

Las medidas cautelares personales en el Proceso Penal Peruano¹

Giulliana Aracelli Loza Avalos*

Universidad Inca Garcilaso de la Vega

Arsenio Oré Guardia**

1. Consideración inicial

Sumario: 1. Consideración inicial. 2. Modelos de coerción personal. 3. Opción político criminal. 4. El derecho a la libertad y la finalidad del proceso penal. 5. Naturaleza y finalidad. 6. Principios. 7. Las medidas de coerción personal para y durante la investigación preliminar. 8. La detención o prisión preventiva. 9. La detención domiciliaria. 10. Reflexión final

Palabras claves: Libertad personal, medidas de coerción, prisión preventiva.

Un Estado se legitima, entre otros factores, por la realización de los derechos fundamentales. Tal objetivo no se logra solamente con su reconocimiento expreso en la Constitución, sino también con que estos sean observados al dictar las leyes que regulan las limitaciones a la libertad (las leyes penales: de corte sustantivo, procesal y de ejecución) y con su pertinente aplicación por parte de quienes detentan el poder para hacerlo: los jueces.

Y es que es en el marco del proceso penal donde se puede observar con mayor claridad el grado de injerencia del Estado sobre la libertad de las personas, ya sea para asegurar la viabilidad del proceso o para garantizar la ejecución de la sentencia. En esa medida, la coerción personal constituye un instrumento, hasta el día de hoy, necesario (cuando existe riesgo de que no se alcance los fines del proceso, y con ello, del Derecho penal en su conjunto), aunque su determinación y aplicación se ve limitada por aquel marco básico de principios reconocidos en las normas constitucionales.

La actual (diríamos permanente) crisis del proceso penal en nuestro país se explica fundamentalmente por el modo en que el Estado, a través de su órgano legislativo y judicial, ha tutelado la libertad. Los problemas que emergen del tratamiento estatal de la coerción personal no solo pueden ser abordados desde una visión dogmática, sino también valorando aspectos prácticos. Por ello, con el presente trabajo pretendemos, además de realizar un contraste entre los modelos y principios de la coerción personal, exponer la forma en que esta se aplica en la realidad jurídico penal peruana (legislativa y jurisprudencial).

* Abogada penalista de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Con estudios en Litigación Oral en Temple University, California Western y University of San Diego School of Law. Exbecaria en CEJA. Con cursos concluidos en la maestría con mención en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Derecho Constitucional en la Universidad San Martín de Porres, y en Sistema de Justicia y Racionalidad en la Universitat de Girona.

** Director Ejecutivo del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP). Docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Inca Garcilaso de la Vega

¹ El presente trabajo recoge, en gran medida, lo expuesto por el profesor Arsenio Oré Guardia el día 18 de mayo de 2006 a propósito del evento denominado "Derecho Penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", habiéndose actualizado a diciembre de 2010.

2. Modelos de coerción personal

La presentación de los temas que a continuación desarrollamos tiene en consideración los ordenamientos procesales penales vigentes en los distritos judiciales de nuestro país. Conforme al calendario de aplicación progresiva, a la fecha, el Código Procesal Penal de 2004 está vigente en 16 distritos judiciales², rigiendo en los demás el Código de Procedimientos Penales de 1939³, el Código Procesal Penal de 1991 en sus 22 artículos y las leyes complementarias.

De acuerdo con la importancia que una sociedad (o sus legisladores o jueces) concede a los valores de libertad o de seguridad, surgen tres modelos de coerción personal: garantista, eficientista y preventivismo radical.

a. El modelo garantista

El modelo garantista, denominado también *modelo liberal*, se basa en la idea de que el ejercicio del poder penal, en cualquiera de sus manifestaciones, debe tener límites. Este modelo, explica Alberto Binder, se caracteriza por tomar decisiones de autolimitación y se basa en los principios de legalidad y certidumbre, es decir en la idea de que el ejercicio de la política criminal debe ser racional y limitado (Binder, 1997, 36).

Luigi Ferrajoli (1989, p. 851-852) el más importante representante del Garantismo, expone que este constituye un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva que nació como una réplica al creciente desarrollo de la divergencia que existía en diferentes latitudes entre los principios establecidos en la Constitución y la legislación penal ordinaria, la jurisprudencia y las prácticas administrativas o policiales. En esa línea, nos dice Ferrajoli, Garantismo designa a un modelo normativo de derecho que en el plano político supone una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico el Garantismo implica un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. Por lo tanto, es “garantista” todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

En el plano normativo el referente más importante del modelo garantista lo encontramos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran una serie de garantías procesales que constituyen a su vez el marco más importante de límites al ejercicio del poder penal.

En resumen, el modelo garantista se basa en la idea de que el ejercicio del poder penal, en cualquiera de sus manifestaciones, debe tener límites. Constituye un parámetro de racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva.

En lo que a coerción personal respecta, el modelo garantista se caracteriza

² El proceso de reforma procesal penal en el Perú se inició el 1 de julio de 2006 con la entrada en vigencia del Código de 2004 en el Distrito Judicial de Huaura. Siguió: La Libertad, Moquegua, Tacna, Arequipa, Tumbes, Piura, Lambayeque, Puno, Cusco, Madre de Dios, Ica, Cañete, Cajamarca, Amazonas y San Martín.

³ A diciembre de 2010, el Código de 1939 está vigente en 13 Distritos Judiciales. Según el Decreto Supremo N° 016-2010-JUS, el CPP de 2004 entrará en vigencia: Santa (01/06/11), Pasco y Huancavelica (01/12/11), Ancash, Huanuco y Apurímac (01/06/12), Loreto y Ucayali (01/10/12), Junín y Ayacucho (01/06/13), Lima, Lima Norte y Callao (01/10/13).

por:

- Reconocer la supremacía del derecho a la libertad;
- Propugnar medidas alternativas a la prisión provisional;
- Afirmar que esta tiene únicamente fines procesales, que solo el peligro de fuga justifica su adopción, y que la peligrosidad procesal no se presume; y,
- Sostener que la potestad persecutoria es limitada.

b. El modelo eficientista

Este modelo, de corte autoritario, se caracteriza fundamentalmente por subordinar el valor libertad al principio de autoridad, desconociendo la idea de límites al poder penal. En un modelo autoritario de persecución penal se sustituyen valores consagrados constitucionalmente como derechos fundamentales y se convierte su observancia y cumplimiento en prácticas excepcionales. Así, bajo la justificación de las situaciones de emergencia o políticas coyunturales los derechos fundamentales a la libertad y a la presunción de inocencia se vuelven relativos y se opta (decisionismo) por medidas que no solo los pervierten, sino que se convierten en reglas de procedimiento.

Este modelo se caracteriza por lo siguiente:

- Una inversión de valores, pues la libertad pasa a ser la excepción, y la detención preventiva se convierte en anticipo de pena.
- Una instrumentalización de los operadores del derecho, ya que en este modelo los jueces abandonan su tradicional e imperativo deber de garantizar la defensa de los derechos fundamentales y asumen una función persecutoria y parcializada, ajena a su función suprapartes.
- Una preocupante carencia de coherencia intrasistémica, pues resulta altamente probable que un determinado modelo penal de emergencia se dé en el marco de una Constitución con una sólida y elocuente declaración de principios, con la obligada referencia a los tratados internacionales, los mismos que proclaman la libertad como regla y la excepcionalidad de la detención.
- Al hacer referencia a la legislación de segundo orden (códigos, leyes especiales, etc.) encontramos que esta modifica y subvierte en la práctica la política criminal principista contenida en la Constitución, con la consiguiente aplicación de la detención como una práctica regular. De modo que no solo encontramos una falta de coherencia intrasistémica en el sistema penal, sino además una legislación abiertamente inconstitucional.
- El desdibujamiento de la potestad persecutoria, pues en un modelo eficientista se faculta la coerción a órganos diferentes, pudiéndose afectar la libertad no solo por los jueces, sino también las posibilidades de afectación por parte de la Policía.
- El fomento de los juicios paralelos representados por las versiones que ofrecen los medios de comunicación.
- La contemporización con los insistentes discursos mediáticos y sociales de que en el proceso penal se reconoce demasiados derechos al inculcado, y no a la víctima y a la sociedad, y que por esta razón se avanza muy poco o fracasa cualquier esfuerzo de lucha contra una creciente criminalidad.
- La flexibilización del respeto a la libertad ante las necesidades coyunturales de la inseguridad ciudadana.

Por lo general el marco legal que regula estos procedimientos establece límites, pero como bien señala Binder (1997, p. 35 y ss.)⁴ la idea de límite cumple una función cosmética o decorativa, porque en cualquier momento, si el poder lo decide, tales límites pueden ser sobrepasados.

Ahora bien, ¿Cómo se manifiesta este modelo? Las manifestaciones de esta posición se dan en los siguientes niveles:

- **Plano de la interpretación judicial.-** Una manifestación de este modelo puede encontrarse en algunas resoluciones judiciales y del Tribunal Constitucional que justifican la coerción en las "actitudes y valores morales del procesado", como si el derecho penal estuviera en condiciones de instituir o fijar un estándar de "moralidad" oficial, que al no ser atendido u observado por el justiciable autorice su encarcelamiento preventivo. (Exp. N° 298-2003-HC/TC, fundamento 7).

Más aún, cuando el Tribunal Constitucional se refiere a los procesados detenidos por los delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, violaciones de derechos humanos, corrupción de funcionarios, como "prontuariados enemigos públicos de la sociedad" (Exp. N° 3771-2004-HC/TC, fundamento 31), sin tenerse en cuenta, que siendo procesados están amparados por el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

- **Plano legislativo.-** Por ejemplo, las sucesivas leyes⁵ que han aumentado el plazo de detención preventiva desde 12 meses según el texto original del artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991, hasta 15 y posteriormente a 18, con posibilidad de ser prolongado a 36 meses, y en algunos casos, por interpretación jurisprudencial, a 72 meses; incluso con la modificación del D. Leg. N° 983 se podría interpretar indebidamente que el Juez puede no solo duplicar, sino también prolongar dos veces el plazo de detención preventiva. Además, se presentaron proyectos de ley que propusieron extender el plazo hasta 108 meses (9 años)⁶.

⁴ Quien sostiene además que el modelo eficientista se caracteriza por: el desdibujamiento de la potestad persecutoria, pues en este modelo se faculta la coerción a órganos diferentes, pudiéndose afectar la libertad no solo los jueces, sino también las posibilidades de afectación por parte de la Policía. Además, por el fomento de los juicios paralelos representados por las versiones que ofrecen los medios de comunicación. Así también por la contemporización con los insistentes discursos mediáticos y sociales de que en el proceso penal se reconoce demasiados derechos al inculcado, y no a la víctima y a la sociedad, y que por esta razón se avanza muy poco o fracasa cualquier esfuerzo de lucha contra una creciente criminalidad. Por último, por la flexibilización del respeto a la libertad ante las necesidades coyunturales de la inseguridad ciudadana.

⁵ Así la Ley N° 25824 (Publicada el 9 de noviembre de 1992) amplió el plazo de detención preventiva de 12 meses para procesos ordinarios (que establecía el texto original del artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991) a 15 meses. Luego por ley N° 27553 (Publicada el 13 de noviembre de 2001) se amplió este plazo a 18 meses. Por ley N° 28105 (Publicada el 21 de noviembre de 2003) se facultó al Juez para que de oficio pueda prolongar el plazo de la detención. Finalmente, el D. Leg. 983, de 22 de julio de 2007, incorporó la posibilidad de prolongar la detención "cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria".

⁶ Cfr. Proyecto de ley N° 8038/2003 propuesto por el señor congresista Carlos Ferrero. La exposición de motivos del proyecto señala que "La añadidura 'un plazo igual a aquellos señalados en el párrafo anterior, según corresponda', aclara el tema: En principio, las detenciones duran 9 y 18 meses. Por el primer párrafo, algunos casos pueden ascender a 27 y 54 meses. Por disposición del segundo párrafo, las detenciones

c. El modelo preventivista radical

Este modelo busca la seguridad a cualquier costo, sobre la base de argumentos que sostienen que la actuación del Estado y del sistema de justicia penal debe estar dirigido, antes que nada, a evitar, cuanto más temprano mejor, la posibilidad siquiera de preparación de un delito. Expresión de esta posición son las duras medidas que se implementan cuando se trata de criminalidad violenta, como el terrorismo internacional. No resulta exagerado advertir el enorme riesgo de que una política de coerción caracterizada por la "tolerancia cero" (Arroyo, 2003)⁷ se instrumente con facilidad en países con instituciones democráticas débiles, plagados de desigualdades que estimulan la intranquilidad, cuando no la convulsión social.

Una de las manifestaciones de este modelo, muy presente y característico en el Perú de los últimos años, es el fenómeno de la *emergencia penal*. La emergencia es un concepto ligado a la idea de crisis, de brevedad, de excepcionalidad, y tal vez también de imprevisibilidad (Vassalli, 1995, p. 427). El modelo de emergencia por definición constituye una respuesta inmediata a un determinado problema social que se presenta también de manera imprevista y que genera una gran afectación al interés público, gran alarma social y alto grado de inseguridad ciudadana. En lo que al proceso penal se refiere el modelo de emergencia privilegia, como no podía ser de otro modo, los valores de orden público y seguridad ciudadana en desmedro del valor libertad. Son manifestaciones de un modelo de emergencia penal, la legislación antiterrorista dictada en la década del 90, entre ellos los Decretos Leyes N° 25475, N° 25659, N° 25708 y N° 25880.

Resulta ilustrativo citar las consecuencias del atentado del 11 de septiembre de 2001⁸. Piénsese por ejemplo en la denominada Acta Patriótica⁹ aprobada un mes después del atentado a las torres gemelas, que contiene una serie de normas que inciden directamente en la afectación de derechos fundamentales y que tiene relación con normas de proceso penal, por ejemplo se autoriza al gobierno a vigilar y espiar organizaciones e individuos bajo cualquier sospecha; a realizar cateos sin previa autorización, obtener datos financieros, médicos y personales de cualquier individuo, asimismo se

que no hayan sido ampliadas según el primer párrafo podrán ascender a 18 y 36 meses, respectivamente. Las que ya hubiesen sido triplicadas, podrán duplicarse a 54 y 108 meses". Esta opción legislativa atenta contra los principios de proporcionalidad y de excepcionalidad de la detención pues convertiría a la misma en una medida permanente durante todo el proceso posible de extenderse inclusive hasta en 9 años.

⁷ Como señalan el autor, algunos antecedentes de la *tolerancia cero* se remontan al debate típico de los setenta sobre la *ley y el orden*. La estrategia de *tolerancia cero* vino a representar una ruptura con el fatalismo de lo que solía llamarse el "nada funciona". No importa por qué se delinque lo importante es hacer valer la ley, y quien la transgreda se tendrá que atener a las consecuencias o en otras palabras, la vieja y conocida fórmula de "guerra sin cuartel a la delincuencia" se transfiguró lingüísticamente para convertirse en una frase más sutil (*tolerancia cero*) que trata de convencer a los ciudadanos de que es algo positivo que ayudará a recobrar las calles ahora ganadas por la delincuencia. La *tolerancia cero* es una ideología sobre el delito que abreva de principios morales y despliega una serie de conocimientos criminológicos de carácter gerencial.

⁸ El mayor atentado terrorista de la historia de los Estados Unidos, que culminó con la destrucción de las Torres Gemelas de Nueva York, de otro edificio aledaño y de parte del Pentágono, en Washington.

⁹ El Acta patriótica es un documento de 119 páginas y 128 secciones. Su nombre completo es "Acta del 2001: Uniendo y fortaleciendo a los Estados Unidos al dotarlo de las herramientas adecuadas para interceptar y obstruir al terrorismo", conocido por las siglas en inglés de USAPA y fue puesto en vigencia el 26 de octubre de 2001.

3. Opción político criminal

autoriza a los agentes de la CIA o el FBI a exigir y obtener de los bibliotecarios norteamericanos, un listado de los libros que lee cualquier persona sospechosa, pueda acceder a los sitios web por los que navega en internet, o leer el texto de los correos electrónicos que envía o recibe desde computadoras puestas al servicio de los usuarios en estas instituciones.

