de fecha 16 de abril de 2004, fundamentos 4, 5 y 6.

¹²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Alfonso Villanueva Chirinos, Expediente 731-2004-HC, de fecha 16 de abril de 2004, fundamento 13.

b) *la inexistencia de un plazo máximo legal*, de ninguna manera puede admitirse como justificación válida para la permanencia de una medida restrictiva de derechos, de forma indefinida, arbitraria y desproporcionada, debiendo más bien, ser valorada en cada caso, según los elementos de juicio objetivos existentes. Lo contrario, llevaría al absurdo de mantener a la persona privada de su libertad - en mayor medida -, por el establecimiento de medidas cautelares y no a consecuencia de la imposición de una pena; o, lo que es peor, detenida indefinida y provisionalmente en prisión o en el domicilio, para luego ser absuelto por inexistencia del hecho imputado¹²⁴.

Recordemos que el derecho a ser juzgado en un tiempo prudencial o razonable o a ser puesto en libertad, lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 de NN.UU. en el Art. 9 n. 3.¹²⁵

¹²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad de la Ley Nº 28568, Ley del Arresto Domiciliario, Exp. 0019-2005-PI/TC, de fecha 21 de julio de 2005, Fundamento. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Caso Alfonso Villanueva Chirinos, Expediente 731-2004-HC, de fecha 16 de abril de 2004, fundamento 13.

¹²⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **Artículo 9**

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

- **El Sistema Acusatorio en el Nuevo Código Procesal Penal**

Jorge Rosas Yataco.

Ha sido Fiscal Provincial Coordinador de Huaura.

Ex Profesor de la Universidad de San Pedro-Huacho.

Egresado de Maestría en Ciencias Penales-UNMSM.

I. Preliminar. II. Panorama del nuevo modelo procesal penal. a) Insuficiencias del antiguo modelo procesal. b) Razones que justifican el nuevo modelo procesal. c) Líneas rectoras del nuevo sistema procesal. d) Rol fundamental del Ministerio Público. III. Problemas generales detectados. a) Ministerio Público. b) Poder Judicial. c) Policía Nacional. d) Defensoría. IV Problemas específicos. a) Con la Policía Nacional del Perú. b) Con el Poder Judicial.

I.- PRELIMINAR.

El presente trabajo responde a una apreciación panorámica del nuevo modelo procesal penal. Así destacaremos las insuficiencias del sistema mixto, las razones que justifican este nuevo cambio y las líneas rectoras

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

que informan el sistema acusatorio.

Este nuevo Código Procesal Penal, viene aplicándose en el distrito judicial de Huaura desde el primero de julio del 2006 y desde el primero de abril del 2007 en el distrito judicial de La Libertad, y es a raíz de la experiencia en el primer distrito judicial mencionado donde se pueden anotar algunos inconvenientes y problemas, sugiriéndose algunas propuestas de solución.

Veamos pues, una breve apreciación panorámica de los principales problemas detectados y las soluciones que a corto, mediano o largo plazo, deben de tenerse en cuenta.

II- PANORAMA DEL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL.

Tal como se ha señalado líneas arriba, vamos a desarrollar un estudio panorámico del sistema penal adoptado por el Código Procesal Penal, pero para ello es necesario recordar y hacer un repaso breve de las insuficiencias del antiguo molde procesal, así como los motivos y las razones que han empujado a incorporar el sistema acusatorio en nuestro sistema procesal penal, para culminar con los principios o líneas rectoras que informan o sustentan el nuevo modelo.

a) Insuficiencias del antiguo modelo procesal

1.- Modelo procesal penal mixto, predominantemente inquisitivo y mínimamente acusatorio. No obstante que se establece esta mixtura en

el Código de Procedimientos Penales de 1940, sin embargo, el modelo que predomina y resalta es el inquisitivo. Así podemos mencionar, entre otras, el culto a los formalismos, ritualismos, a la escrituralidad, la adopción del secreto de la investigación incluso para las partes involucradas, y la conducción de la investigación por el juez. Por su parte en el tema acusatorio sólo se vislumbra en el acto del Juicio Oral, los principios de la publicidad, contradicción e inmediación, pero con ciertas limitaciones y problemas que por el mismo sistema adoptado no se cumplen a cabalidad. Como bien anota **Arsenio ORÉ GUARDIA** (*Manual de Derecho Procesal Penal, Lima 1996, p.16*), el proceso penal mixto quedó estructurado en dos etapas principales: el sumario o instrucción, de corte inquisitivo; y el plenario o juicio, de corte acusatorio.

2.- Se contempla como proceso penal tipo al ordinario y por excepción, el sumario, siendo que en la práctica ocurre todo lo contrario. Pues, más del noventa por ciento de los delitos del Código Penal se tramitan vía proceso sumario, siendo en la realidad está la generalidad, y la excepción, los procesos ordinarios. De esta forma, la mayoría de los procesos penales, son conocidos y resueltos por el Juez penal que al mismo tiempo investiga y falla en un caso en concreto, contraviniendo el principio de la imparcialidad. Es interesante citar al profesor **Juan MONTERO AROCA** (*Principios del proceso penal, Valencia 1997, ps.86-87*) cuando argumenta que la esencia de la potestad jurisdiccional consiste en que el titular de la misma no puede ser, al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del Derecho por la jurisdicción han de existir dos partes

enfrentadas entre sí, que por lo mismo son parciales, las cuales acuden a un tercero imparcial que es el titular de la potestad jurisdiccional, es decir, el juez o magistrados. Este proceso penal ordinario tiene tres etapas: la instrucción, la etapa intermedia y el juzgamiento. La instrucción o investigación judicial que es dirigida por el Juez o *ad quo*, y la segunda y tercera fases, sobreseimiento y/o acusación, ofrecimiento de medios de pruebas y otros, la conducción del debate oral y el fallo la corresponde a la Sala Superior o *ad quem*. Bien explica el maestro **César SAN MARTIN CASTRO** (*Derecho Procesal Penal, Vol. I, Lima 2003, p. 430*) que en la primera etapa se reúne el material fáctico necesario que, en su momento, merecerá ser juzgado en la segunda etapa, determinándose –por un lado- si existen bases suficientes para calificar la antijuricidad penal del hecho y –por otro lado- si pueden ser imputados o acusados a una persona individualizada. En la segunda etapa o fase, la intermedia, de naturaleza eminentemente crítica, que es la que se concentra en el análisis del material recopilado en la instrucción a fin de determinar el archivo o sobreseimiento de la causa o la procedencia del juicio oral. En la etapa o fase de enjuiciamiento, una vez que se ha decidido que existen bases para acusar y juzgar a una persona, se procede al juicio oral y público que termina con la expedición de una sentencia. Esta vía ordinaria, sin embargo, con su problemática y limitaciones, es de mínima aplicación.

3.- Este sistema procesal se elaboró pensando en otro tipo de criminalidad. En efecto, debemos tener en cuenta que si bien se han realizado una serie de sucesivas modificaciones al Código de Procedimientos Penales de 1940, sin embargo su elaboración y

construcción se cimentó considerando en los tipos de criminalidad de esa época, por lo que el cambio total, y no parcial era una realidad patente. Pues con el correr del tiempo –más de sesenta años-, el avance y desarrollo de la cultura de los países, de su industria y tecnología ha motivado un nuevo cambio en las costumbres y modo de vida de las personas y por ende esto ha influido también en las organizaciones delincuenciales, siendo que en la actualidad su organización, su estructura y su *modus operandi* ha cambiado radicalmente en un mundo globalizado, tomando hoy la denominación de “criminalidad organizada”. De ahí que con razón el profesor **Fidel ROJAS VARGAS** (*Presentación del Código de procedimientos Penales, Lima 2003, p.07*), señalara que el Código de Procedimientos Penales, hito importante en el desarrollo del sistema acusatorio, expresa hoy así dos momentos distintos de lectura. Augural y novedoso en los años cuarenta del siglo precedente. Arcaico y desfasado en el presente, por lo mismo ineficaz y motivo ideal para dirigir hacia él todas las limitaciones y perversiones de la justicia penal. Finalmente, en este tema es necesario anotar que la criminalidad organizada significa la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho en concreto, se asocian generalmente por un tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto criminal (**Wilfried Bottke**, *Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*, Revista Penal N°02, Barcelona, p.02) y que el instrumento principal de la mafia y de las demás organizaciones criminales no es la violencia, sino la corrupción, pues esta última es por naturaleza propia silenciosa, favorece la mimetización, permite conseguir el objetivo deseado con menores riesgos y mina las instituciones desde su interior

(**Luigi Foffani**, *Criminalidad organizada y criminalidad económica*, Revista Penal N°02, Barcelona, p.59).

4.- **En el proceso penal sumario se obvian los principios de la publicidad, oralidad, inmediación y otros.** La determinación de la sentencia se realiza en base a la apreciación de las diligencias practicadas en la investigación judicial así como el mérito de la documentación acompañada en los actuados, prescindiéndose de la aplicación efectiva de los principios indicados. Ya el profesor **Víctor BURGOS MARIÑOS** (*El proceso penal peruano: una revisión sobre su constitucionalidad*, en

Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N°03, Lima 2002, p. 91 y ss.) había señalado las diversas razones de la inconstitucionalidad del proceso sumario: la reunión en una sola mano de las funciones de investigación y juzgamiento, la delegación de funciones, la sentencia se expide sin la previa realización de un juicio, así como se obvia la publicidad.

5.- **La investigación del hecho conducida por el Ministerio Público, pero sólo como función pre procesal.** El Fiscal dirige la investigación preliminar pero solo en lo que constituye los actos iniciales de la investigación, esto es, previo a la apertura de la investigación judicial, luego de ello pierde toda dirección. Es importante lo expuesto por el doctor **José Antonio PELÁEZ BARDALES** (*El Ministerio Público. Historia, balance y perspectivas*, Lima 2003, ps. 187-188) que se ha cuestionado mucho la introducción de este nuevo proceso acusatorio, aduciendo, entre otras razones, que el Ministerio Público no está capacitado ni profesional, ni estructuralmente para afrontar una efectiva y real conducción de la

investigación en su etapa preliminar. Consideramos, sin embargo, -nos aunamos a la posición asumida por el autor mencionado-, que tales críticas carecen por completo de asidero, pues, recientes actuaciones del Ministerio Público, a raíz de las denuncias de los sucesos de corrupción del anterior régimen, han demostrado que esta institución y sus Fiscales están suficientemente preparados, con la ayuda y aporte de competentes asesores y de los cuerpos técnicos de la Policía, para afrontar este gigantesco reto.