Ahora bien, revisados los modelos de coerción existentes, la pregunta que surge es a qué modelo se adhiere el sistema peruano. Si tuviéramos que ceñirnos al aspecto constitucional, específicamente en el artículo 1° que reconoce a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado, el artículo 2° inciso 24 que reconoce el derecho a la libertad y seguridad personales, el artículo 2° inciso 24 literal “e” que establece la presunción de inocencia, el artículo 43° que configura la calidad de Estado democrático, así como el artículo 44° que establece como deber primordial del Estado el respeto de los derechos y la seguridad y los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Perú es parte, diremos que el nuestro es un modelo garantista, en tanto está acorde a los postulados que este exige; sin embargo la legislación de segundo orden (por ejemplo algunas disposiciones de represión al terrorismo y corrupción de funcionarios) y la jurisprudencia emitida por algunos órganos jurisdiccionales (por ejemplo aquellos casos de prolongación excesiva de la detención preventiva o detención domiciliaria) hacen que el modelo constitucional pierda sentido y se convierta en uno de corte mixto.

A ello hay que agregar que la diversidad de criterios asumidos por los diferentes actores, sean estos legisladores, jueces o académicos, hacen por ejemplo que el actual proceso penal esté regulado por 3 códigos (Código de Procedimientos Penales aprobado en 1939 y vigente desde 1940, el Código Procesal Penal de 1991 y el Código Procesal Penal de 2004), lo mismo sucede en el tema de la coerción personal, más aún donde existen leyes que regulan algunas de sus formas (Ley N° 27379 “Ley de procedimientos para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares” y la Ley N° 27934 “Ley que regula la intervención de la Policía y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito”).

En las dos últimas décadas en nuestro país se han producido y procesado fenómenos delictivos muy graves, como es el caso del terrorismo, la criminalidad patrimonial violenta (asaltos y secuestros) y la criminalidad de la corrupción funcional. La persecución de estos delitos ha tenido influencia decisiva en la actividad legislativa y en la forma en que los jueces expiden sus resoluciones. Justamente, cuando la potestad punitiva del Estado se desborda es que los jueces deben delimitar a términos razonables y constitucionales el ejercicio del poder penal.

La persecución de los delitos mencionados, de clara connotación pública y sobre todo mediática, desnaturalizó, a menudo, los principios de la coerción, tanto en el plano normativo como aplicativo. Se produjo un desborde de la política criminal del Estado en la represión de estos delitos.

A manera de ejemplo podemos citar las siguientes disposiciones:

- Decreto Ley N° 25475. “Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio” (Publicado el 6 de mayo de 1992): Preveía la prohibición de la libertad para los delitos de terrorismo.

- Decreto Ley N° 25659. “Delito de traición a la patria” (Publicado el 13 de agosto de 1992): Establecía que los procesos por delitos de traición a la Patria serán de competencia del Fuero Privativo Militar, tanto en su investigación como en su juzgamiento.
- Decreto Ley N° 25708. “Normas sobre los procedimientos en los juicios por delitos de traición a la patria” (Publicado el 10 de septiembre de 1992): Dispuso que en los casos de traición a la patria se aplicara el proceso sumario establecido en el Código de Justicia Militar para los juicios en el teatro de operaciones, donde el Juez tenía que expedir sentencia en un término máximo de 10 días. Asimismo, estableció restricciones para la procedencia del recurso de nulidad.
- Decreto Legislativo N° 895 “Ley contra el Terrorismo Agravado” (Publicado el 26 de mayo de 1998): Esta disposición tipificó el delito de terrorismo agravado, la competencia del Fuero Militar y la prohibición de acogerse a beneficios penitenciarios. Asimismo, estableció en su artículo 7° literal “c” que durante la instrucción no procede, sin excepción alguna, ningún tipo de libertad.
- Decreto Legislativo N° 897 “Ley de Procedimiento Especial para la investigación y juzgamiento de los delitos agravados que tipifica el Decreto Legislativo N°. 896¹⁰” (Publicado el 26 de mayo de 1998): Respecto a las medidas cautelares, no procedía la concesión de libertad alguna, con excepción de la libertad incondicional. Asimismo, disponía que los secuestros e incautaciones permanecían en custodia del Ministerio del Interior.
- Ley N° 28726 “Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46°, 48°, 55°, 440° y 444° del Código Penal, y el artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991” (Publicada el 9 de mayo de 2006): Incorporó la reincidencia y habitualidad en el Código Penal. Asimismo, modificó el artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991 estableciendo como mínimo de pena probable 1 año, para imponer detención preventiva.

Paradójicamente, estas leyes, de corte represivo, se dieron en un contexto garantista, configurándose una yuxtaposición de modelos. Por un lado, el Código Procesal Penal de 1991 regula un mecanismo de coerción personal sustentado en la necesidad y racionalidad procesales; del otro, se fueron acumulando normas prohibitivas de excarcelación, como por ejemplo el artículo 13° literal “a” de la Ley N° 25475 (Delitos de terrorismo) que establecía: “Formalizada la denuncia por el Ministerio Público, los detenidos serán puestos a disposición del Juez Penal quien dictará el auto de apertura de instrucción con orden de detención, en el plazo de veinticuatro horas, adoptándose las necesarias medidas de seguridad. Durante la instrucción no procede ningún tipo de libertad, con excepción de la Libertad Incondicional”

Al final, lo que resultó fue una expansión de la legislación de emergencia que preponderó la “eficacia” a través del empleo de mecanismos intimidatorios (la pena) o la flexibilización de las garantías mínimas del debido proceso. Sin embargo, la inconsistencia de estas leyes de endurecimiento penal hizo que fueran objeto de serias críticas, a tal punto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia N° 52, de 30 de mayo de 1999, Serie C, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, declaró que las normas internas que

¹⁰ El Decreto Legislativo N° 896 “Ley contra los delitos agravados” (Publicado el 26 de mayo de 1998), modificó los artículos 108 (homicidio), 152 (secuestro), 173 (violación sexual de menor de 14 años), 173 A (violación sexual de menor de 14 años seguida de muerte), 188 (robo), 189 (robo agravado) y 200 (extorsión) del Código Penal, calificándolos como delitos agravados.

hacen aplicable a civiles la justicia militar es violatorias de los preceptos de la Convención Americana¹¹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales las leyes de seguridad ciudadana (Exp. N° 00005-2001-AI/TC¹²) así como las leyes antiterroristas (Exp. N° 00010-2002-AI/TC¹³). Esto originó que se realicen nuevos juicios por anulación de los efectuados bajo las leyes declaradas inconstitucionales, lo cual agravó el problema de la sobrecarga procesal que ya afectaba al Poder Judicial y sobre todo al erario público que tuvo que asumir los costos de los nuevos procesamientos.

A raíz de ello, el Congreso de la República tuvo que emitir nuevas disposiciones que regularan, bajo los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, los delitos de terrorismo y traición a la patria. Así, se emitieron los Decretos Legislativos N° 921 (que establece el régimen jurídico de la cadena perpetua y el límite máximo de la pena), N° 922 (que reguló, conforme a la sentencia del TC la nulidad de los procesos por traición a la patria), N° 923 (que fortalece organizacional y funcionalmente la defensa del Estado en delitos de terrorismo), entre otras disposiciones legales.

En la mayoría de los casos las justificaciones que permitieron la dación de leyes, luego declaradas inconstitucionales, sobredimensionaron los beneficios que se obtendrían con la limitación o postergación del derecho a la libertad, pues el resultado no fue la reducción de los delitos, sino la degradación del proceso. El fenómeno es particularmente preocupante cuando de por medio existe un delito que conmociona a los medios y, con ellos, a la opinión pública. En estos casos se llega a ordenar detención por la simple alarma social, que con todo lo importante que pudiera ser, no es suficiente para limitar el derecho a la libertad.

¹¹ En tal sentido, declaró la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de los ciudadanos chilenos Jaime Francisco Sebastián Castillo Petrucci, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez y ordenó que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal, pues habían sido procesados por un tribunal sin rostro perteneciente a la justicia militar, y condenados a cadena perpetua bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria conforme al Decreto Ley N° 25659.

¹² En esta sentencia el Tribunal Constitucional estableció la inconstitucionalidad, por la forma, de los Decretos Legislativos N°s 895 y 897, en sus disposiciones aún vigentes (*a ese momento*), y, además y complementariamente, la inconstitucionalidad, por el fondo, de los artículos 1° y 2°, literal a), numeral 6), 6°, incisos b), c) y d), 7°, incisos a), b), c), e), f), g), i), primer y tercer párrafo, e inciso j) y del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 895, del artículo 2° de la Ley N° 27235, de los incisos a), b), c), f) y g) del artículo 1° del Decreto Legislativo N° 897.

¹³ En esta sentencia el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la acción de inconstitucionalidad interpuesta y, en consecuencia: declaró inconstitucionales el artículo 7 (delito de apología) y el inciso h) del artículo 13° (imposibilidad de recusar a magistrados) del Decreto Ley N° 25475 así como la frase "con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención y luego" y "En ningún caso, y bajo responsabilidad del Director del establecimiento, los sentenciados podrán compartir sus celdas unipersonales, régimen disciplinario que estará vigente hasta su excarcelación" del artículo 20° (lugar de ejecución de penas y visitas) del Decreto Ley N° 25475. También es inconstitucional el inciso d) del artículo 12° (incomunicación absoluta del detenido) del mismo Decreto Ley N° 25475. Asimismo, son inconstitucionales los artículos 1°, 2° (delito de traición a la patria), 3° (pena en delito de traición a la patria), 4° (competencia militar), 5° y 7° del Decreto Ley N° 25659. También la frase "o traición a la patria" del artículo 6° del mismo Decreto Ley N° 25659 y los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Ley N° 25708; los artículos 1 y 2° del Decreto Ley N° 25880. Finalmente, son también inconstitucionales los artículos 2°, 3°, y 4° del Decreto Ley N° 25744.

En lo referente a la coerción personal, podemos mencionar algunos fenómenos sociales que han suscitado cambios legislativos, así, por ejemplo:

- Los accidentes de tránsito contra efectivos policiales por conductores en estado de ebriedad dieron lugar a que mediante Ley N° 27753 se modifique el art. 135.1 del Código Procesal Penal de 1991 permitiendo la detención preventiva en caso de delitos culposos.
- La liberación de procesados sin condena dio lugar a las diversas modificaciones al art. 137 del Código Procesal Penal de 1991 (Leyes N° 27553, y N° 28105, D. Leg. N° 983).
- La revelación del fenómeno de corrupción a través de los denominados “vladivideos” dio lugar a configuración de la detención preliminar judicial en casos de corrupción y conexos, mediante la Ley N° 27939.
- La toma de carreteras por protestas sociales dio lugar a la Ley N° 27934 “Ley que regula la actuación de la Policía y Ministerio Público en la investigación preliminar” que regula la detención preliminar judicial.
- El aumento de inseguridad ciudadana por pandillaje, teniendo en cuenta la reincidencia y habitualidad, dio lugar a la Ley N° 28726 que modifica el art. 135.2 del Código Procesal Penal de 1991 disminuyendo de 4 años la pena probable a imponerse a mayor de 1 año o que existan elementos probatorios sobre habitualidad. Esta ley también incorpora el artículo 46° “C” al Código Penal, referido a la habitualidad.
- La toma de carreteras atribuida a algunos presidentes regionales dio lugar a la dación de los Decretos Legislativos N° 982 a N° 988 que modificaron el Código Penal, el Código Procesal Penal, el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal de 2004 respecto, entre otros, a la amplitud del concepto de flagrancia, los plazos de la convalidación de la detención, el plazo de la detención.
- El aumento de inseguridad ciudadana dio lugar a que por Ley N° 29372 se ponga en vigencia, a nivel nacional, el arresto ciudadano (art. 260 CPP de 2004) aunque vuelve a la redacción original de la flagrancia.
- El hacinamiento carcelario y el exceso del plazo de los procesos que permiten la excarcelación de procesados dio lugar a la Ley N° 29499 “Ley de Vigilancia electrónica”.
- La alarma social que ocasionó el caso de la niña R. C., por los denominados “marcas”, sujetos con antecedentes penales y procesos en curso, dio lugar a la Ley N° 29570 que modificó los arts. 46°-B y 46°-C del Código Penal.
- Finalmente, el incremento de inseguridad ciudadana dio lugar a que mediante Ley N° 29569 se modifique nuevamente el art. 259 del Código Procesal Penal de 2004, respecto a la flagrancia; a poco menos de un mes de que el Tribunal Constitucional emitiera su sentencia 00012-2008-AI/TC, respecto a la constitucionalidad de lo previsto en los Decretos Legislativos N° 983 y N° 989 respecto a los mismos supuestos.

Nos preguntamos, cómo puede seguirse apostando por el endurecimiento del sistema penal, si toda la legislación anterior no dio resultados positivos. Es más, cómo puede existir coherencia si de un lado existe una saturación penitenciaria donde 26,911 internos, de un total de 44,935, no tienen

4. El derecho a la libertad y la finalidad del proceso penal

condena¹⁴ y, del otro, se aumentan las penas (por ejemplo, en los casos de hurto simple) disminuyéndose los márgenes para permitir una detención preventiva. El endurecimiento de las condenas por diversos delitos, la amplitud de las causales para ordenar alguna medida de coerción personal, así como la extensión de su duración no ha impedido el crimen o frenar su aumento. Por el contrario, ha aumentado, o al menos la sociedad así lo percibe (Garton, 2008)¹⁵.

En primer lugar, justificar la detención desde una óptica de ejemplaridad y prevención especial nos conduce a los fines de la pena, que de por sí son ajenos a las medidas cautelares. Además, admitir el criterio de la habitualidad como presupuesto de la detención equivale a aceptar la presunción de culpabilidad como fundamento. Recordemos que nuestro Derecho penal es un derecho penal de acto, y por tanto la personalidad peligrosa no puede constituir indicio de culpabilidad.

El recurso a las soluciones penales de carácter excepcional no es un instrumento exclusivo de las sociedades totalitarias, sino que forma parte de la estrategia adoptada por algunos gobiernos democráticos para hacer frente a las agresiones que en su opinión ponen en riesgo los principios básicos de una determinada colectividad, reacción que suele venir justificada apelando a un cualificado y persistente estado de necesidad.

Cuando la respuesta del Derecho penal convencional resulta insuficiente para asegurar el ejercicio de la libertad o no sirve para evitar que se realicen conductas que amenacen bienes jurídicos de gran trascendencia social entonces se recurre a minimizar las garantías propias del Derecho penal liberal. Cuando sucede ello, se crea otro orden social: la de los individuos (o de “enemigos” en palabras de Jakobs)¹⁶ a quienes se les aplica reglas (materiales y procesales) ajenas al Derecho penal ordinario (por más que formalmente se incluyan en los cuerpos normativos tradicionales).

La reafirmación de la ausencia de un claro plan político criminal acorde a los valores democráticos resulta evidente. No negamos que exista un interés social en las reformas (por lo menos así queremos creerlo), pero dicho fin no puede quebrar las bases de un Estado protector de la dignidad del ser humano.

El estado natural de todo ciudadano es la libertad que, de la mano con la presunción de inocencia, constituye el límite al ejercicio del *ius puniendi*. La

¹⁴ Según datos oficiales del INPE, a octubre de 2010, existe una sobrepoblación penitenciaria de 20,736 internos (83.40%) que representan un hacinamiento de 57%. Consulta: 15 de diciembre de 2010.

http://www2.inpe.gob.pe/portal/archivos/upload/menu/OCTUBRE_2010.pdf

¹⁵ A decir del autor, “La compulsión de legislar nuevas restricciones sin parar va unida a paroxismos de ineficacia asombrosa. ¿A alguien se le ocurre una fórmula mejor para sacrificar la libertad sin ganar seguridad?... Mientras tanto, se aprueban leyes tras leyes que merman nuestros derechos tradicionales en nombre de la necesidad de combatir el terrorismo... El equilibrio entre libertad y seguridad es delicado”. Sin embargo, agrega que, “*más importante que preguntarnos cómo nos hemos metido en este lío es averiguar cómo salir de él. Lo que necesitamos en Gran Bretaña -y tal vez no solo en Gran Bretaña- es un cambio de paradigma: de la libertad mediante la seguridad a la seguridad mediante la libertad*”.

¹⁶ El “Derecho penal del enemigo”, es un concepto puesto en el tapete de la discusión académica, por Gunther Jakobs, en la ponencia que presentó en un Congreso realizado en Berlín en 1999, la que llevó el título de “*Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendendenwende and Ausblick*” - 2000”.

libertad como derecho fundamental constituye la máxima expresión de un Estado democrático de derecho. Su vigencia abarca desde su propia concepción, gozar de los derechos sin restricción alguna salvo mandato expreso de la ley, hasta la exigencia de su restitución en caso de limitación.

El Derecho asigna una importancia especial a la libertad física, también llamada personal, que es aquella según la cual la persona puede trasladarse, es decir, ir de cuerpo y alma donde prefiera (Rubio, et al., 2010, p. 646). Sin embargo, la libertad personal, en palabras del Tribunal Constitucional, si bien no es solo un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico; sin embargo, su ejercicio no es absoluto e ilimitado, sino que se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley, tal como lo establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución. Disposiciones constitucionales que suponen la protección del derecho a la libertad personal a partir de la interdicción de toda intervención arbitraria contra la esfera física, locomotora de las personas¹⁷.

En suma, la libertad personal se trataría de un concepto esencial y fundamentador del Estado y del ordenamiento jurídico, que tendría además una fuerza jurídica e interpretativa preferente, frente a otros bienes constitucionales (Díaz, 1997, p. 114). Es así, que el Tribunal Constitucional destaca su carácter bidimensional, subjetivo y objetivo. Según el carácter subjetivo, ninguna persona puede sufrir limitación o restricción alguna a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, condenas arbitrarias o internamientos; y, según el objetivo, el derecho a la libertad personal: cumple una función institucional en la medida en que es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no solo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es un presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales (Exp. N.º 7624-2005-PHC/TC, fundamento 2).

El Código de Procedimientos Penales de 1939 (Ley N° 9024), en su versión original, hacía referencia a la *presunción de culpabilidad* como elemento suficiente para dictar la detención¹⁸. La detención provisional del inculcado procedía, entre otros casos, en flagrancia, cuando se tratase de delitos en contra del Estado o cuando fuese reincidente, vago o careciese de domicilio. Para el codificador del '39 el objeto de la medida de coerción personal era que el inculcado preste su declaración instructiva, terminada esta y si no había motivos fundados para suponerlo responsable del delito, lo podía poner en libertad con conocimiento del Fiscal; si existía oposición de este último la detención provisional continuaba hasta que se practiquen todas las diligencias de la instrucción. Sin embargo, esta detención no podía durar más de 10 días, dentro de los cuales debía dictarse la libertad o detención definitiva del inculcado. Esta detención duraba todo el proceso y solo podía suspenderse en los casos de libertad provisional.

Con la entrada en vigencia parcial del Código Procesal Penal de 1991¹⁹ y la promulgación de la Constitución de 1993, los criterios para dictar coerción se regularon atendiendo a los principios de necesidad, provisionalidad y

¹⁷ No obstante, hay que reconocer, como anota el profesor García Cavero, que el contenido del derecho fundamental a la libertad personal o de locomoción se ha ampliado, ha evolucionado positivamente para entenderse como el derecho que tiene toda persona de decidir libremente cómo actuar y de poder actuar como ha decidido.

¹⁸ El artículo 79º del Código de 1939 establecía: El Juez instructor puede dictar orden de comparecencia o detención contra el que presume culpable.

¹⁹ Actualmente vigente en algunos distritos judiciales del país donde no se aplica el Código Procesal Penal de 2004. Solo 22 artículos vigentes.

5. Naturaleza y finalidad

temporalidad. Así también, el Código Procesal Penal de 2004 dispone que “Las medidas que limitan derechos fundamentales, salvo las excepciones previstas en la Constitución, solo podrán dictarse por la autoridad judicial, en el modo, forma y con las garantías previstas por la Ley. Se impondrán mediante resolución motivada, a instancia de la parte procesal legitimada. La orden judicial debe sustentarse en suficientes elementos de convicción, en atención a la naturaleza y finalidad de la medida y al derecho fundamental objeto de limitación, así como respetar el principio de proporcionalidad”.

Respecto a la naturaleza y finalidad de la coerción personal en la doctrina no existe criterio uniforme. Sin embargo, para un mejor entendimiento resulta necesario tratar juntos la naturaleza y finalidad de la coerción. Conforme expone Asencio Mellado (2008), respecto a la prisión provisional, la razón del estudio conjunto es evidente: Si los fines que se asignan a una medida cautelar exceden a los que son consustanciales a este tipo de resoluciones, la medida perderá su naturaleza cautelar y pasará a convertirse en otra cosa, en otra figura cuyos contornos serán siempre imprecisos y, en la mayoría de los casos, de difícil encaje en el sistema de valores que inspira el Estado de derecho (p. 187).

La naturaleza de la coerción personal es de orden cautelar, en tanto sirve para asegurar la presencia del imputado al proceso; no es posible utilizarla como pena, ni tampoco como medida de seguridad o para aplacar sentimientos colectivos de venganza. Ejemplos de desnaturalización los podemos encontrar en las constantes dilaciones del plazo de la detención preventiva. En el caso del Exp. N° 04-2001, la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima prolongó la prisión preventiva a un año luego de cumplir el plazo máximo legal establecido de 3 años, argumentando el peligro de sustracción de la acción de la justicia que implicaría la existencia de una acusación fiscal, las condiciones personales del agente, en especial los vínculos sociales que ostenta; es más, posteriormente esta misma Sala justificaría el arresto domiciliario por 3 años por considerar que “el alto cargo que desempeñó el señor Chacón Málaga en el Ejército” hacía peligrar la actuación probatoria.

Son también manifestaciones de esta tendencia de desviación las detenciones con fines retributivos o preventivos (especiales o generales), propios del derecho material; o considerar criterios tales como la alarma social, la peligrosidad del imputado, la repercusión social del hecho o la necesidad de impedir que el imputado cometa nuevos delitos.

La incongruente apreciación y aplicación de las medidas de coerción producen confusión. Hay quienes como Odoné Sanguiné (2003) y Alberto Bovino (2006) reconocen desde ya el límite invisible entre ambos campos (naturaleza penal y procesal de la coerción), más aún cuando de por medio se encuentra un plazo excesivo y una excusa intrascendente, en desmedro de la presunción de inocencia.

En cuanto a la finalidad de la coerción personal existen dos tendencias. De un lado las denominadas medidas de protección provisional expuesta, entre otros, por el profesor César San Martín Castro, para quien estas medidas tienen por finalidad evitar determinadas actuaciones perjudiciales que el imputado podría realizar durante el transcurso del proceso de declaración

(San Martín, 2003, 1073).

De otro lado hay quienes consideran que las medidas de coerción personal tienen por finalidad asegurar la presencia del imputado al proceso cuando de por medio exista peligro procesal, esto es, cuando de por medio exista riesgo de fuga o de obstrucción a la actividad probatoria. Esta última postura es la asumida por Florencio Mixan Mass, Alberto Binder (2005, pp. 198 y ss.), entre otros; así como por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 02342-2005-PHC/TC (F. J. N° 7. Publicada el 15 de agosto de 2005), donde expresó que “La detención preventiva constituye una de las formas constitucionales de garantizar que el procesado comparezca a las diligencias judiciales”.

En el mismo sentido lo expresado en la sentencia recaída en el expediente N° 00298-2003-HC/TC (F. J. N° 3. Publicada el 21 de agosto de 2003) en la que el Tribunal Constitucional expone que “La detención provisional tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional.” En este aspecto merece ser resaltada la sentencia recaída en el expediente N° 00010-2002-AI/TC (F. J. N° 140. Publicado el 4 de enero de 2003) que declaró la inconstitucionalidad en parte de los decretos leyes N° 25475, N° 25659, N° 25708 y N° 25880 sobre terrorismo, cuando expone, respecto a la obligación de dictar detención al momento de abrir proceso que, según ese punto de vista, la detención judicial preventiva ya no constituiría una medida cautelar que deba dictarse cuando se ponga en riesgo la actividad probatoria o el resultado mismo del proceso penal, sino, en realidad, una medida de seguridad, susceptible de dictarse teniendo en consideración la gravedad del delito materia de investigación, que, en el caso de la disposición impugnada, es el delito de terrorismo.

En esta línea, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la prisión preventiva es una medida cautelar. Expresa al respecto: “De lo expuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva.” (SCIDH, Asunto Suárez Rosero, párr. 77, 12.11.1997).

Por su parte, el Código Procesal Penal de 2004 dispone en su art. 253°, inciso 3 que la restricción de un derecho fundamental se aplicará cuando fuera absolutamente indispensable para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida, así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiterancia delictiva. En cuanto a este último supuesto, reiteración delictiva, consideramos que representa una puerta de ingreso a la desnaturalización estrictamente instrumental de las medidas cautelares y a su conversión en exclusivas medidas de seguridad. Justificar la detención desde una óptica de ejemplaridad y prevención especial nos conduce a los fines de la pena, que de por sí son ajenos a las medidas cautelares.

6. Principios

La coerción personal limita un derecho fundamental reconocido como un valor superior del ordenamiento jurídico, esto es, la libertad; su regulación

normativa y la actuación jurisdiccional no debe ser una tarea empírica y refleja; debe guiarse por los principios de la coerción.

En esta oportunidad nos ocuparemos solamente de algunos de ellos.

a. Principio de proporcionalidad

Por el principio de proporcionalidad debe entenderse la equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal. Como expone Odone Sanguiné (2003, p. 638) el principio de proporcionalidad funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de Derecho, y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz.

En este orden, se cuestionan las detenciones impuestas que resultan inadecuadas para un fin concreto, habiendo otras medidas menos gravosas que pueden servir para el correcto desarrollo del proceso. Ingresan en el examen de este principio el plazo de duración de las medidas de coerción, cuando estas son ilimitadas o excesivas.

Cabría analizar también, que la Ley N° 28726 que modifica el artículo 135° inciso 2 del Código Procesal Penal de 1991²⁰ posibilita la detención en casos de menor entidad delictiva, por ejemplo, el delito de difamación, hurto simple o el delito de daños; más aún si a través de esta ley el legislador ha añadido la *habitualidad* del agente como uno de los elementos que puede tomar en cuenta el Juez para disponer un mandato de detención²¹.

Por su parte, el artículo 253° del Código Procesal Penal de 2004 dispone que: “La restricción de un derecho fundamental requiere de expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad, siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción”.

Consideramos, entonces, que resulta desproporcionado que ante delitos de menor gravedad o poca dañosidad social se restrinja la libertad ambulatoria de los procesados, por cuanto ello implica desconocer los efectos criminógenos de las privaciones de libertad de corta duración, la desnaturalización de una medida excepcional de naturaleza procesal, así como la entronización de la detención como verdadero anticipo de pena.

b. Principio de necesidad

Por el principio de necesidad entendemos que las medidas coercitivas solo se impondrán en la medida que sean estrictamente necesarias para los fines del proceso.

²⁰ Ley N° 28726, de 9 de mayo de 2006, modifica el art. 135.2 disponiendo “que la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a 1 año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente del delito”.

²¹ Es preciso tener en consideración que el art. 135.2 del Código Procesal Penal de 1991 fue modificado por la Ley N° 29499, de 19 de enero de 2010. En esta modificatoria se dispone que “la sanción a imponerse sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad”, esto es, se vuelve a la versión primigenia; sin embargo, en la Primera Disposición Final de la ley se dispone que “entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según el calendario oficial que será aprobado mediante decreto supremo”

El principio de necesidad armoniza con la Constitución en cuanto esta tutela la presunción de inocencia (artículo 2º.24 “e”) y con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 9º inciso 3 establece que la libertad es la regla y la detención es la excepción.

La coerción personal, en los últimos años en nuestro país se ha apartado del esquema constitucional y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estas expresiones las podemos encontrar tanto en el plano legislativo como jurisprudencial, como vemos a continuación:

- En el plano legislativo: En este ámbito existe una marcada tendencia de afectar el principio de necesidad. Ello no solo puede demostrarse con la maleabilidad normativa de los criterios de aplicación de las medidas de coerción personal (ampliación de los plazos de detención preventiva²² y la posibilidad de aplicarlo retroactivamente, por citar dos ejemplos), sino también en el marco del Derecho penal sustantivo.
- En el plano judicial: Son frecuentes los mandatos de detención o su continuidad que obedecen a criterios ajenos a los fines procesales. Así podemos citar los siguientes ejemplos:
 - Detención domiciliaria sin posibilidad de salir a trabajar o estudiar.
 - Hasta antes de la Ley N° 29439, de 19 de noviembre de 2009, el impedimento de salida del país o detención domiciliaria ilimitado (Expediente N° 31-2002)
 - Entender como criterio de peligro procesal los vínculos familiares o profesionales (Expediente N° 1567-2002-HC/TC)

Una lectura detenida de los casos antes mencionados nos llevará a la conclusión de que algunos magistrados confunden su rol y equivocan su posición supra-partes en desmedro del imputado. En muchos casos se impone medidas de coerción sin necesidad. Hay que tener en consideración que incluso la menos aflictiva significa ya una invasión a la esfera personal de quien se ve seleccionado por el aparato estatal²³.

²² El artículo 137º del Código Procesal Penal que establece el plazo de duración de la detención preventiva establecía en su versión original el plazo de 12 meses para los procesos ordinarios y 9 para los sumarios, posteriormente con el decreto ley N° 25824 de 9 de noviembre de 1992 el plazo de la detención preventiva en los procesos ordinarios se amplió a 15 meses, luego mediante Ley N° 27553 de 13 de noviembre de 2001 se amplió a 18 meses admitiéndose la posibilidad de duplicar el plazo en caso de delitos cometidos en agravio del Estado. Finalmente, el D. Leg. N° 983, de 22 de julio de 2007, incorporó la posibilidad de prolongar la detención “cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria”.

²³ Es más, la medida de comparecencia simple también implica una medida de coerción procesal en cuanto importa una limitación a la libertad individual del imputado. La restricción de la libertad consiste en la obligación de presentarse ante el magistrado en el lugar, día y hora establecido. Así, Gimeno, Conde-Pumpido y Garberí (2000), sostienen que la citación “para ser oído” tiene una doble naturaleza: de un lado, es un *acto coercitivo de comunicación* con el imputado, quien bajo el apercibimiento de ser detenido, se le emplaza para que acuda al Juzgado en un día determinado; de otro lado, el cumplimiento de esa citación permite la declaración espontánea del imputado, no tanto para la averiguación del hecho y su autoría, cuanto para posibilitar su exculpación frente a una imputación determinada, por lo que más que un acto de investigación, nos encontramos ante un *acto de defensa*, que, si triunfa, puede permitir que el imputado sea desvinculado de la instrucción mediante su no procesamiento.

No es posible imponer una medida restrictiva de la libertad cuando no existen los mínimos elementos ni la necesidad de esta. Así lo ha reconocido la Corte Suprema cuando expone que “si bien el Juez está facultado para imponer al procesado ciertas medidas restrictivas, su decisión no puede ser arbitraria, sino que debe responder fundamentalmente al principio de necesidad, esto es, cuando resulte necesariamente indispensable para asegurar que no exista peligro procesal” (Recurso de Nulidad N° 863-2005).

Otras manifestaciones de esta tendencia sobrelimitadora de la libertad personal son las siguientes:

- Custodia policial en la detención domiciliaria. Serían 80 los procesados sujetos a esta medida de coerción, lo cual implica el resguardo a cargo de 250 policías²⁴.
- La detención de personas que han cumplido con prestar su declaración instructiva, que han participado en todas las diligencias que les habían programado, que han colaborado en cuanta diligencia se les ha llamado, sin que existan más pruebas que actuar y que no haya peligro procesal.
- Los impedimentos de salida del país sin ninguna real necesidad de limitar el derecho de locomoción; tanto más si como en algunos casos se dicta contra procesados residentes en el extranjero o cuyo trabajo implica el desplazamiento fuera del país.
- Cuando luego de haberse cumplido el plazo máximo de detención preventiva, sin existir peligro procesal, se les ordena detención domiciliaria.
- Las órdenes de detención basadas únicamente en la gravedad de la pena sin atender a las circunstancias concretas del caso.
- En aquellos casos de exceso de detención domiciliaria, como por ejemplo cuando no se otorga la libertad por exceso de detención so pretexto de resguardar los intereses de la sociedad o por un supuesto deber judicial de velar por la seguridad ciudadana.
- Asimismo, existen casos donde las resoluciones judiciales responden a juicios mediáticos, influenciados por la prensa.
- Cuando no se permite las salidas para trabajar o estudiar a quien tiene orden de detención domiciliaria.

En este mismo orden, parece innecesario poner como limitación el no concurrir a lugares de dudosa reputación, como si alguien pudiera establecer con precisión cuáles son estos lugares²⁵.

Estas medidas suelen emplearse por costumbre o inercia, como si la labor del Juez fuera automática e irreflexiva. A lo antes mencionado debe agregarse la influencia negativa mediática que muchas veces desnaturaliza la finalidad de la coerción, imponiendo como aspiración ciudadana las detenciones prolongadas sin reparar en la razonabilidad y necesidad de la medida. Lamentablemente, algunos jueces condicionan su actuación a las

²⁴ Diario La República del sábado 28 de agosto de 2010. Según se informa, de los 80 resguardados, 26 están procesados por violación sexual, 17 por robo agravado, 13 por homicidio, 4 por narcotráfico, 3 por secuestro, 2 por lavado de activos y 2 por estafa. Cuarenta y seis no tienen sentencia y se encuentran en sus domicilios, mientras que 34 están asignados en la casa transitoria de Santa Bárbara del Callao. Consulta: 9 de noviembre de 2010.