6.- Culto a la escrituralidad y donde el eje central constituye el Expediente. En contravención al sistema de la oralidad se privilegia todas las diligencias transcritas en las actas y la documentación que constituyen el legajo de los Expedientes. Esto conlleva a decidir o fallar en mérito a lo que se encuentra sólo en el Expediente -y no en una apreciación directa, inmediata, oral y contradictoria de la prueba-, en los casos de los procesos sumarios, y por qué no decir también los ordinarios.

b) Razones que justifican el nuevo modelo procesal

Parafraseando al profesor **Alex AROCA PÉREZ** (*El nuevo sistema procesal penal, Santiago de Chile 2003, p.09*) la reforma procesal penal en Chile (en Perú) constituye, en esencia, una respuesta integral, coherente, frente a la impostergable necesidad de adaptar el sistema de justicia penal a los requerimientos de la sociedad actual

Ya la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Procesal Penal de abril de 2004 señalaba que “Son varias las razones que justifican que

nuestro país cuente con un nuevo Código Procesal Penal. Desde un punto de vista del **derecho comparado** casi todos los países de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos; es el caso de Argentina, Paraguay, Chile, Bolivia, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Honduras, El Salvador y Ecuador. Esta tendencia en la legislación comparada tiene su razón de ser en la necesidad de que los países de este lado del continente **adecuen su legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos**

(Declaración Universal de los Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). En el orden interno la opción asumida por la Constitución de 1993 al otorgarle la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público obliga adecuar el proceso penal a dicha **exigencia constitucional**. De otro lado la permanente **fragmentación de la legislación procesal penal** ocurrida en las dos últimas décadas convierte en imperiosa la necesidad de organizar toda la normativa en un cuerpo único y sistemático y bajo la lógica de un mismo modelo de persecución penal”.

De allí que **Víctor CUBAS VILLANUEVA** (*Apuntes sobre el nuevo Código*

Procesal Penal, El nuevo Proceso penal, Lima 2004, p. 7) sostenga que son varias razones que justifican que nuestro país cuente con un nuevo Código Procesal Penal, destacando tres:

1) Desde el punto de vista del **Derecho comparado** casi todos los países

de nuestra región cuentan hace ya algunos años con códigos de proceso penal modernos; es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile,

Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay y Venezuela.

2) La necesidad de **adecuar la legislación a los estándares mínimos que establecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos**

(Declaración Universal de los Derechos humanos, Convención Americana de

Derechos humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y a las normas contenidas en la Constitución Política del Estado que otorgan la titularidad de la persecución penal al Ministerio Público.

3) La imperiosa necesidad de organizar toda la normatividad procesal en un **cuerpo único y sistemático**, bajo la lógica de un mismo modelo de persecución penal.

Desde nuestro punto de vista queremos agregar una razón más a las ya expuestas y creemos es también importante. Se trata de que con la **incorporación a nuestro sistema penal del sistema acusatorio**, con sus bondades y defectos, constituye hoy por hoy un modelo procesal penal que introduce y respeta los principios procesales que tanto se pregona. De modo que era inevitable insertar este sistema, de lo contrario el colapso en la justicia penal peruana se va agudizar. Ahora depende de los operadores de justicia penal para que esto funcione, el Juez controlando que se respeten las garantías y derechos de los sujetos procesales; el

Fiscal controlando y conduciendo el trabajo policial; y, la defensa a la expectativa del cumplimiento del debido proceso.

c) Líneas rectoras del nuevo sistema procesal

El nuevo modelo procesal así como sus instituciones se edifican sobre la base del modelo acusatorio cuyas grandes líneas rectoras a considerarse son:

1.- Determinación de los roles: separación de funciones de investigación y de juzgamiento, así como de la defensa. La distribución de este trabajo en el sistema de justicia penal era impostergable, no solo por el fundamento constitucional, sino porque era la única forma de hacer operativo en la práctica y que esto obtenga un resultado eficaz, en cumplimiento del principio de la imparcialidad, ya que si el Fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública y a quien se encomienda también la carga de la prueba, quien mejor el más indicado para plantear la estrategia de investigación y desarrollarla conjuntamente con la Policía, formulando sus hipótesis y conclusiones al conocimiento de una noticia criminal. Es interesante, abundando en este ítem, lo expresado por **Raúl Eduardo NÚÑEZ OJEDA** (*La instrucción del Ministerio Público o Fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España, Revista Doctrina y Jurisprudencia Penales N°01, Lima 2000, p.252*) que la existencia de la investigación preliminar a cargo del Ministerio Público sólo es posible en el marco de un sistema penal inspirado en el principio acusatorio, ya que

surge como consecuencia necesaria de la adopción de aquella forma de enjuiciamiento: al separar definitivamente la función requeriente de la persona del Juez, encomendándosele al Ministerio Público (órgano natural para ejercer la pretensión represiva), resulta claro que la tarea preliminar al eventual ejercicio de la acción penal debe quedar en manos del mismo órgano requeriente.

2.- Rol fundamental del Ministerio Público. De allí que en el trabajo desarrollado y elaborado por el Ministerio Público (*Propuesta del Ministerio Público para la implementación del nuevo Código Procesal Penal. Diseño del nuevo sistema de gestión fiscal*, Lima en abril del 2005, p. 34) que fuera preparado silenciosamente por un equipo de Fiscales bajo la presidencia de la doctora Gladys Echaíz Ramos, se señale expresamente que en su nuevo rol, la figura del fiscal se fortalece asumiendo una acción protagónica como director de la investigación, que liderará trabajando en equipo con sus fiscales adjuntos y la Policía, diseñando las estrategias a ser aplicadas para la formación del caso y, cuando así corresponda, someterlo a la autoridad jurisdiccional, esta nueva actitud conlleva a que en el proceso ya no se repitan las diligencias. El nuevo Despacho Fiscal toma elementos del modelo corporativo de trabajo, el mismo que permite la gestión e interacción de sus actores, incluyendo criterios importantes para el control y seguimiento de sus servicios; recogiendo la valiosa experiencia de veintitrés (ahora veintiséis) años de funcionamiento del Ministerio Público en el Perú, en la formulación de una propuesta acorde con nuestra realidad, considerando la diversidad geográfica y multicultural del país.

3.- El Juez asume unas funciones, entre otros, de control de garantías

de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Efectivamente, el nuevo

Código Procesal Penal le encomienda el control de la investigación realizada por el Fiscal, en tanto se cumplan con los plazos y el tratamiento digno y adecuado a las normas procesales de los sujetos procesales. De modo que la víctima o imputado que cree se han vulnerado sus derechos procesales en la investigación, de cuya dirección le compete al Fiscal, puede acudir al Juez para que proceda de acuerdo a ley. Es interesante mencionar lo advertido por el profesor español **Manuel MIRANDA ESTRAMPES** (*El juez de garantías vs. El juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio*, Revista Peruana de Ciencias Penales, N°17, Lima 2005, p.456) que el ejercicio de las funciones del juez no debe limitarse a *convalidar formalmente* las solicitudes del Ministerio Público, sino que debe asumir un papel activo en defensa de los derechos del imputado y de las demás partes. El Juez de la Investigación Preparatoria no puede convertirse en un simple Juez *estampillador*. El control judicial de la investigación llevada a cabo por el fiscal debe ser efectivo para que realmente cumpla con la función de garantía que tiene encomendada y para que el nuevo sistema procesal sea operativo.

4.- El proceso penal común se divide en tres fases: investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento. La primera fase la conduce el

Ministerio Público. La segunda y tercera le corresponde su dirección al

Juez. Este modelo de proceso penal llamado común es el proceso único que contempla el Código Procesal Penal.

5.- El Fiscal solicita las medidas coercitivas. A diferencia del anterior sistema procesal, en el sistema acusatorio que imprime este nuevo Código Procesal

Penal, se faculta al Ministerio Público a requerir las medidas coercitivas, sean estas personales o reales.

6.- El juzgamiento se desarrolla conforme a los principios de contradicción e igualdad de armas. Esta fase la conduce el Juez y permite que el

Fiscal sustente su acusación, permitiendo asimismo que la defensa pueda contradecir dicho argumento en un plano de igualdad procesal, equilibrando la balanza, demostrando el juzgador su absoluto respeto y cumplimiento al principio de la imparcialidad. **Manuel JAÉN VALLEJO** (*Los principios de la prueba en el proceso penal, Colombia 2000, p.21*) explica que aparte de la oralidad e inmediación, el principio de contradicción, inherente al derecho de defensa, es otro principio esencial en la práctica de la prueba, al permitir a la defensa contradecir la prueba. El profesor

Florencio MIXAN MAS (*Juicio Oral, Trujillo 1996, p.99*) ha señalado que el contradictorio en audiencia se concreta –entre otras modalidades– poniendo en conocimiento de los demás sujetos procesales el pedido o

medio de prueba presentado por alguno de ellos; por ejemplo, la oportuna y eficaz práctica del principio del contradictorio entre el acusador y el acusado hace necesario que éste tenga un defensor versado en las ciencias penales, para que le oriente adecuadamente durante la audiencia y pueda contraponer argumentos técnicos-jurídicos a los que esgrima el acusador. Finalmente, **Kai AMBOS** (*Principios del proceso penal europeo, Colombia 2005, p. 67*) ha referido que según la concepción moderna, la igualdad de armas exige que las partes puedan presentar el caso bajo condiciones que no impliquen ninguna posición desventajosa respecto de la contraparte. Ello depende tanto de la apariencia exterior como de la elevada sensibilidad respecto de una equitativa administración de justicia

La garantía de la oralidad es la esencia misma del juzgamiento: esta garantía de la oralidad permite que los juicios se realicen con inmediación y publicidad. **Alberto M. BINDER** (*Introducción al Derecho Procesal Penal, Buenos Aires 200, p.100-101*) expone que la oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal. La oralidad representa, fundamentalmente, un medio de comunicación: la utilización de la palabra hablada, no escrita, como medio de comunicación entre las partes y el juez y como medio de expresión de los diferentes órganos de prueba.

8.- La libertad del imputado es la regla durante todo el proceso, siendo la excepción la privación de la libertad del imputado. En el marco de un auténtico Estado de Derecho, la privación de la libertad ambulatoria anterior a la sentencia condenatoria, sólo puede revestir carácter excepcional. Junto al derecho a la presunción de inocencia y como lógica

consecuencia de éste aparece que la prisión preventiva debe regirse por el principio de excepcionalidad. A la vez, la excepcionalidad emerge de la combinación entre el derecho a la libertad y la prohibición de aplicar una pena que elimine totalmente dicho derecho (James **REÁTEGUI SÁNCHEZ**, *En busca de la prisión preventiva*, Lima 2006, p.153.)