<http://www.larepublica.pe/archive/all/larepublica/20100828/9/pagina/15>

²⁵ Si bien el artículo 143° del Código Procesal Penal de 1991, vigente en esta parte, no dispone textualmente esta regla de conducta, el Juez la impone recurriendo a lo previsto en el literal 3 de esta disposición cuando establece el Juez podrá imponer alguna de las alternativas siguientes: 3) ...de no concurrir a determinados lugares.

expectativas y exigencias de la prensa. La prensa debe formar la conciencia social, basada en valores positivos, no en criterios de venganza o de represión desmedida²⁶.

Somos testigos de cómo algunos periodistas increpan y sancionan a ciudadanos como si aquéllos fueran fiscales o jueces. En otras oportunidades, reprochan la actuación de algún Magistrado por otorgar la libertad a un ciudadano o simplemente por no haber respondido a sus reclamos. Pretender que la actuación judicial se encuentre supeditada a las exigencias o cuestionamientos de la prensa, supone no solo una clara intromisión en sus funciones, sino el desborde del normal desarrollo de un Estado de Derecho.

c. Principio de legalidad

El principio de legalidad²⁷ de las medidas de coerción personal tiene sustento constitucional en el artículo 2° numeral 24 literal “b”, conforme al cual no está permitida “forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”. Esta norma constitucional debe interpretarse de acuerdo a los parámetros que fija la propia Constitución, especialmente, cuando en su artículo 2 numeral 24 literal “f”, que establece que la detención se produce por orden judicial o flagrancia. Por tanto, al Juez no le estará permitido “inventar” medidas cautelares, sino, por el contrario, elegir, según el caso concreto, dentro del elenco que la ley estipula, la restricción más conveniente, eficaz y, en cuanto sea posible, la menos aflictiva para los derechos del imputado.

Las restricciones a la libertad son tasadas, deben estar debidamente establecidas en la ley. Por tanto, las modalidades que puedan asumir, así como el plazo que debe durar y el procedimiento del cual debe estar revestido deben estar previamente determinados. Este principio puede ser vulnerado cuando se ordena una medida de coerción personal desatendiendo los requisitos que la ley establece para su imposición; así por ejemplo cuando se ordena detención preventiva sin tener en consideración el cumplimiento copulativo de los 3 requisitos establecidos en el artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991, sobre todo cuando se omite el peligro procesal.

²⁶ Conforme lo expone Binder, se debe evitar caer en maniobras que respondan a las *campañas de sensación de inseguridad* o las *campañas de la ley y el orden*. “En Latinoamérica existe una tendencia muy fuerte a generar entre la población una sensación de inseguridad continua; se trasmite el mensaje de que ‘todos estamos en peligro’, de que en cualquier momento las ciudades van a ser invadidas por los delincuentes que habitan en los cinturones de la pobreza y que, por tanto, tenemos que encerrarnos en nuestras casas y poner candados y rejas por todos los lados, transformándolas en pequeños castillos feudales... Frecuentemente la prensa comete el tremendo error de prestarse a este juego... En Latinoamérica estamos hartos de este tipo de discurso porque, cada vez que viene alguien con mano dura, quedamos peor que como estábamos antes. Si no están alerta, pues, frente a este tipo de maniobras, el periodismo judicial puede convertirse en un canal de políticas más nefastas de nuestra sociedad”.

²⁷ En la actualidad empieza a ganar cuerpo la idea de que el tradicional principio de legalidad debe extenderse al ámbito procesal, pudiendo denominarse, como lo hizo la doctrina francesa, principio de legalidad de la represión o de la persecución penal, aplicables a supuestos esenciales en la relación como ocurre con la fijación de límites respecto a los cuales los poderes públicos pueden recurrir a las medidas de coacción. (Odoné, 2003, pp. 350 – 351).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este principio cuando expuso que nadie puede ser privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto formal), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto material)²⁸.

A su vez, el Tribunal Constitucional ha establecido de manera categórica que “de conformidad con el artículo 2º, inciso 24), literal “f” de la Constitución, la detención de una persona solo procede bajo dos circunstancias: por un lado, la existencia de un mandato judicial escrito y motivado y, por otro, en el supuesto de flagrancia de delito. Esta norma constitucional debe ser interpretada de manera teleológica, vale decir, como prescripciones garantistas con la finalidad de tutelar el derecho a la libertad individual; desde tal perspectiva, resulta inconstitucional la habilitación de cualquier supuesto no contemplado bajo las dos circunstancias antes mencionadas” (Sentencia recaída en el expediente N° 01318-2000-HC/TC. F. J. N° 2. Publicada el 13 de abril de 2001).

Es importante tener en consideración que este principio no solamente exige la positivización de la facultad de coerción, sino que esta se realice atendiendo a las garantías previstas en la ley.

Podemos citar como ejemplo de vulneración de este principio, las denominadas retenciones o puestas a disposición policial, ambos de claro carácter inconstitucional. Al respecto el Tribunal Constitucional ha expuesto que la conducción compulsiva de cualquier persona a un local policial y su retención en esta sede sin que exista contra ella mandato escrito y motivado del juez o la circunstancia de comisión de flagrante delito, constituye un atentado contra la libertad individual en estricta aplicación de lo dispuesto en el artículo 2º inciso 24) acápite “f” de la Constitución Política del Estado (Resolución recaída en el expediente N° 00849-2000-HC/TC. FF.JJ. N° 5 y 6. Publicada el 3 de agosto de 2001). En igual sentido, declaró que la detención por mera sospecha policial carece de legitimidad constitucional (Sentencia recaída en el expediente N° 01324-2000-HC/TC.F. J. N° 2 “f”. Publicada el 27 de marzo de 2001).

El pronunciamiento de este Alto Tribunal no excluye, sin embargo, restricciones a la libertad personal como el control policial de identidad previsto en el artículo 205º del Código Procesal Penal de 2004, que es una norma que prevé la permisión de una situación cuya legitimidad se funda en el artículo 2º, numeral 24, literal “b”²⁹.

Finalmente, debe tenerse en consideración que el principio de legalidad cobra sentido, también, respecto a la finalidad de las medidas de coerción personal. Tal como lo hemos apreciado estas tienen fines procesales, de

²⁸ Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47. Argumento citado por la Corte en el Caso Cesti Hurtado. Sentencia del 29 de septiembre de 1999 Serie C. N° 56.

²⁹ Recordemos al respecto, que el artículo 205º del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957. Publicado el 29 de julio de 2004), estableció la figura denominada “control de identidad policial” (*Sic*), que legitimaba la conducción de los personas a una dependencia policial, en caso de que estas no pudieran exhibir sus documentos de identidad cuando así les requiriese la policía en el marco de una operación practicada para la prevención del delito o para obtener información útil para la averiguación de un hecho punible. Esta acción policial procedía sin orden del Fiscal o del Juez. Cabe precisar que se tejieron muchos argumentos en contra de esta norma, referidos a su cuestionada constitucionalidad, como a los riesgos de su aplicación en una realidad como la peruana, en la que existe un elevado número de personas indocumentadas.

orden cautelar, por tanto, no ingresan en este criterio los supuestos que intentan justificar la detención preventiva en base a la alarma social, reincidencia o habitualidad del agente, ya que estas de por sí llevan implícito una finalidad de orden penal.

d. Principio de provisionalidad

Las medidas de coerción personal son provisionales, se cumplen por determinado plazo. Se encuentran sometidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, de modo que su permanencia o modificación – en tanto perdura el proceso declarativo – estará siempre en función de la estabilidad o el cambio de los presupuestos que hicieron posible su adopción inicial (San Martín, 2003, p. 1080).

Según el Tribunal Constitucional, “una vez investigados los hechos, el contenido garantizado de los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia exige que se ponga fin a la medida cautelar, pues de lo contrario, su mantenimiento tendría que considerarse como una sanción punitiva, incompatible con su naturaleza cautelar y con los derechos antes enunciados” (Exp. N° 791-2002-HC/TC, fundamento 10).

El mantenimiento de la medida de coerción debe concordar con el principio de proporcionalidad. Ello significa que se debe mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. De acuerdo con el artículo 9° inciso 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la restricción de la libertad física de una persona sometida a un proceso, solo puede deberse a la necesidad de asegurar “la comparecencia del procesado al acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo” (Exp. N° 1091-2002-HC/TC, fundamento 14).

En este aspecto, cabe preguntarse, ¿Por qué el trato con dureza al imputado cuando es objeto de exceso de detención, y antes bien, no se analiza el cumplimiento de las obligaciones del Estado para impedir esa situación?; como si el desenvolvimiento del proceso dependiera exclusivamente del imputado. ¿No tiene acaso el Estado el deber de procesar a una persona dentro de un plazo razonable?

Resulta más grave aún justificar la ampliación de la coerción cuando el imputado utiliza los recursos que su derecho de defensa le permite (impugnar, recusar, deducir medios de defensa técnico, etc.), entendiéndolos como manifestaciones de dilación maliciosa.

Al respecto, en la sentencia recaída en el expediente N° 02915-2004-HC/TC (fundamento 6. Publicada el 25 de noviembre de 2004), el Tribunal Constitucional expuso que en lo que respecta a la valoración de la actividad procesal del detenido a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite) de la denominada “defensa obstruccionista” (signo inequívoco de la mala fe del procesado, y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

7. Las medidas de coerción personal para y durante la investigación preliminar

En este mismo caso (fundamento 30), el Tribunal Constitucional estableció que no podría generar perjuicios para el procesado la repetida presentación de recursos que tengan por objeto la reevaluación de la pertinencia y suficiencia de las razones que, *prima facie*, legitimaron el dictado del mandato de detención en su contra. Y es que dicha evaluación constante constituye un deber del juez penal, incluso en circunstancias en las que no medie una solicitud de parte, de manera tal que, desde el mismo instante en que se desvanece la pertinencia de los motivos que sirvieron de fundamento para el dictado de la medida, esta debe ser revocada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las condiciones de un país, sin importar que tan difíciles sean no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones legales establecidas en este Tratado, salvo en los casos que ella misma establece.

Asimismo, no se puede entender cómo el sustento y justificación para mantener a una persona detenida más de 36 meses sea la gravedad del delito, sin atender a las cuestiones procesales y personales del imputado. Peor aun cuando se desconocen factores como la suficiencia probatoria o un elemento tan esencial, como es el peligro procesal.

La libertad personal se puede limitar antes de iniciada una investigación preliminar o diligencias preliminares, o en el desarrollo de esta. Proceden en los casos de flagrancia o por mandato judicial. Se adoptan, con el fin de asegurar: a) La presencia del imputado ante la autoridad y b) La efectividad del correspondiente proceso penal.

Con el Código Procesal Penal de 2004, sin embargo, también encontramos disposiciones relacionadas con la coerción personal en las actuaciones para la búsqueda de pruebas (Libro II, Sección II - La Prueba). Así, tenemos:

- Control policial de la identidad de los ciudadanos (Art. 205°).
- Control policial en vías, lugares y establecimientos públicos para fines de identificación personal, incluido el registro de vehículos y revisión "superficial" de personas para comprobar que no porten sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos (Art. 206°).
- Retención o convocatoria policial de personas para la realización de pesquisas (Art. 209°).
- Registro de personas, extensivo a su equipaje o al vehículo utilizado (Art. 210°).
- Examen corporal del imputado por orden judicial (Art. 211°).
- Comprobación policial de tasas de alcoholemia en aire aspirado y subsiguiente, cuando corresponda, retención y conducción al centro del control sanitario para la realización de la prueba de intoxicación en sangre u otros fluidos (Art. 213°).
- Detención o permanencia de personas en lugar allanado por orden judicial. Asimismo, registro de personas durante la referida diligencia (Art. 217°).

Cabe mencionar que en estas disposiciones encontramos modalidades de restricción a la libertad que no siguen lo dispuesto en el art. 253° del Código Procesal Penal de 2004, es decir, que dichas restricciones se producen al margen del proceso penal. Ello se aprecia en los siguientes casos:

- Art. 205°: Retención durante 4 horas para control de identidad
- Art. 209°: Retención durante 4 horas para practicar una pesquisa.

- Art. 213°: Retención para prueba de alcoholemia
- Art. 217°: Allanamiento con detención

A lo anterior debe agregarse la potestad conferida a la Policía para disponer mínimas intervenciones corporales, aun cuando solamente se tratase de una labor preventiva de delitos (artículos 211° y 212°). Así, tenemos: pequeñas extracciones de sangre, piel o cabello; comprobación de tasas de alcoholemia en aire aspirado, etc.

a. Detención en flagrancia

La detención en flagrancia es una medida limitativa de la libertad, que aparece histórica y normativamente en el artículo 119° de la Constitución de 1826³⁰. La Constitución de 1993 solo admite la detención por propia iniciativa de la policía en caso de flagrante delito (artículo 2° inciso 24 literal f.). En dicha Carta no se ha dado una definición de la expresión “flagrancia”, su contenido y alcance es tarea de la Ley y de la jurisprudencia, de ahí que se haya generado un gran debate al respecto.

Con este término suele hacerse referencia a 3 momentos y supuestos distintos, dependiendo de la corriente y legislación prevista: a) Flagrancia estricta: Cuando el sujeto es sorprendido en el mismo de estar ejecutando el delito, b) Cuasiflagrancia: Cuando ya se ha ejecutado el delito, pero es detenido poco después ya que no se le perdió de vista desde entonces, y c) Presunción de flagrancia: Cuando solo hay indicios razonables que permiten pensar que es el autor del delito³¹. Nuestra legislación y desarrollo jurisprudencial no ha estado ajeno a este debate.

En el ámbito normativo, inicialmente el Art. 81° del Código de Procedimientos Penales de 1939 reconocía como flagrancia el ser sorprendido y capturado en el acto de perpetración del delito, y ser visto en esas circunstancias y huir, siendo capturado en el transcurso de la persecución inmediata. Posteriormente, con la dación de la Ley N° 27934 y del Código Procesal Penal de 2004 (art. 259°) se configuró a la flagrancia bajo el siguiente esquema “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”.

No obstante, esta concepción normativa sería luego modificada por los decretos legislativos N° 983 y N° 989 (en cuanto a la Ley N° 27934 y CPP de 2004, respectivamente) ampliando el concepto de flagrancia a supuestos que colindaban con la “sospecha”. Se entendía que existía el supuesto de flagrancia cuando una persona, además, de haber sido descubierta en la realización del hecho punible o habiendo acabado de cometerlo, se encontraba dentro de los siguientes supuestos: 1) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible, y 2) Es

³⁰ Artículo 119: “In fraganti todo delincuente puede ser arrestado por cualquier persona, y conducido a la presencia del juez”

³¹ La Defensoría del Pueblo ha expuesto que son 3 los supuestos de flagrancia: a) Cuando la realización del hecho punible es actual y en esa circunstancia el autor es descubierto, b) Cuando el autor del delito es perseguido y capturado inmediatamente de haber realizado el hecho punible y c) Cuando el autor es sorprendido con objetos o huellas que evidencien su participación en el hecho punible (Defensoría del Pueblo, 2008, p. 62)

encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos precedentes de aquél o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en si mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

Frente a estos 2 nuevos supuestos, nuestra postura fue de desacuerdo a esta modificación pues extendía a 24 horas la posibilidad de la flagrancia y permitía la denominada “flagrancia virtual o inteligente” (Oré y Loza, 2007)

Sin embargo, con la Ley 27932, de 9 de junio de 2009, se retornó al concepto primigenio de flagrancia plasmado en la Ley N° 27934 y en el art. 259° del Código Procesal Penal de 2004. Por su parte, el Tribunal Constitucional fue preciso en indicar que esta modificatoria era acorde con su jurisprudencia (Véase Sentencias N° 01958-2008-PHC; N° 05423-2008-PHC y N° 01871-2009-PHC) que rechazaba la extensión de la flagrancia “a las 24 horas posteriores a la comisión del delito”³².

Lamentablemente, mediante Ley 29569, de 25 de agosto de 2010, se ha retomado nuevamente la flagrancia “virtual”, postura legal que fue propiciada en el Proyecto de Ley N° 3685-2009-PE. Este tratamiento legal de la flagrancia nos demuestra que no existe un plan político criminal coherente, porque lo más correcto hubiese sido plantear una modificación constitucional que permita la detención en dichos supuestos.