9. - **Diligencias irrepetibles**, excepcionalmente es permitido cuando las razones así lo justifican. En el sistema anterior había toda una repetición de diligencias, desde manifestación policial, indagación fiscal e instructiva, tratándose del imputado.

10.- **Se establece la reserva y el secreto en la investigación.** Entendemos como reserva de la investigación cuando esto implica el mantenimiento en la esfera particular de los sujetos procesales del contenido de la investigación, con exclusión de los demás que no son considerados como sujetos procesales, mientras que el secreto de la investigación significa el desconocimiento de una diligencia o documento de la investigación de los sujetos procesales por un tiempo prudencial (**Jorge ROSAS YATACO**, *Derecho procesal penal*, Lima 2005, p.559).

11.- **Nueva organización y funciones de los Jueces y Fiscales.** Este nuevo modelo implementado por el Código Procesal Penal ha modificado sustancialmente la estructura, organización y funciones del sistema de justicia penal. Así, -como se verá más adelante- la Fiscalía de la Nación ha incorporado la Fiscalía Corporativa, como la figura del Fiscal Coordinador. Ocurre lo mismo en el Poder Judicial con los Jueces de la Investigación

Preparatoria, Unipersonal y Colegiado.

d) Rol fundamental del Ministerio Público

Siguiendo las enseñanzas del profesor chileno **MAURICIO DUCE** (*El Ministerio*

Público en la reforma procesal penal en América Latina: visión general acerca del estado de los cambios, en Revista Vista Fiscal, N°03, Lima 2005, p.09 y ss.) nos describe la siguiente problemática:

1) **Colaboración en forma decisiva para la abolición del sistema inquisitivo:** En una importante medida la sobrevivencia del sistema inquisitivo se explica por la falta de transformación de la etapa de instrucción criminal la que constituye el corazón del sistema. A decir de Alberto Binder una contribución fundamental del Ministerio Público para lograr la abolición de la manera inquisitiva de ejercer el poder penal es a través del desmantelamiento de la estructura del actual sumario criminal o etapa de investigación; esto debiera llevar a recuperar la centralidad del juicio oral y consiguientemente a la reestructuración completa del sistema; este objetivo se logra mediante la desformalización de la etapa de instrucción y la liberación de la responsabilidad persecutoria del juez que interviene durante la investigación.

En efecto, el papel que debe desempeñar el Fiscal es fundamental para el cambio de mentalidad y funcional acorde al nuevo modelo.

2) **Constituirse en el motor que impulsa el trabajo medular del nuevo**

sistema: La lógica del nuevo sistema opera en base a la idea de que una institución fuerte estará a cargo de conducir la investigación, formular cargos en contra de los acusados y representar a la sociedad en los juicios orales. Este nuevo modelo requiere que el Ministerio Público asuma un ritmo de trabajo del sistema para que éste funcione óptimamente. De allí que el Ministerio Público se convierte en una especie de motor del nuevo sistema. Hay dos áreas:

o ***Es una institución clave para desformalizar la etapa de investigación criminal***, lo que ha demostrado ser uno de los aspectos más deficitarios del modelo inquisitivo vigente antes de la reforma en la mayoría de los países de la región. Esta etapa era burocrática, ritualista y excesivamente formalizada. El nuevo sistema requiere, que el Ministerio Público sea capaz de dinamizar el proceso de investigación criminal dotándolo de mayor flexibilidad, desarrollando trabajo en equipos multidisciplinarios, coordinando más eficientemente el trabajo policial, en fin, constituyéndose en un puente de comunicación entre el mundo de la actividad policial y el trabajo judicial dinámico. El Fiscal del nuevo modelo tiene que ser dinámico y flexible en su actuación, diseñando su estrategia de investigación desde el inicio del conocimiento del hecho, para lo cual podrá constituirse en el lugar de ocurrencia para tener un conocimiento cabal del suceso y tomar las decisiones adecuadas.

o ***La actuación del Ministerio Público es fundamental para el***

diseño de una política de control de la carga del trabajo que no sólo posibilite a la institución funcionar dentro de parámetros de eficiencia y calidad óptimos, sino también al sistema de justicia criminal en su conjunto. El Ministerio Público es la institución que dispone de las herramientas idóneas para establecer una política de este tipo y superar así uno de los males endémicos de la justicia criminal en Latinoamérica: la sobrecarga de trabajo de sus distintos operadores.

Es por ello que, en la mayoría de los procesos de reforma, se entregaron importantes facultades a los fiscales para que no ejercieran la acción penal y recurrieran, en cambio, a diversas manifestaciones del principio de oportunidad, a *salidas alternativas* del sistema (acuerdos reparatorio, terminación anticipada) y la aplicación de *mecanismos de simplificación procesal* (proceso inmediato, colaboración eficaz, etc.). En efecto, el Código Procesal Penal ofrece una serie de mecanismos procesales al Fiscal para contribuir a la descarga procesal, decidiendo los casos tempranamente.

3) Asumir el liderazgo en la promoción y protección de los intereses de las víctimas: La víctima, actor tradicionalmente olvidado en la configuración de los sistemas inquisitivos, adquiere un nuevo protagonismo con los procesos de reforma traducidos en la consagración normativa de un conjunto de derechos a su favor, buena parte de los cuales deben ser articulados por el Ministerio Público, quien asume la obligación de promoverlos y tutelarlos.

Entre ellos se incluyen derechos tales como: el derecho a la información, reparación, protección y asistencia. En efecto el testigo para el Fiscal es sumamente importante en un juicio oral.

Los problemas más importantes que se han advertido se centran básicamente en las fases de la investigación preliminar (diligencias preliminares), así como en la investigación preparatoria propiamente dicha, de los Casos presentados ante el Ministerio Público, que se analizarán a continuación.

¿Pero que son los principios jurídico procesales penales?

Alberto Binder , señala que hablar de garantías es hablar de mecanismos jurídicos que impiden el uso arbitrario o desmedido de la coerción penal(1)

Del mismo modo **Julio Maier** señala que las garantías procesales son las seguridades que se otorga para impedir que el goce efectivo de esos derechos (los fundamentales) sea conculcado por el ejercicio del poder estatal, ya en la forma de limitación de ese poder o de remedio específico de repelerlo.(2)

Por otro lado **Luigi FERRAJOLI** hace una comparación de las garantías materiales y procesales sosteniendo que mientras las garantías penales o sustanciales subordinan la pena a los presupuestos sustanciales del delito (lesión, acción típica y culpabilidad), las garantías procesales o instrumentales permiten la efectividad de esas garantías en tanto se afirme

la presunción de inocencia, la separación entre acusación y juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. (3)

Del conjunto de esos derechos y principios procesales, como es obvio, se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. Es de recordar que en tanto el proceso es una estructura constituida por una serie ordenada de actos que se realizan en el tiempo, en el que hacer de los sujetos procesales se halla gobernado por principios, que son categorías lógico jurídicas, muchas de las cuales han sido positivizadas en la Constitución o en la Ley, cuya finalidad es señalar el marco dentro del cual debe desenvolverse actividad procesal.

En este sentido debe tenerse en cuenta que en la doctrina estos principios persiguen cuatro finalidades:

(1) Binder Alberto (1993) Introducción al Derecho Procesal Penal, edit. Buenos Aires, p.54

(2) Julio Maier (1989) Derecho Procesal Argentino, edit. Hammurabi, Buenos Aires, p.230

(3) Luigi Ferrojoli (1990) Justicia Penal y democracia en el contexto extra procesal, Maracaibo, p. 9

a) Orientan la actividad de los jueces, fiscales y de quienes intervienen en el proceso, al aplicar los dispositivos del código cuando no hay una disposición expresa para un caso particular no prevista.

b) Reconocen atributos y garantías especiales a las personas que directa o indirectamente se ven involucrados en un proceso penal.

c) Orientan la aplicación o interpretación de la ley, al confrontarse un caso concreto. Precisamente la interpretación sistemática tiene una fuente en los principios fundamentales.

d) Inspiran la función legislativa posterior. Ósea que las nuevas leyes procesales que se den en el futuro deben adecuarse a estos principios.(4)

Entre tratados internacionales que amparan estos principios fundamentales, podemos citar:

-Carta de las Naciones Unidas aprobada en San Francisco el 25 de junio de 1945.

-Declaración Americana de los Derechos y Deberes de Hombre, probada en Bogotá en 1948.

-Declaración Universal de Los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

-Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por asamblea General de las naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966.

-Convención Americana sobre derechos Humanos aprobada en san José de Costa Rica el 18 de Noviembre de 1969.

Estos tratados internacionales suscritos por nuestros países hermanos han servido como hitos históricos , que a la vez han sido adoptado en nuestro ordenamiento jurídico , de forma general en nuestras cartas magnas , y de forma especial en los códigos procesales penales ,siendo como dice Ferrajoli garantías de libertad.

Teniendo como base lo que significan estas garantías fundamentales materializadas o mejor dicho positivizadas en las constituciones políticas de los países que gozan del privilegio del estado de derecho. Nos atreveremos a fundamentar el derecho a la defensa como derecho fundamental e imprescindible en un debido proceso.

El principio de derecho a la defensa es intangible debido a que todo ciudadano tiene derecho a defenderse de los cargos que se le realicen en el transcurso de un proceso penal.

Los antecedentes de este derecho se remonta al derecho anglosajón y el de Iluminismo, siendo recogidos esta garantía por los tratados internacionales encargados de velar por la correcta viabilización del proceso por el rumbo de la justicia.

Entre estos tratados tenemos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su articulado 11, inc. 1, que a pie de letra dice: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad , conforme a ley y en juicios públicos y en el que se le hallen asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Manuel CATAFORA GONZALES

De igual modo este derecho es acogido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 14 inc 3 acápite “d” en el cual hace referencia que la persona “ al hallarse presente en proceso y defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección ; a ser informada; si no tuviera defensor , del derecho que le asiste tenerlo , y siempre que el interés de la justicia lo exija a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente , si careciera de medios suficientes para pagarlos”

Por otro lado la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica adopta esta garantía en sus artículo 8 inc 2 acápite “e” que dice : “la persona tiene derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado , remunerado o no según la legislación interna , si el inculcado no se defendiese personalmente por si mismo ni nombre defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

Como vemos todos estos tratados que han albergado en sus senos a esta garantía tienen en común que aquel es de suma importancia, debido que va garantizar que el proceso penal se encuentre dentro del ámbito de racionalidad y de igualdad de derechos o como aquello que se denomina en ingles Fair trial.