Como se ve, la flagrancia ha generado desde siempre un debate y sobre todo problemas en su aplicación. En cuanto a la **conurrencia de la inmediatez personal y temporal**, el Tribunal Constitucional ha sido difuso. Así, en la Sentencia recaída en el expediente N° 00828-2003-PHC/TC (F.J. N° 2. Publicada el 27 de julio de 2003) expuso que “la flagrancia exige entre sus presupuestos la inmediatez temporal e inmediatez personal”. En ese mismo sentido, en las sentencias recaídas en los expedientes N° 02096-2004-PHC/TC (F.J. N° 4. Publicada el 28 de abril de 2005) y N° 07376-2005-PHC/TC (F.J. N° 4. Publicada el 5 de julio de 2006), el Tribunal expuso que: “la flagrancia en la comisión de un delito presenta 2 requisitos insustituibles: a) la inmediatez temporal y b) la inmediatez personal”. No obstante, en la sentencia recaída en el expediente N° 03766-2004-PHC/TC (F.J. N° 4. Publicada el 2 de febrero de 2005), declaró lo siguiente: “la flagrancia en la comisión de un delito requiere el cumplimiento de “cualquiera” de los dos requisitos siguientes: a) la inmediatez temporal; y, b) la inmediatez personal”³³.

En cuanto a la **inmediatez temporal**, se ha establecido que el tiempo que transcurre entre la consumación del delito y el “descubrir” o “sorprender” al supuesto autor debe ser muy corto *-post factum immediato-*, pues solo así se descarta la duda respecto a la relación entre los hechos cometidos y la atribución de ellos a la persona, pero -sobre todo- de evitar una detención por sospecha. Para reforzar esta idea, en la sentencia recaída en el expediente N° 06142-2006-HC/TC (fundamentos 5 y 6) se indica que capturar a una persona luego de 10 horas de sucedidos los hechos no cumplen con el requisito de inmediatez temporal exigido para considerar legítima la detención por flagrancia.

³² En la sentencia recaída en el Expediente N° 00012-2008-PI/TC, sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los Decretos Legislativos 983 y 989, entre otros, el Tribunal Constitucional expuso que habría operado la sustracción de la materia en tanto la norma había sido modificada.

³³ De este mismo criterio en las sentencias de los expedientes N° 5451-2005-PHC/TC, N° 1923-2006-PHC/TC, N° 2617-2006-PHC/TC, N° 6142-2006-PHC/TC.

Nuestro ordenamiento procesal penal vigente, no admite el caso de “presunción de flagrancia”. En una anterior sentencia del Tribunal Constitucional, que bien puede sustentar esta postura (Expediente N° 1318-2000-HC/TC, fundamento 3), se rechaza la posibilidad de la “cuasiflagrancia” como presupuesto de detención. Así, el TC dispuso: “la Constitución Política del Estado no alude en absoluto al supuesto de “cuasiflagrancia”, por lo que no puede habilitarse subrepticamente supuestos de detención no contemplados constitucionalmente, sencillamente, por aplicación del principio de interpretación según el cual, las normas establecen excepciones, y el artículo 2, inciso 24), literal “f” que es regulatorio de las excepciones que restringen el derecho a la libertad individual, deben ser interpretadas restrictivamente”³⁴.

En cuanto a la **inmediatez personal**, esto es, a la determinación de si la flagrancia procede cuando el sujeto se encuentra en el lugar de los hechos o en las inmediaciones del mismo, el Tribunal Constitucional tiene opiniones variadas. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente N° 00828-2003-HC/TC (fundamento 2), admitió ambos supuestos: “inmediatez personal, es decir, el delincuente se encuentre en el lugar de los hechos o muy próximo a ellos”. Mientras que en el expediente N° 6142-2006-HC/TC (fundamento 4), solamente admitió la posibilidad de que el sujeto se encuentre en el lugar de los hechos, así se expuso: “inmediatez personal, es decir, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar de los hechos, en el momento de la comisión del delito, y esté relacionado con el objeto o los instrumentos del delito”.

No obstante, el Tribunal Constitucional, ha sido claro en establecer que la mera cercanía al lugar de los hechos no configura un supuesto de flagrancia. Así expone “si bien (la flagrancia) se aplica a la comisión de un delito objetivamente descubierto por la autoridad o al momento inmediatamente posterior a su realización, en que se detecta al autor material pretendiendo huir del lugar de los hechos, tal hipótesis no puede ser forzada hasta el extremo de pretender que la simple cercanía al lugar donde acontece un delito, es por sí misma elemento objetivo que configura dicha situación, pues con semejante criterio, todas las personas, incluyendo autoridades distintas a la interviniente, estarían inmersas en la pretendida flagrancia” (Exp. N° 01324-2000-HC/TC, fundamento 2). Además de ello, la flagrancia requiere que al sujeto se le encuentre con objetos o elementos que evidencien que acaba de cometerlos, esto es, debe existir una relación entre el sujeto y el delito que se le atribuye, todo ello teniendo en consideración que no se hubiera perdido de vista. Es más, el Tribunal Constitucional exige que ello constituya “prueba evidente de su participación en el hecho delictivo”³⁵, con lo cual pone un estándar superior de acreditación.

Ahora bien, **¿cuándo estamos ante la sospecha de la vinculación sujeto-delito y cuándo ante un caso de flagrancia?** Si bien en la sentencia recaída en el expediente N° 01107-99-HC/TC. (fundamentos 4 a 5), el Tribunal

³⁴ En esta sentencia se expuso: “si de acuerdo a la sindicación del detenido, el favorecido le habría vendido la cantidad de un kilo cuatrocientos gramos de pasta básica de cocaína el día 30 de octubre de 2000, en horas de la tarde, no puede considerarse detención en flagrancia cuando esta medida acontece en una fecha posterior, el día 3 de noviembre a las 08 h 00 min. Tampoco cabe justificar la presente detención dentro de la denominada figura de “cuasiflagrancia” tal como lo sostiene la Sala Penal Corporativa de la Corte Superior de Justicia del Santa, pues al margen de que ni siquiera es aplicable al caso subjudice, toda vez que la detención no se produjo en el momento inmediatamente seguido a la presunta comisión del hecho delictivo”.

³⁵ Véase al respecto entre otras, las sentencias emitidas en los Exp. N° 2096-2004-HC/TC, Exp. N° 2096-2004-HC/TCFFJ N° 4 y 5, Exp. N° 03691-2009-HC/TC, FFJJ N° 16 a 19

Constitucional indicó que “Las variables de causalidad, en consecuencia, no se alteran ni pueden ser extendidas hasta el extremo de considerar como válidas las detenciones preventivas sustentadas en la mera sospecha policial” y que “el hecho de que haya participado en la investigación policial un representante del Ministerio Público no convierte en legítima la detención producida, pues dicha autoridad no está facultada para convalidar actos de detención fuera de las hipótesis previstas por la Norma Fundamental”; sin embargo, existen otras sentencias en donde ambos conceptos se han confundido. Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente N° 01923-2006-HC/TC (F.J. N° 4. Publicada el 18 de julio de 2006) se expuso lo siguiente: “la detención se efectuó por el supuesto de flagrancia, pues el personal policial a cargo del operativo consideró que la presencia del recurrente en el lugar daba indicios suficientes de su participación en el delito de tráfico ilícito de drogas”³⁶.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en aras de delimitar la flagrancia ha establecido que “la intervención urgente sancionada para los casos de flagrancia se justifica constitucionalmente respecto de los delitos de consumación instantánea, pues en los delitos permanentes no se configuraría, en principio, la situación de urgencia que impida recabar la autorización judicial correspondiente. Por consiguiente, en los delitos de tenencia de armas, drogas, contrabando y otros, cuya posesión continuada se indica como almacenada al interior de un domicilio, se requerirá la previa autorización judicial; pues, aun cuando puedan presentarse de manera concurrente los requisitos de la flagrancia delictiva, en los delitos permanentes se presenta el decaimiento del supuesto de la *extrema urgencia*”. (Exp. N° 03691-2009-HC/TC, fundamentos 16 a 19)

En esta sentencia se afirma que la intervención “urgente” -a la que se hace referencia en los supuestos de “flagrancia”- se justifica en los delitos instantáneos. Sin embargo, debe precisarse que ello sería posible solo en los casos en los que el agente haya empezado a “ejecutar” el hecho delictivo. De lo contrario, si nos encontramos en la etapa preparatoria de un delito instantáneo, no se presentaría tal situación de “urgencia”, por lo que la detención resultaría ilegítima.

Por otro lado, respecto a esta misma sentencia, no resulta correcto considerar que la urgencia “decae” en los casos de delitos permanentes. Al contrario, la urgencia (para la evitación de la vulneración al bien jurídico en los casos en los que se cumplen los requisitos de la flagrancia) es latente. Y es

³⁶ En este caso el recurrente fue intervenido por la Policía el 24 de noviembre del año 2005 a las 12.00 horas, aproximadamente, en los ambientes del *counter* del Aeropuerto Internacional “Jorge Chávez”, momentos después de producida la detención del ciudadano español Baldomero Contreras Ayas, en otro ambiente, antes de su abordaje, a quien se le sorprendió con un cargamento importante de droga. La intervención del recurrente se produjo, tal como lo manifiesta uniformemente la autoridad policial, en circunstancias que indagaba por la situación del ciudadano español detenido, a quien justamente (tal como se estableció posteriormente, por las propias declaraciones del recurrente) había acompañado al aeropuerto para despedirlo y con quien había compartido gran parte del tiempo que dicho ciudadano pasó en el país (aproximadamente una semana). Su preocupación por la suerte de alguien a quien por razones físicas no veía (los ambientes de ambas detenciones son distintos e incommunicables) y que suponía embarcado, revelaba un aparente conocimiento de la carga ilícita que se portaba y de la detención que el ciudadano extranjero sufría. Así el TC expuso “Este hecho, a juicio del Tribunal, supone la secuela de inmediatez temporal e inmediatez personal que configura la flagrancia, pues revela indicios razonables de participación en el delito que se investiga, de no poca envergadura”.

que, como se sabe, en este tipo de delitos, la situación antijurídica se mantiene mientras se prosiga voluntariamente con la conducta criminal, por tanto, la vulneración al bien jurídico persiste en el tiempo lo que hace necesaria la intervención a fin de evitar se siga realizando el actuar delictivo cuya comisión es evidente.

Por ejemplo, en el caso del delito de secuestro, que es un delito permanente, la situación antijurídica persiste mientras no se libere a la víctima. Así, en el supuesto que la Policía advierta con certeza que una persona está secuestrada en una casa no es necesario solicitar y esperar una respuesta de la autoridad judicial para ingresar al inmueble, rescatar a la víctima y detener a los responsables. Dicha autoridad puede (capacidad individual de evitar riesgos) y debe (deber de garante) ingresar a dicho lugar, liberar al secuestrado y detener a los responsables. Se actúa en ejercicio legítimo de su deber.

Al respecto, el art. 3° de la Ley Orgánica de la Policía Nacional regula lo siguiente “La finalidad fundamental de la Policía Nacional del Perú es garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado. Previene, investiga y combate la delincuencia (...)”. Lo mismo en los casos que plantea el Tribunal Constitucional (tenencia ilícita de armas, de drogas y de contrabando); más allá que lo vulnerado sean bienes jurídicos de carácter colectivo (seguridad pública y salud pública, respectivamente) e institucional (correcto funcionamiento de la administración tributaria) lo cierto es que la Ley (art. 259° del Código Procesal Penal de 2004) no hace distinciones: se refiere a la detención de flagrante “delito”.

- **Plazo**

Según nuestro texto constitucional (artículo 2°, inciso 24, literal f), el plazo máximo de detención preliminar es de 24 horas o en el término de la distancia. Si se trata de casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, dicho plazo es de 15 días. La garantía de temporalidad pone límite a la detención. Su inobservancia, conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional motiva que la detención se convierte en ilegítima e inconstitucional.

En reciente sentencia, el Tribunal Constitucional ha diferenciado el plazo “establecido”, del plazo “estrictamente necesario” de la detención preliminar. En cuanto al primero afirma que es el plazo que la Constitución establece como “máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, como el límite del límite temporal prescrito con carácter general”. En cuanto al “plazo estrictamente necesario de la detención” el Tribunal Constitucional expone que este “actúa solamente como un plazo máximo y de carácter absoluto, pero no impide que puedan calificarse como arbitrarias aquellas privaciones de la libertad que, aún sin rebasar dicho plazo, sobrepasan el plazo estrictamente necesario o límite máximo para realizar determinadas actuaciones o diligencias.

En tales casos, opera una restricción a la libertad personal que la norma constitucional no permite. Un claro ejemplo de ello es la prolongación injustificada de la privación de la libertad personal en aquellos casos en que se requiere solamente de actuaciones de mero trámite, o que las diligencias ya han culminado, o que de manera injustificada no se han realizado en su debida oportunidad, esperando efectuarlas *ad portas* de vencerse o incluso

ya vencido el plazo preestablecido". Así, el Tribunal Constitucional puntualiza que "la observancia de la detención por un plazo estrictamente necesario no es una mera recomendación, sino un mandato cuyo incumplimiento tiene enorme trascendencia al incidir en la libertad personal que es presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. Y es que, no cabe duda, resulta lesivo al derecho fundamental a la libertad personal, sea que ha transcurrido el plazo establecido para la detención, o porque, estando dentro de dicho plazo, ha rebasado el plazo estrictamente necesario". (Exp. N° 06423-2007-HC/TC fundamentos 7 a 9)

El Tribunal Constitucional ha establecido las siguientes Reglas vinculantes para la tutela del derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario o dentro del plazo máximo de la detención (Exp. N° 06423-2007-HC/TC, fundamento 12).

1. **Regla sustancial:** El plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues existe también el plazo estrictamente necesario de la detención. Y es que, aún sí la detención no hubiera traspasado el plazo máximo, ese dato *per se* no resulta suficiente para evaluar los márgenes de constitucionalidad de la detención, pues esta tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario (*límite máximo de la detención*). Como es evidente, el límite máximo de la detención debe ser establecido en atención a las circunstancias de cada caso concreto, tales como las diligencias necesarias a realizarse, la particular dificultad para efectuar determinadas pericias o exámenes, el comportamiento del afectado con la medida, entre otros.

En suma, resulta lesiva al derecho fundamental a la libertad personal la privación de esta en los supuestos en que ha transcurrido el plazo máximo para la detención, o cuando, estando dentro de dicho plazo, se ha rebasado el plazo estrictamente necesario; en ambos casos, dicho estado de cosas queda privado de fundamento constitucional, y la consecuencia debe ser la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente para que sea este quien determine si procede la detención judicial respectiva o la libertad de la persona, sin perjuicio de las responsabilidades que señala la ley para la autoridad, funcionario o persona que hubieren incurrido en ellas.

2. **Regla procesal:** El derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario de la detención o dentro del plazo máximo de la detención resulta *oponible* frente a cualquier supuesto de detención o privación de la libertad personal que se encuentre regulado por el ordenamiento jurídico (detención policial, detención preliminar judicial, etc.). En ese sentido, a efectos de optimizar su tutela, lo que corresponde es que la autoridad competente efectúe un control de los plazos de la detención tanto concurrente como posterior, dejándose constancia del acto de control, disponiendo, si fuera el caso, las medidas correctivas pertinentes, bajo responsabilidad. Este control de los plazos de la detención debe ser efectuado tanto por el Representante del Ministerio Público como por el juez competente, según corresponda, sin que ambos sean excluyentes, sino más bien complementarios.

El Código Procesal Penal de 2004, por su parte, dispone en los artículos 264°.3 y 271° que *la detención preliminar se mantiene hasta la realización de la audiencia de prisión preventiva, la misma que se realizará dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento fiscal*. Como se ve, existiría una contradicción entre la Constitución y el CPP de 2004, que establecen que la

detención puede mantenerse hasta 48 horas después del requerimiento fiscal. Es decir, hasta 72 horas. Por lo que, estos dispositivos deben interpretarse de forma sistemática y restrictiva y conforme a la Constitución. En tal sentido, el Juez deberá realizar la audiencia inmediatamente de recibido el requerimiento fiscal.

b. Arresto ciudadano

El arresto ciudadano constituye una facultad de aprehensión de los particulares, en casos de flagrante delito. No es propiamente una detención. La Constitución solo faculta a la Policía a detener en flagrancia (art. 2°.24, literal f).