El derecho de defensa cumple dentro del proceso penal un papel particular : por una parte , actúa en forma conjunta con las demás garantías , por la otra , es la garantía que torna operativa a todas la

demás .Por ello , el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales .la inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el ciudadano , porque es el único que permite que las demás garantías tengan vigencia concreta dentro del proceso penal es así que este derecho si no es cumplido debidamente puede acarrear las muy conocidas nulidades procesales debido a l vulneración u omisión de este .

Es por ello que en Sudamérica este principio es adoptado por las constituciones de los estados hermanos del Perú como a continuación veremos:

Bolivia.-

Se reconoce el carácter inviolable del derecho de defensa en un proceso judicial. Asimismo la necesidad de asistencia letrada desde el momento de detención del inculcado Constitución Política en su art.16.

Chile.-

Asegura a todas las personas el derecho a la defensa jurídica en la forma que la ley señale, no cabiendo impedimento o restricción alguna por parte de autoridad o persona cualquiera (Constitución Política, Art. 19).

Colombia.-

Reconoce a los sindicados el derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento. Se establece el deber de reglamentar por ley los supuestos

en los que la persona puede acceder a la administración de justicia sin representación de abogado, no limitando el acceso a la administración de justicia mediante la defensa cautiva. Constitución Política, (Arts. 29 y 229)

Ecuador.-

Establece que nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. No se podrá efectuar interrogatorio alguno sin la asistencia de un abogado defensor; la contravención de esta disposición priva de eficacia probatoria a cualquier diligencia que se efectúe. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intra familiar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos. Constitución Política, Art. 24.

Perú.-

Reconoce el derecho de defensa como un principio y derecho de la función jurisdiccional. Nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Asimismo, establece el derecho a la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y para todos, en los casos que la ley señala. Constitución Política, Art. 139, Incisos 14 y 16

Venezuela

La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser

notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Constitución Política, Art. 49, Inciso 1)

¿Pero que es en si el derecho a la Defensa?

Es un Derecho fundamental e imprescriptible en un debido proceso , que permite al imputado hacer frente al sistema penal en un formal contradicción con igualdad de armas .(5) Y es que el derecho a la defensa del imputado – lo que no implica que los sujetos procesales no gocen también de este derecho – comprende la facultad, de controlar la prueba de cargo , en la de probar los hechos que procuran una exclusión o atenuación de responsabilidad , y todas aquellas que signifiquen la obtención de lo más favorable al acusado.

Sánchez Viamonte se hace presente ubicando a este derecho realionmadolo con los derechos esenciales del hombre , vinculado a los valores de libertad y de seguridad jurídica .Para el destacado constitucionalista , sin libertada de defensa no puede haber juicio propiamente dicho , siendo este uno de los requisitos del **debido proceso**. En la misma línea de pensamiento , **Linares Quintana** destaca que el derecho de la defensa significa para todo habitante la real posibilidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales en demanda de justicia y la facultad de llevar a cabo antes dicho poder “todos los actos razonables encaminados a una cabal defensa personal de su persona o de sus derechos de juicio(6)

Por otro lado **Caroca Pérez** advierte las dos dimensiones del derecho de defensa leal primero como **derecho subjetivo** debido a que es visto como un derecho fundamental que pertenece a todas las partes del proceso, cuyas notas características son la **irrenunciabilidad** (la parte no puede decidir que no se le concede la oportunidad de defenderse) y su **inalienabilidad** (no puede ser dispuesta por su titular, ni su ejercicio puede serle substraído ni traspasado a terceros. En cuanto a la segunda como **garantía del proceso**, esta dimensión, de carácter objetivo institucional, la defensa constituye un verdadero requisito para la validez del proceso, siempre necesaria, aun al margen o por sobre la voluntad de la parte, para la validez del juicio.(7)

Pero para ejercitar este derecho la doctrina ha reconocido dos formas:

A).-La material.-

Que se ejercita personalmente, por lo que también se llama autodefensa y se materializa mediante manifestaciones de voluntad, haciéndose escuchar las veces que se considere importante, abstenerse de declarar, presentando peticiones de diverso orden, confrontándose con quienes la ley lo permite. Este derecho está garantizado por el INCD, art 8 de la convención americana sobre derechos humanos de San José y el inc.d del art.14 del pacto internacional.

(5) Arsenio Ore Guardia, Manual de Derecho procesal, editorial, alternativas, Lima Perú, p.29

(6) Victor Cubas Villanueva, Wel proceso Penal, edit. Palestra, Lima Perú , p 33

(7) Vicente Carocca Perez , Garabtia Constitucional de la defensa procesal , cit .p. 20

B).-LA Formal.-

Que se ejercita por un profesional en el derecho que completando las limitaciones las limitaciones del imputado, formula alegatos, intervienen en los interrogatorios y hace las observaciones que considere pertinente.

(8)

El tribunal constitucional peruano ha establecido que el ejercicio del de Derecho de defensa , de especial relevancia en el proceso penal tiene estas dos características , **la defensa material** , referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que tome conocimiento de que se le atribuye la comisión de un determinado hecho delictivo , y otra formal, lo que supone el derecho a un defensa técnica , esto es el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso (9).Ambas formas de derecho a la defensa forman parte del contenido constitucional protegido del derecho a la defensa .En ambos casos se garantiza el derecho a no ser postrado a un estado de indefensión” (STC, exp. N°. 1323-2002 HC/TC, Asunto Silvestre Espinoza, de 9 de julio de 2002, Fj2.)

Carlos Enrique Edwards sintetiza de la siguiente forma el derecho a la defensa sustentándose en los Tratados Internacionales.

1.- Asistencia de un traductor.-

Esta garantía posibilita el conocimiento y la comprensión del hecho que se incrimina cuando el imputado habla de un idioma diferente del tribunal .Este servicio debe de ser proporcionado en forma gratuita por el Estado .Esta garantía ha sido recepcionada por el Art.122 del C. De P.P.

2.- Información del Hecho.-

Se refiere al conocimiento efectivo que debe de tener el imputado del hecho que se le atribuye , el cual debe de comprender la calificación jurídica y la relación histórica del hecho , con indicación de las circunstancias de tiempo , lugar y modo .Así se posibilita el ejercicio del derecho de defensa .Esta información debe ser previa o sin demora , es decir , realizarse antes de cualquier acto procesal.

3.-Inmunidad de la Declaración.-

Implica la libertad que tienen el imputado para decir si declara o no durante el proceso penal. Garantía consagrada por los tratados internacionales al establecer el derecho a no ser obligado declara contra si mismo , ni de declararse culpable en virtud de esa garantía mínima , el silencio del imputado , es decir , su abstención a declarar , e incluso su mendicidad en caso de que declare , no crean una presunción de culpabilidad en su contra.

4.-Defensa Técnica.-

Constituye una actividad esencial del proceso penal y admite dos modalidades la primera la defensa **material** que se realiza por el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial , judicial y la segunda la defensa **técnica** que está calificada a un abogado que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales. Los pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el derecho irrenunciable del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el estado, cuando no designare defensor.

5.-Autodefensa.-

El pacto de San José de Costa Rica (Art., 8 ap.22, d) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos n(Art. 14 ap. 3 , d) consagra la posibilidad de autodefensa del imputado , l establecer que tiene derecho a defenderse personalmente.

6.-Comunicación entre imputado y defensor.-

Esta comunicación previa a la realización de cualquier acto procesal tiene por finalidad que el defensor asesore judicialmente, y se extiende aun a los periodos de incomunicación .Los pactos internacionales antes citados los consagran.

7.-Preparación de la defensa.-

Los tratados de derechos Humanos garantizan la posibilidad que tiene el imputado de preparar adecuadamente su defensa, para lo que puede disponer de los medios adecuados y del tiempo necesario.

8.-Producción de Pruebas.-

Es otra garantía mínima del derecho de la defensa , tanto el Pacto de San José de Costa Rica , como el Pacto Intencional de Derechos Civiles consagran el derecho de defensa a interrogar testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o perito de otra que pueden arrojar luz sobre los hechos.

9.- Recursos.-

Otra garantía mínima que tiene el imputado es la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior.

Ahora que ya hemos analizado el derecho a la defensa en Latinoamérica, nos toca referirnos como a recogido el Perú en su tipo constitucional ha este principio fundamental.

Este principio lo encontramos tipificado en la constitución política del Perú en el capítulo VIII referido al Poder Judicial en el artículo 139 inc 14 que a pie de letra dice: El principio de no ser privado del derecho a la defensa en ningún estado del proceso .Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención .Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su

elección y a ser asesorado por este desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

Nuestro texto constitucional recoge este derecho debido a que lo considera de carácter esencial y mediante el se protege una parte medular del debido proceso. Las partes en litigio deben estar en la posibilidad jurídica y fáctica de ser debidamente citadas, oídas y vencidas mediante prueba evidente y eficiente. El derecho de defensa garantiza que ello sea así.

Marcial Rubio Correa contiene la idea básica, intrínseca al derecho de defensa. Nos estamos refiriendo a la capacidad de defensa del justiciable debido que este derecho nos garantiza el debido proceso y no acarrea en el futuro las sanciones de nulidad debido a su omisión o vulneración.

El derecho de defensa como garantía de un debido proceso penal comprende una serie de derechos derivados, como son los referidos a saber fundamentos de la imputación, y, si el imputado fue detenido, a conocer los motivos de su detención, a fin de que pueda ejercer su defensa de manera eficaz y logre recobrar su libertad más prontamente.