En nuestro ordenamiento procesal, el arresto ciudadano está regulado en el art. 260° del Código Procesal Penal de 2004, vigente a nivel nacional desde el 1 de julio de 2009 (Ley N° 29372). Así se dispone que, en los casos de flagrancia, “toda persona podrá proceder al arresto en estado de flagrancia delictiva. 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”.

Esta disposición sigue, en lo fundamental, la tendencia también afirmada en el derecho comparado. La mayoría de los países que en nuestra región han renovado su legislación procesal penal³⁷ regulan de manera expresa la aprehensión por particulares o el arresto ciudadano casi en los mismos términos que los contenidos en la norma nacional en comentario, es más encuentra reconocimiento constitucional³⁸.

³⁷ Artículo N° 302 CPP de Colombia: “Cualquier persona podrá capturar a quien sea sorprendido en flagrancia... Cuando sea un particular quien realiza la aprehensión deberá conducir al aprehendido en el término de la distancia ante cualquier autoridad de policía”. Artículo N° 163 del Código Procesal Penal de Ecuador: “cualquier persona puede aprehender... Si el aprehensor fuere una persona particular, pondrá inmediatamente al aprehendido a órdenes de un agente de la Policía Judicial o de la Policía Nacional”. Artículo 257° CPP de Guatemala: “cualquier persona está autorizada a practicar la aprehensión y a impedir que el hecho punible produzca consecuencias ulteriores”. Artículo 235° CPP de Costa Rica: “En caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la aprehensión e impedir que el hecho produzca consecuencias”. Artículo 229 CPP de Bolivia: “en caso de flagrancia los particulares están facultados para practicar la aprehensión”. Artículo 175°.2 CPP de Honduras: “(en flagrancia) cualquier persona podrá también proceder a la aprehensión y adoptar las medidas necesarias para evitar que el delito produzca consecuencias”

³⁸ Artículo 10° Constitución de Bolivia: “Todo delincuente “in fraganti” puede ser aprehendido, aun sin mandamiento, por cualquier persona, para el único objeto de ser conducido ante la autoridad o el juez competente, quien deberá tomarle su declaración en el plazo máximo de veinticuatro horas”. Artículo 32° Constitución de Colombia: “El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado al juez por cualquier persona”. Artículo 84° Constitución de Honduras: “el delincuente in-fraganti puede ser aprehendido por cualquier persona para el único efecto de entregarlo a la autoridad”. Artículo 21° Constitución de Panamá: “El delincuente sorprendido in fraganti puede ser aprendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad”.

De acuerdo al precepto legal, el arresto ciudadano debe ser interpretado en consonancia con el artículo 259°, pues el mismo artículo 260° lo establece así “En los casos previstos en el artículo anterior (...)”. De esta manera, opera solamente en casos de flagrancia, no en cuasiflagrancia, ni presunción de flagrancia, flagrancia virtual, menos en casos de sospecha. Además, es de carácter excepcional, esto es, se aplica cuando la Policía no puede intervenir y constituye una facultad del ciudadano, no una obligación. Es de muy corta duración y solo implica la facultad de “aprehensión”. El ciudadano no se convierte en Policía.

El arresto ciudadano se configura, así como un mecanismo que permite evitar situaciones límite generadas por la comisión de un hecho delictivo en las que no exista posibilidad de contar con una intervención inmediata de la autoridad policial, por lo que sobre este particular solo cabría precisar que dicha facultad que se le otorga al ciudadano tiene siempre que respetar los presupuestos o parámetros que la propia norma establece. Sus presupuestos son: i) Que el hecho se encuentre en situación de flagrancia, ii) Entrega inmediata del arrestado a la autoridad policial más cercana y iii) No se permite al ciudadano la privación de libertad o encarcelamiento de la persona.

Entre las razones que justifican el arresto ciudadano se encuentran las referidas al fortalecimiento de la seguridad ciudadana, atendiendo a que los índices de delincuencia van en aumento, a la necesidad de fortalecer los sistemas de seguridad ciudadana, a la inexistencia de una política criminal, al reclamo social, entre otros. Sin embargo, es importante señalar que el arresto ciudadano no puede entenderse como una figura inmersa dentro de una política de Seguridad Ciudadana, pues esta es una tarea que corresponde a las fuerzas policiales. En este sentido, el arresto ciudadano no brinda cobertura legal a restricciones a la libertad que pudieran llevarse a cabo a través, por ejemplo, de “patrullajes ciudadanos”, instaurando una suerte de policía privada, todo lo cual estaría fuera de la previsión normativa.

De otro lado, un aspecto que ha sido materia de debate es si se considera al arresto ciudadano como una privación de la libertad (Artículo 2°.24.f) o como una restricción a la libertad (Art. 2°.24.b), consideramos que, por su carácter fugaz, en tanto exige inmediatez en la entrega a las autoridades correspondientes constituye una restricción a la libertad. Así, el arresto ciudadano tiene sustento constitucional, pues busca proteger dos bienes jurídicos constitucionales de primer orden: la seguridad ciudadana y la justicia.

Al respecto es preciso preguntarse ¿La detención practicada en flagrancia por los ronderos constituye un supuesto de arresto ciudadano? La Constitución (art. 149°), la Ley de Rondas Campesinas (Ley N.º 27908, de enero 2003) y el propio CPP de 2004 (art. 18°), reconocen las facultades que tienen las rondas campesinas para: a) Garantizar la seguridad y el mantenimiento de la paz en sus ámbitos territoriales y b) Resolver conflictos dentro de su comunidad (arts. 1° y 7° Ley N.º 27908), en base a sus costumbres (art. 13 Ley N.º 27908). De allí que puedan intervenir y privar de la libertad a persona descubierta en “flagrancia”, sin recurrir al arresto ciudadano, sino basándose en la costumbre de su comunidad

c. Detención preliminar judicial

La detención preliminar judicial está regulada en las Leyes N° 27379³⁹ y N° 27934⁴⁰, así como en el Código Procesal Penal de 2004⁴¹. Procede en casos donde no se presenta la flagrancia y antes de formalizarse la investigación preliminar (Ley N° 27934) o cuando habiéndose sorprendido al sujeto en flagrante delito este logra evitar su detención (art. 261° Código Procesal Penal de 2004). También procede cuando una vez iniciada la investigación preliminar no se presenta la flagrancia (Ley N° 27379). Como se ve, los supuestos de procedencia varían de acuerdo con el tipo penal y al ordenamiento procesal penal vigente (viejo o nuevo sistema). Esta detención es viable, siempre y cuando con ella no se pretenda un adelantamiento de juzgamiento sobre el fondo. Ni mucho menos que conlleve la afectación de otros derechos fundamentales.

El Código Procesal Penal de 2004, establece en su art. 261° que “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. Se exige, además, que el imputado se encuentre debidamente individualizado con los siguientes datos: nombres y apellidos completos, edad, sexo, lugar, y fecha de nacimiento”.

En cuanto a las razones plausibles, la Corte Suprema ha señalado que son sospechas o indicios concretos y determinados de que una persona ha cometido un delito (Casación N° 1-2007/Huaura. Fundamento de Derecho Quinto. Fecha 26 de julio de 2007). No obstante, merece atención que esta medida proceda no sobre la base de un auténtico, real y concreto peligro procesal, sino, en tanto, que, por las circunstancias del caso, puede desprenderse “cierta” posibilidad de fuga.

La detención preliminar judicial procede previo requerimiento del Fiscal y debe estar debidamente motivado, y por escrito. El Código Procesal Penal de 2004 exige, además que “El auto de detención deberá contener los datos de identidad del imputado, la exposición sucinta de los hechos objeto de

³⁹ Esta ley es aplicable a determinados casos y tipos penales, así el art. 1 dispone que las medidas limitativas procede en los casos de 1) delitos perpetrados por una pluralidad de personas o por organizaciones criminales, siempre que en su utilización se hayan utilizado recursos públicos o hayan intervenido funcionarios o servidores públicos, o cualquier persona con consentimiento o aquiescencia de estos, 2) Delitos de peligro común, previstos en los arts. 279°, 279°-A y 279°-B; contra la administración pública, previstos en el Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, delitos agravados, previstos en el D. Leg. N° 896; delitos aduaneros, previstos en la Ley 26461; y delitos tributarios previstos en el D. Leg. N° 813, siempre que dichos delitos se cometan por una pluralidad de personas o que el agente integre una organización criminal; 3) Delitos de terrorismo previstos en el decreto ley N° 25475 y sus normas modificatorias y conexas, de apología del delito en los casos previstos en el art. 316° del Código Penal, de lavado de activos previsto en la Ley N° 27765; tráfico ilícito de drogas previstos en el art. 296°, 296°-A, 296°-B, 297° y 298 CP; delitos contra la humanidad, previstos en los Capítulos I, II y III del Título XIV-A del Código Penal; y delitos contra el Estado y la Defensa Nacional previstos en los Capítulos I y II del Título XV del Libro Segundo del CP; 4) Delitos contra la libertad previstos en los arts. 152° y 153°-A y de extorsión previsto en el art. 200° CP, siempre que dichos delitos sean cometidos por una pluralidad de personas; y 5) Otros delitos cuando el agente integre una organización criminal.

⁴⁰ Esta ley no contiene un catálogo de tipos penales aplicables por lo que se entiende que es aplicable a todo otro supuesto no contemplado en la Ley N° 27379.

⁴¹ Artículo 261° del Código Procesal Penal de 2004.

imputación, los fundamentos de hecho y de derecho, con mención expresa de las normas legales aplicables” (Art. 261°).

d. La convalidación de la detención preliminar

El Decreto Legislativo N° 989 incorporó la medida de “convalidación” de la detención preliminar a los supuestos previstos en la Ley N° 27934, cuando se trate de delitos perpetrados por organizaciones criminales, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, hasta por un plazo de 7 días. Se entiende que esta procede una vez vencido el plazo de la detención preliminar dispuesta por el Juez y siempre que subsistan las razones que determinaron su imposición. Vencido el plazo de convalidación, el Fiscal deberá presentar la correspondiente denuncia ante el Juez competente o, en caso contrario, disponer la libertad del detenido.

La convalidación, en lo regulado por la Ley 27934, procede tanto en los casos de detención en flagrancia como en los que no existe flagrancia:

a. En casos de detención sin flagrancia: El Juez deberá decidir su procedencia el mismo día que recibe la solicitud del Fiscal, quien deberá haber puesto al detenido a disposición del Juez para que en presencia de su abogado se verifique su identidad. Para ello deberán existir razones para considerar que una persona ha cometido un delito perpetrado por organizaciones criminales, así como de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas y que, por las circunstancias del caso, *pueda* existir peligro de fuga. La convalidación de la detención preliminar puede tener un plazo de hasta 7 días naturales.

Para este efecto habría que tener en consideración que siendo el peligro procesal el elemento indispensable para dictar contra una persona una medida de coerción, está precisamente no debe presumirse, sino que ha de existir y estar sustentada en elementos reales; por tanto, no debiera entenderse como una simple sospecha de peligro procesal pues con ello se estaría dejando al abandono y serio peligro al imputado. Más aun cuando el art. 2°-C de la Ley N° 27934 establece que el auto de convalidación de la detención deberá contener entre otros “las circunstancias del caso concreto de las que pueda desprenderse peligro de fuga”.

b. En casos de detención en flagrancia: Procede hasta por un plazo de 7 días naturales, siempre que existan razones para considerar que una persona ha cometido un delito perpetrado por organizaciones criminales, así como de lavado de activos, secuestro, extorsión o trata de personas. Se exige, además, que, por las circunstancias del caso, *pueda* existir peligro de fuga. En los casos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo y espionaje, por mandato constitucional, la detención preliminar puede efectuarse por un plazo no mayor de 15 días.

El modificado artículo 2° de esta Ley N° 27934 establece que “si el Fiscal decide *otorgar la libertad* antes del vencimiento de este plazo, esta solo se hará efectiva cuando el Fiscal Superior haya absuelto la consulta, dentro del plazo de 24 horas”. De esto se desprende que el Fiscal puede disponer la libertad antes del vencimiento de convalidación y que la libertad no procede si antes el Fiscal Superior no ha resuelto la consulta. Esta disposición no contraviene lo previsto en el artículo 2°, 24 “f” de la Constitución por cuanto reserva para el Juez la facultad de ordenar la detención, pero no le asigna la potestad exclusiva de otorgar la libertad.

El auto de convalidación de la detención en flagrancia debe dictarse por el Juez en el día que el detenido es puesto a su disposición. En caso ser procedente dispondrá el retorno del detenido al centro de detención policial (debe notarse que no se habla de un centro penitenciario, por lo que las comisarías o dependencias policiales deberán habilitar un espacio para los detenidos) que corresponda a disposición del Fiscal, en caso contrario dispondrá que continúe la investigación con el imputado en calidad de citado.

Si bien la norma establece que el investigado debe ser puesto a disposición del Juez para que verifique su identidad con asistencia de su abogado defensor, garantizando el cumplimiento de sus derechos fundamentales, no se dispone que el auto de convalidación de la detención preliminar deba dictarse en audiencia, como debiera ser en el plano garantista.

Por su parte, el Código Procesal Penal de 2004, dispone en su artículo 266° respecto a la convalidación de la detención preliminar judicial, dictada en supuestos donde no se hubiera producido la detención en flagrancia que, salvo en los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, si el Fiscal considera que subsisten las razones que determinaron la detención, pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria requiriendo auto de convalidación de la detención, en caso contrario, dispondrá su inmediata libertad.

En caso se requiera la convalidación, 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. La detención convalidada tendrá un plazo de duración de 7 días naturales, a cuyo vencimiento se pondrá al detenido a disposición del Juez de la Investigación Preparatoria para determinar si se dicta mandato de prisión preventiva o comparecencia, simple o restrictiva.

En los supuestos de detención por los delitos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas, vencido el plazo de 15 días establecido en la Constitución, el Fiscal solicitará de ser el caso la medida de prisión preventiva u otra alternativa.

e. Otras medidas limitativas durante la investigación preliminar

8. La detención o prisión preventiva

La Ley N° 27934, modificada por el Decreto Legislativo N° 989, establece que cuando exista o no flagrancia, el Fiscal podrá solicitar al Juez: **i)** La detención domiciliaria, **ii)** la obligación de someterse a cuidado y vigilancia de una persona o institución, **iii)** Obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen, **iv)** la prohibición de comunicarse con personas determinadas, y **v)** caución. Teniendo en consideración que estas se imponen solas o conjuntas.

El problema que se presenta en estos casos es el relacionado al plazo que deben mantenerse; por cuánto tiempo una persona puede estar sometida a detención domiciliaria, más aún cuando las investigaciones preliminares suelen demandar mucho tiempo. Quizá debamos tener como referencia el plazo previsto en la Ley N° 27379, cuyo artículo 2°, inc. 1 último párrafo dispone: “Esta medida no durará más de 15 días prorrogables por un plazo similar, previo requerimiento del Fiscal. Vencido el plazo se levantará de pleno derecho”.

De otro lado, el Decreto Legislativo N° 988 que modificó el art. 2°, inc. 2 de la Ley N° 27379, dispone la posibilidad de decretar la incomunicación del detenido preliminarmente dentro de una investigación fiscal por un plazo no mayor de 10 días; siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados. Esta medida, además, no impide que el detenido se comunique en privado con su abogado defensor.

La detención judicial o prisión preventiva es una medida cautelar personal que limita la libertad física, pero no por ello es, *per se*, inconstitucional, pues no conlleva una medida punitiva, ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado. Su imposición se justifica, legalmente, siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado; además que debe ser aplicado de manera excepcional y provisional.

En nuestro ordenamiento procesal la detención preventiva está regulada en el artículo N° 135° del Código Procesal Penal de 1991 y en el artículo 268° del Código Procesal Penal de 2004. Más allá de las particulares características que imponen ambos cuerpos normativos, estos contienen presupuestos comunes, como el de exigir la concurrencia simultánea de los presupuestos materiales y que su imposición sea acorde a los fines y el carácter subsidiario y proporcional de dicha institución, fundamentación que debe encontrarse motivada en la resolución judicial que así lo decreta. En ambos códigos la detención o prisión preventiva constituye una decisión potestativa del Juez, esto es, **podrá** dictar mandato de prisión preventiva si concurren: a) *los presupuestos procesales* y b) *presupuestos materiales* exigidos por ley. Incluso, si a pesar de ello no considera fundado el requerimiento de prisión preventiva optará por alguna medida alternativa (comparecencia con restricciones o simple).