El derecho a saber los motivos de la detención se cautela con obligación de precisar en forma clara y razonada los hechos que se atribuye al acusado y el delito que se le imputa, y no en forma abstracta o citando únicamente dispositivos legales. En cuanto a la oportunidad de la comunicación, la doctrina establece que, en principio, la persona debe

ser informada en el momento de la detención .Si la detención obedece a una acusación formal , se deberá comunicar sin demora y en la brevedad posible(caso de auto judicial de detención)

El derecho de defensa también comprende el derecho a no ser condenado en ausencia, como consecuencia del derecho genérico de ser oído en juicio, pues si se está ausente del proceso no se puede ser oído en juicio , ni defenderse .En realidad , este derecho se dirige a los órganos jurisdiccionales , como prohibición de condenar a alguien sin antes haberle oídos.(ejercitado su defensa)

Otro derecho que se incluye es el derecho a una justicia penal gratuita, y la garantía de la defensa de oficio para los imputados insolventes .Al respecto, **Fernando Tocora** sostiene que la institución de la defensa oficiosa o de pobres se ha convertido a los fines del ***Favor Defensionis***. Sabemos cuan numerosas son los hombres y mujeres en situación de pobreza , y especialmente de pobreza extrema , que en razona precisamente de sus carencias ven involucrados en juicios penales , y por ello no pueden contar sino con abogados de oficio , cuya participación se limita , en una gran cantidad de casos , a un papel simbólico .Muchas veces incluso , su participación se limita a las firmas de las actas de las diligencias , sin haber tomado parte de ella .de igual modo , no suelen presentar peticiones , contradicciones ni impugnaciones .En todo lo cual se patentiza una justicia clasista , en la que los que disponen de recursos por pagar una adecuada defensa , corren suerte muy diferente de aquellos que no los tienen .Situación como sostiene **Tocora** atentan no solamente

contra el derecho de Defensa , sino también contra el principio de igualdad de las partes .

Asimismo el imputado tiene derecho a impugnar las resoluciones judiciales que se perjudiquen (art.139 , inc.6 de la constitución); a valerse de su propio idioma ; aguardar silencio y a no ser obligados a declarar contra su voluntad ; y a todo cuanto se ajuste al respecto y vigencia del derecho de defensa.

Víctor Cubas Villanueva en su concepto establece los siguientes efectos de esta garantía constitucional:

- 1.- Disponer de medios para exigir el respeto y efectividad de la defensa.
- 2.-La obligación de su respeto por parte de los poderes estatales y de los demás sujetos del ordenamiento.(13)

Es así que la importancia de este derecho es de suma importancia debido que este tiene mucha congruencias con otros principios, es el caso del debido proceso el cual es la institución del derecho constitucional procesal que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza, justicia y legitimidad de su resultado.

Según Dr. Pablo Sánchez Velarde el debido proceso se entiende de “ aquel que se realiza en observancia estricta de los principios y garantías constitucionales reflejadas en las previsiones normativas de la ley

procesal : inicio del proceso , actos de investigación , actividad probatoria , las distintas diligencias judiciales , los mecanismos de impugnación , el respecto los términos procesales.

Teniendo como referencia estos conceptos podemos consolidar más aun el mensaje de este trabajo , si nos damos cuenta el principio del debido proceso tiene mucha relación con el derecho a la defensa debido a que este último tiene que formar parte en todos los actos procesales del proceso siendo este un requisito para que el derecho del debido proceso no corra el riesgo de ser nulo , es por ello que este funciona como la válvula reguladora de que tanto que el principio de defensa , del indubio pro reo y los demás se respeten y no se omitan o vulneren debido que son las armas que tiene el justiciable a fin de defenderse del manto punitivo del estado.

Pero qué pasa si se vulnera el debido proceso cuando se omite o vulnera el derecho de defensa nuestro código procesal penal en su articulado 298 inc 1 que trata de causales de nulidad el cual dice a pie de letra “cuando en la sustancia de la instrucción , o en la del proceso de juzgamiento , se hubiera incurrido , en graves irregularidades u omisiones de tramites o garantías establecidos por la ley procesal Penal..

Estas nulidades del proceso no sustituirá mas efectos que el de retraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o se produjo el vicio.

En suma se contraviene el debido Proceso cuando los siguientes requisitos que pertenecen al derecho a la defensa vulneran:

- Se niega la asistencia de un abogado.
- Se impide al abogado comunicarse con su defendido.
- Se hacen las notificaciones con retraso.
- Se niega el acceso al expediente o las diligencias vinculadas al proceso.
- Se obstaculiza los esfuerzos de la defensa para identificar, ubicar y obtener la comparecencia de testigos.

Es así como el Derecho Procesal Penal cuenta con estos principios rectores que regulan todos los actos procesales en las dos etapas del proceso penal Instrucción y juicio Oral a fin de que el juez tenga plena certeza de la sentencia que va emitir y sea la más adecuada a la conducta delictiva del procesado a fin de que prime la justicia en nuestros países que van rumbo a una mejor justicia judicial.

2.3 DEFINICIONES CONCEPTUALES

Arresto: El acto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o por acto de autoridad.

Persona detenida: Toda persona privada de la libertad personal, salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito. Persona

presa: Toda persona privada de la libertad personal como resultado de la condena por razón de un delito.

Detención: Privación de la libertad personal, sin que se haya proferido condena.

Prisión: Privación de la libertad personal con el objeto de cumplir una condena.

Juez o Autoridad: Autoridad establecida por ley cuya condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de comprensión, imparcialidad e independencia.

CAPITULO III

MARCO METODOLOGICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.

Descriptiva, explicativa y predictiva.

Nivel de investigación, es aplicada porque se habla de una realidad en nuestro país, Política Criminal aplicada con el fin de prevenir y disminuir la detención arbitraria en el distrito de Puente Piedra.

3.2 DISEÑO Y ESQUEMA DE LA INVESTIGACIÓN

Debido a que no se manipulan las variables, es de tipo descriptivo y es transversal de tipo correlacional.

3.3 POBLACIÓN Y MUESTRA

Población

Para determinar la **población**, se tomara en cuenta el universo de Especialistas sobre política criminal en los delitos contra la libertad individual de las diferentes Instituciones del Estado peruano, en 120 personas del distrito de Puente Piedra.

Muestra

Para determinar la **muestra** se tomará en 12 puntos de control del distrito de Puente Piedra.

3.4 DEFINICIÓN OPERATIVA DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Encuestas, entrevistas, análisis de registro documentario, fichas de información jurídica, observación

Instrumento Bibliográfico

a) Fichas de documentos e investigación:

Nos servirán para averiguar conocimientos acerca de los elementos contaminantes en la Provincia de Huarochirí, utilizando la metodología correspondiente

- Fichas textuales
- Fichas de resumen
- Fichas de comentario

b) Ficha de registro o localización:

Nos servirá para localizar libros, revistas, páginas web y formatos para recabar información de las Comisarias PNP comprometidas que registren datos de los elementos sobre la detención arbitraria en el distrito de Puente Piedra.

3.5 PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS

Tabulación de datos de forma manual y mecánica

Plan de análisis e interpretación de los resultados.

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION

VIABILIDAD JURÍDICA DE LA LIMITACIÓN AL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL.

Los derechos fundamentales son aquellos inherentes a la condición humana por ello son inalienables; no obstante no son absolutos porque se limitan al derecho ajeno, por el orden público y por el bien común, así lo determina la Constitución Nacional: "...El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales;
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;..."

Al respecto, se pronunció la Corte Constitucional: "No tiene sentido intentar una acción de tutela en defensa del propio derecho, a sabiendas de que el

ejercicio que se ha venido haciendo del mismo ha sido abusivo y de que con él se han lesionado los derechos de otros.

Esta Sala de la Corte ha tenido ocasión de referirse a los dos extremos del problema planteado, advirtiendo siempre que todo derecho lleva consigo contraprestaciones y cargas que le quitan su carácter absoluto, tal como se desprende de la Constitución Política, según la cual el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella implica responsabilidades, siendo claro que el primer deber de toda persona consiste en respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios".

La necesidad de proteger los derechos de los asociados, genero la creación del derecho penal, el cual tiene como fin esencial proteger bienes jurídicos y sancionar a quienes vulneran o atentan contra estos. La normatividad siempre se ha ocupado por determinar claramente que la privación de la libertad, únicamente puede darse por orden escrita de autoridad competente y por motivo previamente establecido en la ley. Gracias a la evolución del derecho penal, la pena fue humanizada y se reconoció que los procesados aunque infrinjan la ley penal y atenten contra la sociedad en general tienen derechos y la sanción impuesta no puede estar en contra de su dignidad humana.

En el marco del derecho penal, una de las sanciones tradicionales a la vulneración de los bienes jurídicamente protegidos es la privación de la libertad personal, como medida de defensa social y forma de rehabilitar al delincuente, es por ello que actualmente se utiliza este mecanismo como medida preventiva y como pena.

En cuanto a la privación de la libertad como pena, cabe resaltar que es el eje del régimen sancionatorio o penitenciario, es legal que se condene a los

autores o partícipes de las conductas punibles a varios años; sin embargo en la legislación colombiana esta proscrita la cadena perpetua, es decir se puso un límite a la restricción a este derecho.

Con relación a la privación de la libertad como medida preventiva, esta puede ser impuesta según nuestra legislación y en atención al sistema penal acusatorio en los eventos en que a solicitud del Fiscal General de la Nación o de su delegado, El Juez de Control de Garantías, ordené la medida de aseguramiento cuando se pueda colegir que el imputado puede ser autor o participe de la conducta delictiva que se investiga, con base en los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, siempre que se cumpla uno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento sea imprescindible para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

No obstante lo anterior, procede la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales del circuito especializado.
2. En los delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda de cuatro años.

3. En los delitos a que se refiere el título VIII del libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con la introducción del sistema penal acusatorio en Colombia (Ley 906 de 2004), se introducen normas que aunque siendo de carácter procedimental son verdaderas garantías judiciales para quienes están siendo investigados.

Estas normas son la muestra de la constitucionalización del derecho, y con ello del surgimiento de normas garantistas que tienen como fin general la protección de los derechos fundamentales para hacer efectivo el concepto de dignidad humana, y como fin específico evitar que a quien se investiga sea privado de la libertad antes de ser condenado, pues ello constituye la violación al derecho fundamental al debido proceso; la cual tiene una connotación gravísima pues una persona privada de la libertad está sometida a perder su trabajo, su familia, el buen nombre, su integridad personal y hasta su propia vida.

Pero además se constituye en una forma de obligar al funcionario judicial a imponer medidas preventivas únicamente cuando razonablemente son requeridas y obliga a la Fiscalía General de la Nación a ingeniar nuevas formas de investigar y asegurar la comparecencia del procesado, pues la deficiencia institucional no puede repercutir en contra de los derechos de la persona que se investiga.

El imponer una medida privativa de la libertad innecesariamente es iniciar el pago de la condena sin que se haya decidido sobre la responsabilidad del procesado, es decir existe una anticipación a su culpabilidad.

Se hace necesario reconocer que en Colombia el desarrollo de las investigaciones se ve frustrado o impedido por el accionar de grupos organizados al margen de la ley que son verdaderas empresas criminales, y como tal actúan; es por ello que cada caso debe ser evaluado y considerado a fin de evitar que la excepción se convierta en regla.

Al analizar el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, se deduce que lo que se pretende es restringir los delitos para los cuales procede la detención preventiva como medida de aseguramiento, la cual en todo caso está condicionada al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 308 para imponer medidas de aseguramiento.

En este sentido, es viable en Colombia restringir el derecho a la libertad siempre y cuando se haya tramitado un proceso penal en el cual se condene a una persona como autor o partícipe de una conducta punible y de manera excepcional en la fase investigativa cuando el Juez de Control de Garantías constate que se trata de un delito que amerita la imposición de medida privativa de la libertad y además considere que se está frente a uno de los eventos previstos en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, eventos que no deben ser considerados de manera superficial sino a fondo y haciendo un análisis exhaustivo de la situación puntual.

CAPITULO V

DISCUSION DE RESULTADOS

FORMAS DE DETENCIÓN ARBITRARIA EN COLOMBIA, ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA ACTUAL.

Con la Constitución de 1991 en verdad basta para que el derecho a la libertad sea protegido, de tal forma que quien sea privado de este deba ser puesto a disposición de autoridad judicial competente dentro de las 36 horas siguientes a su detención. Sin embargo la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal también previó la forma de proteger el derecho a la libertad.

En el mismo sentido la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio crea los jueces y magistrados de garantías y la disposición expresa de poner a disposición de estos a quien sea capturado. Pese a las disposiciones vigentes, actualmente en Colombia en algunas ocasiones se priva de la libertad arbitrariamente, algunas formas en que se materializa la arbitrariedad son las siguientes:

1. Detención sin orden de autoridad judicial competente, la Policía Nacional y Judicial en ejercicio de sus funciones, privan de la libertad a ciudadanos sin existir orden judicial ni mediar situación de flagrancia.
2. Una autoridad priva de la libertad a una persona en un lugar diferente al sitio destinado de manera oficial.

3. La Policía Nacional o judicial priva de la libertad a las personas sin las formalidades exigidas, por ejemplo hacer saber sus derechos a la persona capturada y permitir su ejercicio.
4. La autoridad judicial dispone la privación de una persona por un motivo no definido en la ley.
5. Extralimitación o injustificación del término para poner a disposición de autoridad competente al privado de la libertad; aunque la Constitución prevé un término de 36 horas, la Corte constitucional ha manifestado que este es el límite no la regla, de allí que si los servidores que realizan la aprehensión están en la obligación de acudir ante la autoridad en el término necesario y justificarlo.
6. Extralimitación en los términos para definir la situación jurídica.
7. Desbordamiento de los términos para el trámite de procesos (instrucción) y causas (juicio).
8. Prolongación ilegal de la privación de la libertad, cuando dándose las causales para ordenar la libertad no se emite la orden (artículo 317 Ley 906 de 2004).
9. Práctica de capturas masivas. Los argumentos más utilizados por los servidores de policía (nacional o judicial) para realizar detenciones arbitrarias es que se trata de un delincuente reconocido; sin embargo no se percatan de la existencia de una orden de captura o medida de aseguramiento, situación por la cual en la mayoría de los casos debe dejarse en libertad a estas personas. En otros eventos a quien es retenido de manera ilegal puede ser víctima de desaparición forzada y estos casos de manera eventual se ponen en conocimiento de autoridades judiciales y se inician las respectivas investigaciones.

Ahora, cuando se inician las investigaciones, en la mayoría de los casos que se investigan, la conducta no es tipificada como desaparición forzada por cuanto esta conducta se tipificó y sancionó dentro de la legislación interna hasta el año 2000. Otro argumento general es la flagrancia, sin embargo esta situación en muchas oportunidades no es corroborada por estos servidores o estudiada a profundidad lo cual genera una detención arbitraria.

Se hace necesario que todo funcionario de policía sea capacitado, que se explique las situaciones de flagrancia; que se advierta que nadie puede ser capturado sin orden judicial; pero ante todo que se cree conciencia en estos servidores que estas prácticas son violatorias de derechos fundamentales y propician la comisión de conductas punibles que además desprestigian las instituciones y generan incredulidad y falta de colaboración en la comunidad.

En cuanto a los funcionarios judiciales (fiscales y jueces) existen también argumentos que conducen a la arbitrariedad, el principal es que la privación de la libertad es una medida que ayuda a garantizar la comparecencia del procesado, otras razones son la elevada carga laboral que impide resolver en términos y la necesidad de realizar investigaciones eficaces contra la delincuencia organizada.

Si la preocupación es la comparecencia del procesado, el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal establece como medida de aseguramiento no privativa de la libertad la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica; sistema que hasta el momento no ha sido utilizado por falta de recursos para la elaboración del chip o manilla y en especial de

un sistema de ubicación de calles, avenidas, vereda, barrios entre otras del país.

Otras medidas alternas que pueden garantizar la comparecencia del procesado son el sometimiento a la vigilancia de una persona o institución determinada, así como la prestación de una caución real adecuada, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas.

Aunque las normas en materia penal cada vez tratan de integrarse más al derecho constitucional y ser más garantistas, hace falta que cada reforma procesal propuesta también integre un análisis presupuestal para la implementación del sistema propuesto, de lo contrario las disposiciones normativas no se pondrán en práctica y con ello las garantías de los procesados y el concepto de Estado Social de Derecho se verán limitados.

Los recursos de cooperación internacional, es decir aquellos que han sido donados al Estado Colombiano, tanto en dinero como en especie, para el fortalecimiento de la función pública pueden apoyar en gran medida a la administración de justicia en el diseño e implementación de medidas no privativas de la libertad que garanticen la comparecencia del procesado.

Sin embargo en algunas ocasiones han sido utilizados para satisfacer los requerimientos cotidianos olvidando que el problema carcelario requiere una análisis desde sus causas y no desde su efecto (sobre población carcelaria).

Ejemplo de ello son los recursos del Plan Colombia que se utilizaron en la construcción fortalecimiento de la infraestructura física de los centros penitenciarios y carcelarios a nivel nacional.

En cuanto a la congestión judicial, existen varios factores que la generan y hacen que el sistema penal tenga algunas fallas, a partir de las cuales se puede generar la vulneración o el desconocimiento de derechos fundamentales, entre ellos tenemos:

1. Excesiva penalización de conductas: Algunas de las cuales pueden quedar en el ámbito civil y resolverse en esta especialidad.
2. Insuficiencia de servidores con funciones de policía judicial: Aunque la función de la Fiscalía General de la Nación es investigativa, no está dotada del suficiente número de investigadores que garanticen que exista un desarrollo adecuado y en términos de cada una de las indagaciones a su cargo.
3. Falta de profesionalización de la actividad investigativa: Con el fin de que exista una verdadera carrera investigativa, los servidores deben ser preparados para asumir el cargo y especializarse en una de las áreas de investigación (narcotráfico, secuestro, administración pública, entre otras).
4. Implementación de mecanismos de descongestión consistentes en que los funcionarios judiciales eficientes se hagan cargo de los despachos congestionados, con lo cual se desmotiva el buen servicio.
5. Desnaturalización del concepto de la judicatura: En el sentido de que algunos despachos judiciales apoyan y propician que los judicantes realicen labores secretariales y olviden su función en el apoyo al impuso de los procesos y toma de decisiones.
6. Desconocimiento de la comunidad sobre la existencia de los mecanismos alternos de solución de conflictos, por ejemplo la conciliación para los delitos querellables, así como las autoridades ante las cuales se puede acudir.

Atendiendo a que la congestión judicial, en algunos eventos ha llevado a los funcionarios judiciales a detener de manera arbitraria a una persona, se requiere evaluar algunas soluciones a esta problemática:

1. Despenalización de algunas conductas.

Emisión y transferencia ilegal de cheque (artículo 248 inciso 5).

La conducta se tipifica cuando se emite o transfiere cheques sin tener suficiente provisión de fondos, o después de emitido se da orden injustificada de no pago.

Teniendo en cuenta que se busca el pago del dinero y que el cheque es un título ejecutivo, puede iniciarse un proceso ejecutivo para lograr el objeto.

- Impedimento y perturbación de ceremonia religiosa (artículo 202). Esta conducta puede conocerse por el derecho policivo.

- Ofrecimiento engañoso de productos y servicios (artículo 300). Esta debe constituirse en sanción para el comerciante, la cual debe imponerse por una autoridad administrativa, así mismo el consumidor debe tener la oportunidad de ser resarcido dentro de esta misma actuación.

- Asesoramiento y otras actuaciones ilegales (artículo 421).

La conducta se tipifica cuando un servidor público de manera ilegal, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo. Esta se constituye más en una falta disciplinaria que en conducta penal como quiera que lo que se trasgrede es la prohibición expresa de todo servidor público a ejercer estas actividades.

En este sentido, debe sancionarse por la vía del proceso disciplinario con la pérdida del empleo e inhabilidad para ejercer cargos públicos por un periodo entre dos y cinco años.

2. Crear un proceso abreviado para los delitos querellables en los cuales ha fracasado la conciliación preprocesal. Con el fin de agilizar los procesos penales y hacer más expedito el procedimiento, se requiere destacar a Fiscales y Jueces ante quienes se tramiten estos procesos, además establecer un proceso con menos etapas y audiencias. Teniendo en cuenta que la audiencia de formulación de imputación tiene como fin comunicar al indiciado los hechos por los cuales se investigará, y a que previamente querellante y querellado fueron llamados a conciliar, esta audiencia puede eliminarse del procedimiento sin generar desconocimiento a derechos de la persona investigada. En este sentido, el proceso puede reducirse a dos audiencias, la primera para que la Fiscalía Formule los cargos y la segunda para que el Juez profiera el fallo. Las cuales pueden realizarse con diferencia de 30 días con el fin de que la defensa prepare el caso y la Fiscalía fortalezca su actividad.

3. Aplicación efectiva del principio de oportunidad.

En el sentido que existen varias causales, que deben ser analizadas para casos concretos y que existe posibilidad de dar aplicación sin violar el principio de legalidad. Se requiere analizar un poco más la figura y aprovechar sus ventajas.

Por ejemplo la causal primera permite que en delitos sancionados con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años en los que se haya reparado integralmente a la víctima, y pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal, se aplique este principio.