De otro lado, es preciso tener en consideración que, así como existen garantías del derecho a la libertad también existen garantías de la detención que pueden clasificarse (Gonzales, 1999, p. 67 y ss.):

- **Anteriores a la detención** (razonabilidad de la detención)
- **Iniciales de la detención** (derecho a ser informado de los motivos de la detención y de los derechos que le asisten)

- **De desarrollo de la detención** (derecho a no declarar, derecho a la asistencia de un letrado, plazo máximo, derecho a poner en conocimiento la detención, derecho a un intérprete, derecho a reconocimiento médico, derecho al habeas corpus)

8.1. Presupuestos procesales

a. Requerimiento del Ministerio Público

La decisión judicial que resuelve imponer un mandato de detención o prisión preventiva necesita del previo requerimiento del Ministerio Público, en tanto este es quien ostenta la titularidad de la acción penal (art. 159°.4 de la Constitución). El Juez no puede decretar de oficio una medida de límite la libertad de una persona. Además de ello, conforme a cuál sea el código aplicable, se requiere que se ejercite formalmente la acción penal, esto es, que el Fiscal hubiera formalizado su denuncia penal (caso del Código de Procedimientos Penales de 1939) o que hubiera emitido la disposición de formalización de la investigación preparatoria, aun en los casos de acusación directa que contempla el inciso 4) del art. 336° del CPP 2004.

En este caso es preciso tener en consideración que el requerimiento del Fiscal deberá cumplir la exigencia de motivación, conforme a los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional para el caso del auto de apertura de instrucción. Así se deberá individualizar al sujeto imputado y exponer de manera clara y precisa el tipo penal aplicable al caso, así como los fundamentos de hecho que sustentan la imputación.

b. Audiencia

El requisito de la audiencia previa a la decisión judicial de prisión preventiva está previsto en el artículo 271° del Código Procesal Penal de 2004; por tanto, resulta aplicable solo en aquellos distritos judiciales donde está vigente dicho Código. Se exige que el Juez de la Investigación Preparatoria, dentro de las 48 horas siguientes al requerimiento del Ministerio Público, realice la audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva; si no realiza la audiencia en este plazo el Juez incurre en responsabilidad funcional.

La implementación del sistema de audiencias previas al juicio oral en nuestro ordenamiento responde al proceso de reforma en América Latina en reemplazo de los sistemas escritos vigentes. En estos, la oralidad constituye el instrumento principal, de ahí que se equipare el sistema oral al sistema de audiencias. Un sistema oral se caracteriza por la existencia de “audiencias” como metodología central para la toma de decisiones relevantes del proceso que opera sobre la base de reunir a los actores involucrados y permitir que en presencia de ellos se genere un intercambio verbal de información relevante para la decisión que se discute (Duce, 2002). En las audiencias cobran relevancia los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción.

Es más, hay quienes asignan a la audiencia valor constitucional⁴². Se sostiene que la audiencia tiene valor constitucional, pues permite plasmar el diseño que la Constitución determina para el proceso penal. Esto es, que se de vigencia plena a la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad. Asimismo, se tiene a la audiencia, como el mejor espacio para garantizar

⁴² Concepto recogido de la presentación de diapositivas elaborada por Víctor Burgos (2009).

derechos fundamentales y buenas prácticas⁴³, a través de: a) Menos vulneración a la presunción de inocencia, b) Mayor protección de víctimas y mejor reconocimiento de su derecho a la tutela judicial, c) Mayor garantía sobre la calidad del trabajo desempeñado por los operadores, d) Se alcanzan mayores estándares de transparencias en la administración de justicia, e) Asegura decisiones judiciales de mayor calidad y más imparciales.

Particularmente, consideramos, que si bien la oralidad no tiene como sustento alguna prescripción constitucional, sin embargo, constituye un elemento de suma importancia para el desarrollo de la dinámica procesal pues es una de sus más caracterizadas herramientas.

El Código Procesal Penal de 2004, dispone que, la audiencia de prisión preventiva se celebrara con la concurrencia obligatoria del Fiscal, del imputado y su defensor. El defensor del imputado que no asista será reemplazado por el defensor de oficio. El Fiscal y el abogado defensor serán sancionados disciplinariamente si por su causa se frustra la audiencia. Si el imputado se niega por cualquier motivo a estar presente en la audiencia, será representado por su abogado o el defensor de oficio, según sea el caso. En este último supuesto, deberá ser notificado con la Resolución que se expida dentro de las 48 horas siguientes a la conclusión de la audiencia.

El citado Código dispone, además, que la resolución judicial deberá ser pronunciada en la audiencia sin necesidad de postergación alguna y que además debe estar “especialmente motivada”, con expresión sucinta de la imputación, de los fundamentos de hecho y de derecho que la sustente, y la invocación de las citas legales correspondientes. Este es un aspecto que ha sido ampliamente debatido. ¿Se requiere que la resolución judicial sea escrita o basta con el audio que contiene la resolución oralizada?. De un lado hay quienes sostienen que por mandato del art. 139°.5 de la Constitución la resolución debe ser escrita, además que el art. 125°.1 del Código Procesal Penal de 2004, dispone que “las resoluciones serán firmadas por los jueces”. De otro lado, hay quienes sustentan que no es necesario una resolución escrita en tanto que no existe disposición que lo impida, tan solo se hace mención que deben expedirse “previa audiencia”.

Las propuestas de solución han sido diversas. En el Pleno Jurisdiccional Regional celebrado en Arequipa en el 2009, se concluyó que “Las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales, en especial las que se dicten en audiencias preliminares. El registro se encuentra en audios”. Así también, en el Acuerdo N° 6-2008/La Libertad se concluyó que “Por regla general los autos serán dictados oralmente en audiencia por el juez, teniéndose por notificados a los sujetos procesales participantes, y solo notificarse el acta de registro a aquellos que fueron citados y no concurrieron. Por excepción los autos -que no requieran audiencia para su decisión- serán redactados y notificados a los sujetos procesales, cuando se resuelva solicitudes o requerimientos fiscales de imposición de medidas restrictivas de derechos y/o medidas cautelares reales”. Por su parte el Tribunal Constitucional ha resuelto Hábeas Corpus tan solo con el audio, como es el Expediente N° 05010-2008-HC/TC.

La Corte Suprema ha establecido, respecto a las resoluciones de prisión preventiva producto de una audiencia, prevista en el art. 271°.2 del CPP de 2004, que constituye una “disposición especial... que exige un tratamiento distinto en relación a las clásicas resoluciones escritas”. De esta manera la

⁴³ Ídem

Corte Suprema expuso que “No se discute, por cierto, la necesidad y realidad de las denominadas “resoluciones orales”. Estas, simplemente, expresan la efectividad del principio procedimental de oralidad, y se dictan cuando la propia ley lo permite o se deduce de la naturaleza de la diligencia que la precede”, siendo una de estas la de prisión preventiva contenida en el art. 271°.2 del Código Procesal Penal de 2004.

Sin embargo, se precisó que las actas producto de la audiencia, “de cara al control recursal y a la necesidad ulterior del registro y archivo de las resoluciones orales para garantizar su debida ordenación interna, así como su acceso para la crítica jurídica y social conforme al inciso veinte del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución” deben tener en consideración el art. 120°.2 Código Procesal Penal de 2004 que estipula que el acta debe contener una relación sucinta o integral –según el caso–, sin perjuicio de la reproducción audiovisual de la actuación procesal (Casación N° 61-2009/La Libertad, de 5 de marzo de 2010).

En esta misma Casación, la Corte Suprema dispuso que “las resoluciones judiciales están sometidas a determinados presupuestos formales, fijados genéricamente en el artículo 123°.1 del NCPP. Cuando estas entrañan un pronunciamiento sobre el objeto procesal o resuelven un cuestión incidental referida a la regularidad o viabilidad del procedimiento penal, cuya motivación es indispensable, el principio de seguridad jurídica y la propia noción de escrituralidad que incorpora la Constitución para el supuesto de resoluciones judiciales –artículo 139°.5– exige que se consignen o transcriban íntegramente en el acta, sin perjuicio de que consten, si fuera el caso, en la reproducción audiovisual –concordancia de los artículos 120°.2 y 123°.1 del NCPP–. Además, como ya se dejó anotado, deben archivar en un documento escrito o electrónico, de suerte que permita su ordenación, sistematización, revisión y registro estadístico”.

El artículo 139° inciso 5 de la Constitución, señala que las resoluciones deben ser escritas. De hecho, los incisos 14 y 15 del mismo artículo también mencionan a la escrituralidad. Sin embargo, su incorporación en la Constitución viene, al parecer, generada por la finalidad de proporcionarle al procesado, las herramientas que le permitan conocer o impugnar, dependiendo del caso, las decisiones procesales dispuestas en el proceso. Cuando se menciona la motivación escrita de las resoluciones, o la notificación escrita de las causas de detención, lo que está generando es una herramienta de control de tales decisiones a través de mecanismos de impugnación. Aquellas herramientas de control fueron diseñadas tanto en función del objetivo como del contexto histórico en que se redactó la norma constitucional⁴⁴. La finalidad del constituyente al establecer la forma escrita de las resoluciones radica en la debida motivación y no en la escritura en sí misma. El asegurar que la motivación suficiente y adecuada se logra a través de la oralidad o de la escritura, constituye debate de segundo orden.

c. Motivación

La imposición de la prisión preventiva debe cumplir el requisito de motivación que debe importar un análisis minucioso del caso con observancia de los principios que rigen la coerción personal.

⁴⁴ En el período de 1992 a 1993, no existía por ejemplo el acceso a sistemas de registro tecnológico como lo conocemos ahora. En aquel entonces no era posible imaginar un sistema de registro de causas exclusivamente electrónico. Por tanto, la escritura no era necesariamente la mejor opción; era, al fin de cuentas, la única alternativa. Es conveniente anotar que la escrituralidad se incluye como exigencia, mas no como característica excluyente de cualquier otra forma de desarrollo del proceso.

La motivación deriva del artículo 139°, inciso 5 de la Constitución y está regulada, respecto a la detención preventiva, en la Resolución Administrativa 111-20023-CE-PJ del 25 de septiembre de 2003, la misma que establece que los mandatos de detención deben ser motivados respecto a cada uno de los requisitos concurrentes de: prueba suficiente, pena probable y peligro procesal

El Tribunal Constitucional, ha establecido que tratándose de la detención judicial preventiva, “la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera será posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, así como evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva” (Exp. N° 05591-2009-HC/TC, fundamento 5). Así también ha confirmado que dos son las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser “suficiente”, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser “razonada”, es decir que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada. Por ello, de conformidad con el artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991, es preciso que se haga referencia a los presupuestos legales que determinan la imposición del mandato de detención, y a las características y la gravedad del delito imputado, así como de la pena que se imponga. Del mismo modo, deberá tenerse en cuenta las circunstancias concretas del caso y personales del imputado. (Exp. N° 1084-2005-HC/TC, fundamentos 15 a 16).

A pesar de todo, es en la prisión preventiva en que se incurre en las mayores insuficiencias en la motivación de las resoluciones en el proceso penal. Como anota Perfecto Andrés Ibáñez: “en estos casos la motivación podría ser sustancialmente eludida en la práctica mediante el empleo de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o incluso a través de la rutinaria repetición de determinadas fórmulas reiterativas de los textos normativos, en ocasiones reproducidas mecánicamente en términos tan genéricos que podrían adaptarse a cualquier situación” (Odone, 2003, p. 547).

Muchas veces los jueces expiden resoluciones que dan por satisfechas la motivación de la detención invocando que en el caso concreto se cumplen los requisitos del artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991, sin mencionar en qué consisten estos.

A ello debemos añadir que muchas veces se pretende dar cumplimiento a esta exigencia constitucional, con argumentos remisivos a las sentencias del Tribunal Constitucional, a la jurisprudencia de la Corte Suprema, a los dictámenes fiscales o citando párrafos de autores sobre la materia. Consideramos que la jurisprudencia y la doctrina pueden ser elementos valiosos para asumir la determinación, pero no deben sustituir la argumentación.

La motivación de las resoluciones alcanza a los dictámenes, denuncias o acusaciones del Ministerio Público, pues un debido ejercicio de la acción penal también debería estar adecuadamente motivado. No hay que perder de vista que precisamente son denuncias y acusaciones indebidas o insuficientemente motivadas las que originan procesos que muchas veces son archivados después de una onerosa carga para el Estado y de muchas

aflicciones para los sujetos procesales.

Resulta importante determinar también los alcances de las sentencias de los jueces constitucionales cuando encuentran que el mandato de detención, materia de hábeas corpus, no está motivado. Consideramos que en este supuesto se debe declarar la nulidad de la resolución cautelar, tal como lo establece artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando prescribe que todas las resoluciones "(...) son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan (...)". Asimismo, el artículo 122° del Código Procesal Civil que sanciona con nulidad la infracción de la garantía de motivación de resoluciones judiciales⁴⁵.

Sobre este particular, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han sido variados. Así por ejemplo en los Exp. N° 01753-2003-HC/TC y N° 02712-2002-HC/TC, a pesar de advertirse la carente o deficiente motivación, se ordenó al órgano jurisdiccional emplazado que corrigiera la deficiencia y dictara una nueva resolución suficientemente razonada, sin declararse nula la resolución que establecía la medida cautelar impuesta al recurrente.

Posición distinta fue la asumida por el Tribunal Constitucional donde adoptó una decisión diferente y evolutiva, cuando estableció que el incumplimiento de la garantía de la motivación genera como consecuencia la anulación del auto que impone la medida de coerción. En base a la inexistencia del marco de imputación que causaba indefensión, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de habeas corpus y, lo más importante, declaró nulo el auto de apertura de instrucción que contenía el mandato de detención impuesto a los beneficiarios de la demanda, en consecuencia, se dispuso la suspensión de las órdenes de captura dictados contra todos los afectados (Exp. N° 08125-2005-PHC/TC). Esa misma posición jurisprudencial ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 8123-2005-HC/TC.

Como observamos, la garantía de la motivación de las medidas de coerción, por menos relevante que pareciera el mandato (por ejemplo, en caso de que se ordene el impedimento de salida del país) requiere necesariamente de una fundamentación, bajo sanción de nulidad. No es posible aceptar que se ha vulnerado el derecho y a la vez permitir una corrección manteniendo la medida. Porque, tal como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional tratándose de la detención judicial preventiva, la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida es un requisito indispensable, pues solo de esa manera será posible determinar si una decisión judicial es arbitraria, o no, y evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva (Sentencia recaída en el expediente N° 1084-2005-HC/TC.F.J. N° 14. Publicada el 5 de enero de 2006).

Consideramos que el Juez debe cumplir a cabalidad su deber de motivar las resoluciones judiciales, especialmente la que dispone la detención y cualquier medida de coerción personal, en tanto afecta la libertad de un ciudadano. La libertad por ser un valor supremo debe ser resguardada en sus máximas expresiones, es por ello que no se puede dejar de exponer las razones que existen para limitarla o restringirla. Omitir esta tarea, implica una actuación irresponsable del Juez.

⁴⁵ Artículo 122° del Código Procesal Civil: "Las resoluciones contendrán 4) La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos... La resolución que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula".

8.2. Presupuestos materiales

a. Fundados y graves elementos de convicción

La primera exigencia legal para fundar un mandato de detención está contenida en el art. 135, Inc. 1 del Código Procesal Penal de 1991. En él se prescribe que, deben existir “suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo”. Para dictar mandato de detención o comparecencia con restricciones se requiere de elementos probatorios tanto sobre el hecho imputado, cuanto sobre la vinculación del mismo con el procesado. La suficiencia probatoria no se refiere únicamente a un criterio cuantitativo, sino fundamentalmente cualitativo.

Sobre esta materia, nuestro ordenamiento procesal ha tenido algunas variaciones. Así, mediante la Ley N° 27226⁴⁶ se modificó el artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991, en dos aspectos:

- Se dispuso que no constituye elemento probatorio suficiente la condición de miembro de directorio, gerente, socio, accionista, directivo o asociado cuando el delito imputado se haya cometido en el ejercicio de una actividad realizada por una persona jurídica de derecho privado.
- El texto original aludía solamente a que el imputado, en razón de sus antecedentes y otras circunstancias, tratase de eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria, mientras que la ley modificatoria establecía que deben existir suficientes elementos probatorios para concluir que el imputado intente eludir la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria. No constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir a la justicia, la pena prevista en la ley para el delito que se le imputa.

Esta modificación implica que el Juez no puede realizar un juicio subjetivo de peligro procesal, sino valorar suficientes elementos probatorios, que le permitan hacer ese juicio de peligro. Además de ello, la ley N° 27226 introduce la posibilidad de que el Juez Penal pueda revocar de oficio el mandato de detención previamente ordenado cuando nuevos actos de investigación pongan en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida

En contraste con lo antes expuesto, por ejemplo, en algunos casos la justicia nacional ha denegado la libertad de una persona en base al principio de presunción de culpabilidad, a pesar de reconocer que no existen medios probatorios que avalen la medida de coerción (Expediente N° 31-2002.”Z”. Resolución N° 54, de 8 de marzo de 2004. Primera Sala Penal Especial de Lima).