El delito de hurto cuando la cuantía no excede de diez salarios mínimos legales, tiene pena privativa máximo de 3 años.

Muchos casos de hurto callejero o de celulares están dentro de estos casos y en algunos de ellos se hace devolución del bien.

Para estos casos, la reparación a la víctima para que se considere integral debe atender dos puntos de vista, el económico que se concreta con la restitución del bien; así como el no económico que se concretará con las medidas que tiendan a cumplir con las pretensiones que tenga la víctima por ejemplo pedimento de disculpas, una acción social, un acto simbólico, entre otros. Realizadas las medidas de reparación, el Fiscal del caso puede aplicar principio de oportunidad porque el bien jurídico se vio afectado de manera mínima y se realizaron actos integrales de reparación.

4. Inclusión de nuevas causales para la aplicación del principio de oportunidad:

- Colaboración eficaz para el delito de narcotráfico, ello en consideración a que con la información suministrada puede desarticularse la organización criminal, impedir que el delito siga realizándose, capturar y sancionar a las personas encargadas de la planeación y ejecución de la conducta e identificación de empresas fachada y testaferros.
- En los delitos contra el patrimonio económico cuya cuantía sea igual o inferior a dos salarios mínimos legales vigentes, cuando el sujeto pasivo de la acción cuente con recursos suficientes para garantizar su supervivencia y la conducta no sea sistemática.

CONCLUSIONES

Las autoridades policiales siguen cometiendo graves violaciones a los derechos humanos en forma sistemática en el desempeño de sus funciones. Como se ha visto, la privación ilegítima de la libertad es una de ellas.

De manera sistemática y dentro de un marco de total impunidad se violan derechos y garantías reconocidos y consagrados en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y Leyes nacionales.

Difícilmente esta situación pueda revertirse sin un cambio de actitud por parte del Poder Judicial, que, como se ha visto, mantiene una posición pasiva y tolerante, hasta el extremo de convertirse en cómplice y encubridor frente a la comisión de estos delitos.

RECOMENDACIONES

Sería recomendable una condena oficial por parte del Poder Ejecutivo y la elaboración e implementación de un plan a nivel nacional que intente cambiar esta situación, a partir sobre todo, de un estricto control y de una educación humanizante a los agentes policiales.

Es esperable que el Congreso Nacional derogue y actualice la legislación interna, de modo a concordarla con la Constitución Nacional y los Tratados y demás acuerdos firmados por el Estado Peruano, así como también el nombramiento del Defensor del Pueblo, quien podría resultar en definitiva en una instancia importante de fiscalización de la actividad policial.

BIBLIOGRAFÍA

1. BRAMONT A. T. Luis Miguel. (1997) LESIONES DELA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO PENAL. 1ra Edición San Marcos Lima.630. Págs.
2. COUTURE J. Eduardo. (1981)FUNDAMENTOS DEL DERECHO
3. PROCESAL CIVIL, Ediciones de palma Buenos Aires-Argentina.340. Págs.
4. HURTADO P. J. (1987) MANUAL DE DERECHO PENAL. Lima
5. Parte General, Editorial Eddili. S.A. 2da Edición
6. MINISTERIO DE JUSTICIA. (2006)CÓDIGO PENAL. Lima.
7. Edición Oficial.350 Pags.
8. PEÑA C. R. (1988) TRATADO DE DERECHO PENAL.
9. Lima Editores importadores S.A. Lima Perú.
10. NTERNET/PÁGINAS WEB.
11. BETTIOL, Giuseppe: “Derecho Penal Parte General”, Editorial Temis,
12. Bogotá, Colombia 1995.
13. BUSTOS RAMIREZ, Juan: “Obras Completas” Tomos I y II, ARA
14. Editores, Lima, Perú, 2005.
15. CEREZO MIR, José: “Derecho Penal Parte General”, Tomo I, 5ta.
16. Edición; Editorial Tecnos, Madrid, España, 1996
17. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Derecho Penal.
18. Introducción”, Universidad Complutense, Madrid España, 1995
19. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Criminología”, 2da.
20. Edición; Tirant lo blanch libros; Valencia, España, 1994.
21. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “Estudios de Derecho Penal”.
22. Editorial Civitas S.A, Madrid, España, 1991

23. HURTADO POZO, José: "Interpretación y Aplicación de la Ley Penal"; PUCP, Lima y Universidad de Friburgo, Suiza, Lima, Perú, 2006
24. JAKOBS, Gunther: "Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación"; 2da. Edición, A., Madrid, España, 1997.
25. JESCHEK, Hans Heinrich: "Tratado de Derecho Penal Parte General", Tomo I, Editorial Bosch. Madrid, España, 1981
26. MAURACH, Reinhart: "Derecho Penal Parte General" Tomo I. Traducción de la 7ma. Edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1994.
27. MIR PUIG, Santiago: "Derecho Penal Parte General"; 4ta. Edición, PPU S-A., Barcelona, España, 1990
28. MUÑOZ CONDE, Francisco: "Teoría General del Delito". Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1996
29. PEÑA CABRERA, Raúl: "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Tomo I. Editorial GRIJLEY, Lima, Perú, 1995
30. PRADO SALDARRIAGA, Víctor: "Criminalidad Organizada"; IDEMSA, Lima, Perú, 2006.
31. Ley de Creación de la Policía Nacional del Perú: Ley No. 24949 de 6DIC91.
32. Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú: Ley No. 27238 de 21 DIC99.y su modificatoria Ley 28078 del 25 de Septiembre del 2003
33. Reglamento de la Ley 27238: Decreto Supremo Nro 088-2000-IN.

42. Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú:
Decreto
43. Legislativo No.745 del 8NOV91.
44. Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley.
45. Juan Monroy Galvez; Introducción al Proceso Civil; T I; 237 pag.
46. Jorge Carrión Lugo; Derecho Procesal Civil; TII, 575 pag.
47. Percy Chocano Nuñez; Teoría de la Prueba; 515 pag.
48. Ivan Noguera Ramos; El juez Penal; 854 pag.
49. Osvaldo Alfredo Gozaini; La Prueba en el Proceso Civil Peruano; 205 pag.
50. Juan Montero Aroca; Derecho Jurisdiccional; TI, 486 pag.Revista Peruana de Derecho Procesal; T II, 621 pag.
51. Código Procesal Civil.
52. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, Código Procesal Penal. Manuales Operativos, Normas para la Implementación Lima, 2007.
53. ASCENCIO MELLADO, José María. “La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú”. En CUBAS VILLANUEVA, Víctor, DOIG DIAZ, Yolanda y QUISPE FARFAN, Fanny Soledad. El Nuevo Proceso Penal: Estudios Fundamentales. Lima: Palestra, 2005.

54. BURGOS MARIÑOS, Víctor. La Implementación del Nuevo Código Procesal Penal en la Ciudad de Trujillo y sus Retos. Publicado en el Anuario de Derecho Penal- Coordinador Dr. José Hurtado Pozo- Universidad de Friburgo en: <http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos.htm>.
55. CACERES JULCA, Roberto, Código Procesal Penal Comentado. Lima: Jurista Editores, 2005.
56. CUBAS VILLANUEVA, Víctor, El Nuevo Código Procesal: ¿Revolución Penal? Lima: Justicia Viva, 2004.
57. DOMINGUEZ, Valentín. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Madrid: Colex, 2003.
58. GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor y CORTES DOMINGUEZ, Valentín. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Madrid: Colex, 2003.
59. MORALES VARGAS, Alberto J. "Nuevo Código de Procedimiento Penal: Redefinición y Fines del Proceso Penal". En Implementando el Nuevo Proceso Penal en Ecuador: Cambios y Retos, publicado por Fundación para el Debido Proceso Legal y Fundación Esquel – www.dplf.org.
60. ORÉ GUARDIA, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal. Lima: Editorial Alternativas, segunda edición, 1999. "Panorama del Proceso Penal Peruano", Artículo publicado en el Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano, Año 1, N° 4, Lunes 14 de junio de 2004.
61. PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl y FRISANCHO APARICIO, Manuel. Terminación Anticipada del Proceso. Lima: Jurista Editores. 2003.

62. PEÑA LABRIN, Daniel Ernesto, Los Medios Impugnatorios en el NCPP del 2004, <http://mgplabrin.blogspot.com/>, Septiembre 2009.
63. ROSAS YATACO, Jorge, Derecho Procesal Penal, Edit. Jurista Editores, 2009.
64. SANCHEZ VELARDE, Pablo. Comentarios al Código Procesal Penal. Lima: Editorial Moreno S.A., 2004.
65. SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal Tomo I, Lima: Grijley Segunda Edición, 2003.
66. HÖNBOHM, Horst y LÖSING, Norbert. "El Proceso Penal, Principio Acusatorio y Oralidad en Alemania". En Un Nuevo Sistema Procesal Penal en América Latina. Buenos Aires: CIEDLA, 1998.
67. TALAVERA ELGUERA, Pablo. Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal, Lima: Grijley, 2004.
68. VERGUER GRAU, Joan: La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio, Barcelona: José María Bosch Editor, 1994.
69. MIR PUIG, Santiago. "Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva". En Poder y Control Nº 0. 1986: 49
70. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. "La Pena de Muerte". Editorial L.Q. 1986, Tomo II, pág.126.
71. WOLF, Paul."Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena". En Poder y Control Nº. 0. 1986: 59.
72. WOLF, Paul. En ob. cit. pág. 61.

73. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Sistemas Penales y Derechos Humanos". 1986, pág.131 y 132.
74. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. "Temas de Criminología I". 1986: 60-81.
75. ANIYAR DE CASTRO, Lola."Criminología de la liberación". Universidad del Zulia, 1987, págs. 87 y 88.
76. Cf. COOPER, David. "Psiquiatría y Antipsiquiatría". Buenos Aires, 1978.
77. BOFF, Leonardo. "Jesucristo Liberador". Ensayo de Cristología Crítica para nuestro tiempo. Santander. 1985, pág. 55.
78. ANIYAR DE CASTRO, Lola. Ob. cit., pág. 247.
79. BOFF, Leonardo. Ob. cit., pág.118.
80. BOFF, Leonardo. Ob. cit., pág. 118.
81. BARATTA, Alessandro. Ob. cit., pág. 83.
82. ZAVALA BAQUERIZO, Jorge. "La Pena". Tomo I. 1986, pág. 134.
83. BERGALLI, Roberto. "Estado Democrático y Cuestión Judicial". 1984: 92.
84. HASSEMER, Winfried. "Prevención en el Derecho Penal". En Poder y Control. No. 0. 1986: 95
85. PAEZ OLMEDO, Sergio. Ob. cit., pág. 174.

86. GARCIA MENDEZ, Emilio. "Pena y Estructura Social en América Latina". Nuevo Foro Penal. No. 22. Temis 1983, págs. 766 y 767.
87. GARCIA MENDEZ, Emilio. En ob. cit., pág. 771.
88. BERGALLI, Roberto. "Los Rostros Ideológicos de la Falsía Resocializadora". Doctrina Penal. Año 9. No. 36. octubre-diciembre, 1986, pág. 584.
89. DEL OLMO, Rosa. "América Latina y su Criminología". Siglo XXI. 1981, pág. 43.
90. PAVARINI, M. En ob. cit., pág. 49.
91. BUSTOS RAMIREZ, Juan. En Pensamiento Criminológico. Barcelona., 1983. Tomo. I., pág. 35.
92. BERGALLI, Roberto. En Pensamiento Criminológico, ob. cit., pág. 106.
93. BARATTA, Alessandro. "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. Siglo XXI". México. 1986, págs. 166 y 167.
94. Cf. BARATTA, Alessandro. En ob. cit., pág. 166.
95. BUSTOS RAMIREZ, J. En ob. cit., pág. 23
96. TALAVERA ELGUERA, Pablo. CÓDIGO PROCESAL PENAL. Grijley. Lima. 2004 p m3 y 4
97. OTAROLA MEDINA, Lucia. EJECUCIÓN PENAL Y LIBERTAD. Concytec. Lima 1989 p 138
98. BOREA ODRÍA (Op cit) pag 54

ANEXOS

A los Abogados expertos en Derecho Penal

1).- ¿El actual procedimiento penal ofrece escasa garantía y protección a los delitos de violación de la libertad individual?

SI ____ NO ____ POR QUE ____

2).- ¿Cree Ud., que las facultades de los Jueces son mínimas que no le permiten emitir sentencias condenatorias acorde con los daños causados en cuanto a la violación de la libertad individual?

SI ____ NO ____ POR QUE ____

3).- ¿Por qué el Ministerio Público no actúa de oficio cuando observa que hubo detenciones arbitrarias en un hecho ilícito de acuerdo a lo establecido en nuestro Ordenamiento Jurídico?

Comentario

4).- ¿Cree Ud., que la normatividad sustantiva y adjetiva penal no contribuye a prevenir la comisión de los delitos contra la libertad individual?

SI ____ NO ____ POR QUE.

5).- ¿Por qué, la normatividad sustantiva y adjetiva penal no garantizan la protección de la libertad individual?

Comentario

6).-¿ Cree Ud, que exista la necesidad de incorporar nuevas disposiciones legales al ordenamiento penal que permitan dar mayor protección a la libertad individual y que prevengan eficazmente la comisión de dichos delitos?

SI ____ NO ____ PORQUE

Encuesta a Magistrados:

1).- ¿Qué opinión tiene acerca del Ordenamiento Jurídico penal que protege la libertad individual en el país?

BUENA ____ ¿Por qué?

REGULAR ____ ¿Por qué?

MALA ____ ¿Por qué?

2).- ¿Cómo se desenvuelven los operadores de justicia frente ante la comisión de los Delitos contra la libertad individual?

En forma:

DEFICIENTE ____ ACEPTABLE ____ SE COLUDEN ____

3).- ¿Cumplen y respetan la normatividad sustantiva y adjetiva penal establecida los justiciables?

SI ____ NO ____

COMENTARIO:

4).- ¿Por qué la normatividad sustantiva y adjetiva penal actual no contribuye en la prevención de dichos delitos contra la libertad individual?

COMENTARIO:

5).- ¿Tiene conocimiento sobre las acciones tomadas por Estado Peruano para disminuir la criminalidad respecto a estos delitos?

COMENTARIO:

6).- ¿Qué opina Ud. a cerca de plantear una nueva normatividad sustantiva y adjetiva penal que contribuya a la protección y prevención de dicho delito?

ESTOY DE ACUERDO ____ ¿Por qué?

ESTOY EN DESACUERDO ____ ¿Por qué?

7).- ¿Qué opinión tiene acerca de la aplicación de penas más severas a fin de prevenir el delito y garantizar la protección y prevención de dicho delito?

COMENTARIO

GUÍA DE OBSERVACIÓN**FICHA DE EVALUACIÓN**

Nombre _____ y

Apellidos: _____

Grado _____

Sección _____

Fecha _____

1.- Marca con “X” en la frase correcta.

a) La libertad individual es de todo los seres humanos (

)

b) La libertad individual es importante para la persona humana (

)

c) La libertad individual solo son todos los artificiales (

)

2.- Completa las siguientes expresiones con las palabras mencionadas líneas abajo:**LIBERTAD:****VIDA :****PERSONA NATURAL:**

3.- Escribe en forma breve qué te gustaría saber sobre la libertad individual?

.....

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	METODOLOGIA
<p>PROBLEMA GENERAL. ¿Cuáles son las causas por las cuales nuestro Ordenamiento Jurídico penal no cumple la función de prevenir la detención arbitraria?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS. ¿Cuáles son las causas por las cuales los operadores judiciales no toman una adecuada</p>	<p>OBJETIVO GENERAL: Determinar el por qué, del Ordenamiento Jurídico Penal del Estado Peruano, que protege la Libertad Individual no contribuye significativamente en protección y la prevención de las detenciones arbitrarias y establecer en qué medida los efectivos de</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL “Si el actual Ordenamiento Jurídico Penal del Estado Peruano, no protege la violación de la libertad individual y procede los agentes del orden a la detención arbitraria sin respeto de los derechos humanos ni observan las normas constitucionales y procesales penales</p>	<p>VARIABLES INDEPENDIENTES Tratamiento jurídico</p> <ol style="list-style-type: none"> Ordenamiento Jurídico Penal del Estado Peruano Estudio previo de la Libertad individual Detienen violando los derechos a la libertad individual 	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN. Descriptiva, explicativa y predictiva.</p> <p>DISEÑO Y ESQUEMA DE LA INVESTIGACIÓN Debido a que no se manipulan las variables, es de tipo descriptivo y es transversal de tipo correlacional.</p> <p>POBLACIÓN Para determinar la</p>

<p>decisión en los procesos penales respecto a las detenciones arbitrarias y no apertura el proceso a consecuencia por el delito de Abuso de Autoridad?</p> <p>¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de no establecer sanciones para los autores de la detenciones arbitrarias y debe ser incorporado en</p>	<p>la Policía Nacional en el cumplimiento de sus funciones respetan las disposiciones constitucionales y penales de detener solo en flagrante delito o mandato judicial y en la disminución del índice de dichos delitos en nuestra sociedad.</p> <p>OBJETIVOS</p> <p>ESPECIFICOS:</p> <p>Determinar si, el</p>	<p>como son los mandatos de detención por orden judicial y el delito flagrante y no contribuye significativamente a la prevención de la comisión de los delitos de Abuso de autoridad y que quedan impunes los mismos, entonces se seguirá cometiendo dichos ilícitos penales y detenciones arbitrarias donde no compete,</p>	<p>VARIABLE</p> <p>DEPENDIENTE</p> <p>Detenciones Arbitrarias.</p>	<p>población, se tomara en cuenta el universo de Especialistas sobre política criminal en los delitos contra la libertad individual de las diferentes Instituciones del Estado peruano, en 120 personas del distrito de Puente Piedra.</p> <p>MUESTRA</p> <p>Para determinar la muestra se tomará en 12 puntos de control del</p>
--	---	---	--	--

<p>nuestro Ordenamiento Jurídico Penal respecto a la protección a la violación de la libertad individual a fin de que prevenga la comisión de dichos delitos?</p> <p>¿Cuáles son los mecanismos efectivos que se deben implantar desde las Instituciones del Estado y/o particulares para que la disminución o</p>	<p>Ordenamiento Jurídico Penal del Estado Peruano, que protege la Libertad Individual no contribuye significativamente en protección de la libertad y la prevención de las detenciones arbitrarias.</p> <p>Determinar si existen estudios previos correspondientes sobre la violación de la libertad individual a efecto de</p>	<p>siendo necesario el estudio previo de la libertad y la modificación de nuestro ordenamiento jurídico penal a fin de prevenir y proteger la libertad individual de los ciudadanos del país”.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICA</p> <p>1. El ordenamiento jurídico actual no contribuye significativamente en la</p>		<p>distrito de Puente Piedra.</p> <p>DEFINICIÓN OPERATIVA DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.</p> <p>Encuestas, entrevistas, análisis de registro documentario, fichas de información jurídica, observación</p>
--	---	--	--	---

<p>erradicación de las detenciones arbitrarias y el ordenamiento jurídico penal cumpla la función de prevenir estos delitos?</p>	<p>tomarse las medidas preventivas que sean necesarias de conformidad a nuestro Ordenamiento Jurídico Penal.</p> <p>Establecer las consecuencias jurídicas al no adoptar la modificación correspondiente en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal respecto a la protección de la</p>	<p>prevención y sanción de los que cometen el delito de Abuso de autoridad mediante las detenciones arbitrarias en el distrito de Puente Piedra, por lo tanto amerita la modificación en la materia correspondiente.</p> <p>2. El ordenamiento jurídico penal debe sancionar de manera efectiva a los autores de la detención arbitraria</p>		<p>PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS</p> <p>Tabulación de datos de forma manual y mecánica</p> <p>Plan de análisis e interpretación de los resultados.</p>
--	--	--	--	---

	<p>libertad individual y así evitar las detenciones arbitrarias.</p> <p>Comprobar si los efectivos policiales en las intervenciones y detenciones que realizan, lo hacen respetando las disposiciones constitucionales y penales.</p> <p>Determinar porque delitos mayormente los</p>	<p>donde los agentes cometen dichas infracciones y así ponen a disposición del Ministerio Publico y estos no evalúan la mala intervención de los agentes del orden entre otros en el distrito de Puente Piedra.</p> <p>3. El funcionario policial actúa sin criterio legal y constitucional, de esta manera lesionan</p>		
--	---	--	--	--

	<p>efectos policiales realizan las intervenciones para detener a las personas. Determinar si los efectivos policiales se encuentran debidamente capacitados en cuanto a las disposiciones constitucionales y penales para realizar una detención.</p>	<p>derechos fundamentales de la personas, violando así los derechos humanos y la libertad individual</p>		
--	---	--	--	--