Se debe precisar que, primigeniamente, esta presunción de culpabilidad fue establecida en el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1863⁴⁷. En

⁴⁶ Ley que modifica el artículo 135 del Código Procesal Penal, publicada el 17 de Diciembre de 1999.

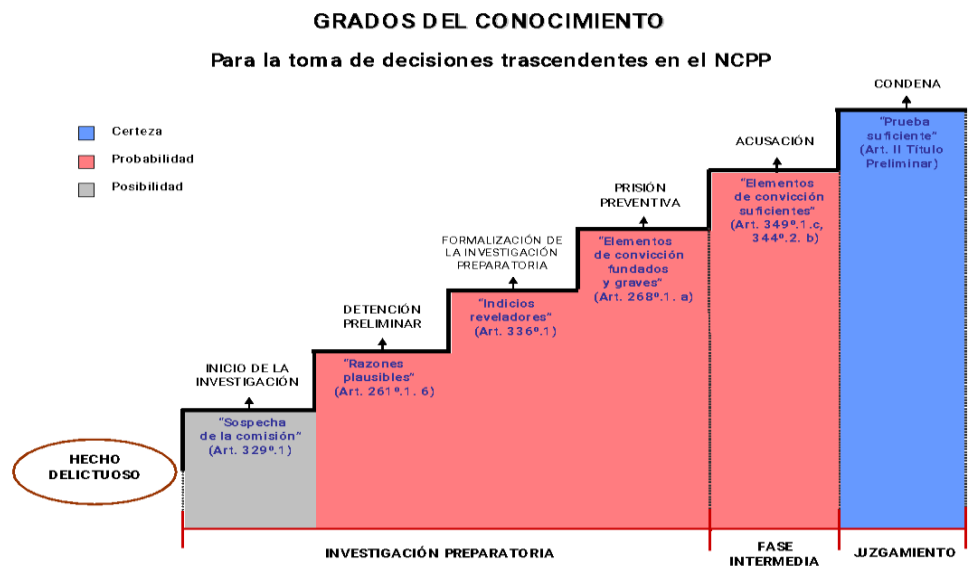
⁴⁷ El artículo 70° del Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal de 1863 expresaba “en las causas en que tiene la obligación de acusar el Ministerio Fiscal, se decretará por precaución, la captura y detención de los procesados reos, siempre que haya cuerpo de delito e indicios de culpabilidad. En ese mismo sentido, el artículo 71 exponía “si de las primeras diligencias del sumario resultare presunción fundada de culpabilidad,

este Código se hacía referencia al mandato de captura y detención por precaución de los presuntos reos siempre que exista cuerpo de delito e indicios de su culpabilidad. Asimismo, prescribió la presunción de culpabilidad como exigencia para que el Juez ordenase la continuación de la detención cuando de las primeras diligencias del sumario así lo demostrara.

Similar disposición se repitió con el Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920⁴⁸ que prescribió la detención definitiva durante la instrucción en caso se la presuma culpabilidad y en el Código de Procedimientos Penales de 1939 que, en su versión original, se refería a la *presunción de culpabilidad* como elemento suficiente para dictar la detención⁴⁹.

También, pueden citarse como afectaciones al principio de prueba suficiente los casos de detención atendiendo a la sola declaración del coimputado o sobre la base de una colaboración eficaz sin corroboración.

Por su parte, el Código Procesal Penal de 2004, se refiere a esta exigencia en su artículo 268°.1 cuando dispone que la prisión preventiva requiere que “existan fundados y graves elementos de convicción” para estimar razonable la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. Esto es, evidencias y/o indicios obtenidos en base a la valoración del material inicial aportado por el fiscal. Se exige la probabilidad (no la certeza) de la comisión de un delito y la vinculación del imputado como autor o partícipe. Como se ve, en el Código Procesal Penal de 2004 los estándares varían de acuerdo con el estadio procesal, conforme se puede apreciar a continuación.



Fuente: Presentación realizada por el profesor Julio César Espinoza

mandará el juez que continúe la detención: en caso contrario, podrá decretar la libertad del detenido”.

⁴⁸ El artículo 62° del Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1920 expresaba “Si evacuada la instructiva o en su caso las primeras diligencias pedidas por el Ministerio Fiscal, el Juez presume la culpabilidad del acusado, dictará orden de detención definitiva que durará toda la instrucción, salvo el caso de libertad provisional, bajo caución o fianza”.

⁴⁹ El artículo 79° del Código de Procedimientos Penales aprobado en 1939, vigente desde 1940, establecía “El Juez instructor puede dictar orden de comparecencia o detención al que presume culpable”.

b. Pena probable

En el ordenamiento nacional, este requisito está configurado de distintas maneras en los códigos vigentes. El Código Procesal Penal de 2004, requiere en su art. 268°.2 que “la sanción a imponerse sea superior a 4 años de pena privativa de libertad”. Por su parte, en el art. 135°.2 del Código Procesal Penal de 1991 se requiere que “la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente del delito”⁵⁰. Respecto a esta última disposición, se posibilita la detención preventiva en casos de menor entidad delictiva, con lo cual se viene generando un problema de hacinamiento carcelario. Más allá de ello, un aspecto que merece atención es que el legislador ha previsto que la detención preventiva procede en casos de *habitualidad* de manera alternativa (... o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente), lo cual podría conllevar a que algunos jueces interpreten que en los casos de habitualidad ya no atendería a la gravedad del delito desde el punto de vista de la pena probable, sino a la mera condición o características del autor.

La prognosis de la sanción obliga al Juez a valorar aspectos referidos a la determinación de la pena para el caso concreto. Esto comprende que, en específico, no se limite a la pena conminada, sino a otros elementos, como la imputabilidad restringida, tentativa, error de prohibición, el grado de participación atribuido, los móviles del hecho imputado, etc. Este análisis debe realizarse en base a los primeros recaudos acompañados a la solicitud del fiscal.

c. El peligro procesal

El presupuesto más importante de la coerción personal es el peligro procesal. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 1091-2002-HC/TC (fundamento 15) “[...] el principal elemento a considerarse en el dictado de [una] medida cautelar debe ser el peligro procesal que comporte que el procesado ejerza plenamente su libertad locomotora, en relación con el interés general de la sociedad para reprimir conductas consideradas como reprochables jurídicamente. En particular, el peligro de que el procesado no interferirá u obstaculizará la investigación judicial o evadirá la acción de la justicia”.

Respecto al contenido y amplitud del peligro procesal, son dos los componentes que se tienen en consideración: el peligro de fuga⁵¹ y el peligro

⁵⁰ Esta disposición fue establecida mediante Ley 28726. Es preciso tener en consideración que si bien esta disposición ha sido modificada por la Ley N° 29499, “Ley de Vigilancia Electrónica”, de 19 de enero de 2010, volviéndose a la versión primigenia, esto es, pena probable superior a 4 años, sin embargo, en la Primera Disposición Final de la referida ley se dispone que “entrará en vigencia progresivamente en los diferentes distritos judiciales según el calendario oficial que será aprobado mediante decreto supremo”, aspecto este último que aún no se produce.

⁵¹ Art. 269° del Código Procesal Penal de 2004: 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

de obstaculización⁵². El Tribunal Constitucional ha establecido que “La detención preventiva es una medida cautelar limitativa del derecho fundamental a la libertad personal, válida en la medida de que se encuentre en riesgo el éxito del proceso penal, sea porque existe certeza o presunción fundada y razonable de 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. (Sentencia recaída en el expediente N° 0019-2005-AI/TC. FJ N° 7. Publicada el 21 de julio de 2005)

Al respecto surgen tres posturas de la concurrencia de sus presupuestos. La primera de ellas, de corte restrictivo, considera que el peligro procesal solamente comprende el peligro de fuga. En efecto, la tendencia más reciente ha cuestionado la legitimidad del peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria como presupuesto de la detención. Esta posición se sustenta además en el hecho de que la Convención Americana de Derechos Humanos (en su artículo 7°, numeral 5) solo autoriza la restricción anticipada de la libertad del imputado para asegurar “su comparecencia al juicio”, y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en su artículo 9° numeral 3) que autoriza las medidas cautelares exclusivamente para asegurar “la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales”. Al respecto, expresa Alberto Binder que “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia” (2005, p. 199).

La segunda postura que puede denominarse intermedia, considera que el peligro procesal se compone tanto del peligro de fuga como del peligro de obstaculización de la acción de la justicia o actividad probatoria. A decir de Odone Sanguiné, la doctrina indica como presupuestos justificativos del peligro de fuga los siguientes: a) la gravedad del delito; b) los caracteres de delito, ciertos delitos (por ejemplo, de pertenencia a una banda armada, sujetos adictos a las drogas), por su naturaleza y al margen de su gravedad; c) las circunstancias del hecho (las diversas circunstancias que pueden elevar o reducir la pena concreta a imponer); d) las circunstancias del imputado, relativas a los antecedentes del mismo, el carácter del mismo, el arraigo en el lugar, etc.; e) la incomparecencia al llamamiento judicial; y f) la incidencia en el transcurso del tiempo.

A decir de Ferrajoli, el peligro de fuga, de hecho, es provocado preponderantemente, más que por el temor de la pena, por el miedo de la prisión preventiva. Si no fuera por esta perspectiva, el imputado, cuando menos hasta la víspera de la condena, tendría en el peor de los casos todo el interés de no fugarse y de defenderse (Odone, 2003, p. 134).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que, “si los magistrados que entienden en la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u

⁵² Art. 270° del Código Procesal Penal de 2004: 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

ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada"; asimismo, que "no es legítimo invocar las "necesidades de la investigación" de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundamentarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado"⁵³.

Finalmente, existe una tercera tendencia (legislativa y jurisprudencial) propia del modelo de prevención radical que considera como componentes del peligro procesal: la reiterancia, alarma social, criterios personales del procesado, factores morales o cuestiones de orden público, etc.⁵⁴. Consideramos que esta postura contradice el modelo constitucional y la opción política criminal asumida desde el Código Procesal Penal de 1991, por las siguientes consideraciones.

- *La gravedad de la pena.* En muchos casos, la gravedad de la pena suele entenderse como un criterio para determinar el peligro de fuga. No obstante, consideramos que, no puede, por sí sola justificar la detención preventiva, sino que debe ser compulsada, con otros elementos, como el arraigo del imputado. Esta situación se hace aún más evidente cuando la gravedad de los hechos imputados o de la pena que pudiera corresponderle al imputado se utilizan como parámetros para justificar el mantenimiento de la prisión preventiva, pues con ello se le atribuye un carácter ajeno a su naturaleza cautelar, lesionándose la presunción de inocencia del imputado⁵⁵.

El Tribunal Constitucional ha establecido con acierto que "Si ese fuera el sentido..., esto es, que la detención judicial preventiva se ha de ver legitimada solo en atención a la naturaleza reprochable y las consecuencias socialmente negativas del delito de terrorismo, esta sería violatoria del principio de presunción de inocencia, pues como lo ha expresado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la justificación de la detención de una persona en base a la peligrosidad o a la naturaleza del delito, "podría incluso considerarse (como) que se le impone un castigo anticipado, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley. Informe N.º 02/97, párrafo 51" (Sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC.

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 2/97. Casos varios. Argentina, 11 de marzo de 1997. Párrafos 30 y 34.

⁵⁴ A decir de Odoné (2003), en muchos ordenamientos del Derecho comparado, y entre ellos el Español, se prevén motivos de adopción de la prisión preventiva que distorsionan gravemente la naturaleza cautelar de esta medida. Así expone: "La LECrim, a través de circunstancias tales como la 'gravedad de la pena', la 'alarma social' y la 'frecuencia con la que se cometan hechos análogos', ha introducido respectivamente, la *función de prevención general* para apaciguar y frenar la agresividad, inseguridad y frustración colectivas, que garantice la *seguridad y el orden sociales* y la *función de prevención especial* de manera que en la realidad práctica la prisión provisional llega a transformarse en una pena anticipada o en una medida de seguridad oculta o encubierta (aunque con una naturaleza aparentemente de medida cautelar) en detrimento de la libertad personal".

⁵⁵ Conforme lo expone Odoné (2003), la presencia de un riesgo de fuga no puede ser considerada de improviso, ni únicamente en atención a la gravedad de la pena imponible, sino que las resoluciones judiciales han de explicar los motivos por los cuales juzgan determinante el peligro de fuga; existen circunstancias suplementarias concurrentes para justificar el peligro de fuga, referidas a: comportamiento anterior del inculcado, la falta de integración en la sociedad o la falta de arraigo sólido en el país de residencia y sus relaciones o contactos con el extranjero, la transferencia de dinero al extranjero, la singular oposición del acusado a su detención, garantías suficientes de representación (su cualidad de comerciante, carecer de antecedentes criminales y el hecho de ser conocido como persona honrada), el carácter del interesado, a su moralidad, a su domicilio, profesión, recursos, lazos familiares y de cualquier naturaleza con el país en que está procesado. Esta evaluación será distinta conforme al caso concreto.

Publicada el 4 de enero de 2003).

La gravedad del delito suele considerarse como una auténtica *presunción de incomparecencia*. Conforme lo expone Odone (2003), “en relación al *criterio penológico* de la gravedad de la pena, se afirma que generalizar la prisión provisional para todos los supuestos en que la pena prevista exceda de un determinado *quantum*, solo encuentra explicación en inconfesadas razones de pretendida defensa social, convirtiendo tal medida en pura *anticipación generalizada del cumplimiento de la pena* en un momento que sin embargo se dice cubierto por la presunción de inocencia, que de este modo queda también francamente desnaturalizada en *presunción de peligrosidad*” (p. 109).

- *La reincidencia y habitualidad.* Respecto a la imposición de una medida de coerción personal atendiendo al peligro de reiteración delictiva, consideramos que constituye un grave error que atenta contra los fines de las medidas cautelares. Este supuesto está contenido en una exhortación del Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC cuando estableció que: “... además de las razones previstas en el artículo 135 del Código Procesal Penal, el legislador puede introducir otras razones adicionales para decretar la detención judicial preventiva. En particular, las que tiene que ver con el riesgo de la comisión de nuevos delitos o, excepcionalmente, con la finalidad de preservar el orden público”. No obstante, el Tribunal Constitucional, citando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe 02/97, párrafo 32) consideró que “no debe olvidarse que cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad”.

Al respecto debemos tener en consideración la Ley N° 28726⁵⁶ que incorpora al Código Penal dos agravantes genéricos: la reincidencia (artículo 46° B) y la habitualidad (artículo 46 C)⁵⁷. Así como la Ley N° 2730, que modificó el art. VIII de Título Preliminar del CP para incorporar, al precepto de que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, la siguiente excepción: “esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente del delito”. La reincidencia constituye una vieja figura incluida ya en el artículo

⁵⁶ Esta Ley incorporó los arts. 46-B y 46-C, sin embargo estos artículos fueron posteriormente modificados por Ley 29407 de 18 de septiembre de 2009. En cuanto al art. 46-B (reincidencia) esta ley precisó que el nuevo delito doloso se debía cometer en un lapso que no exceda de 5 años. Respecto al art. 46-C (habitualidad) se precisó que en esa circunstancia no se computan los antecedentes penales cancelados. Sin embargo, mediante leyes N° 29570 (de 25 de agosto de 2010) y N° 29604 (de 22 de octubre de 2010), estos artículos fueron nuevamente modificados.

⁵⁷ Ambos conceptos se entienden como expresión del llamado “delincuente habitual” al que hacía referencia Edmund Mezger. Para él es delincuente habitual un individuo que, como consecuencia de una inclinación íntima, existente por predisposición natural o adquirida con la práctica, infringe reiteradamente el derecho y tiende a infringirlo nuevamente. El delincuente habitual es “peligroso” y la repetición de hechos punibles es probable. Se puede esperar que el delincuente perturbará considerablemente en el futuro el ordenamiento jurídico. Ver: MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal Alemán. Traducido de la 2ª Ed. alemana por J.A. Rodríguez Muñoz, Madrid, T. II, 1957.

10° del Código Penal de 1863⁵⁸ y reproducida en el Código de 1924⁵⁹. El Código Penal de 1991 proscribió la reincidencia, sin embargo, el legislador lo restableció para los casos de terrorismo, conforme se estipula en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 921 (el Decreto Ley N° 25475 también la regulaba). Más adelante, ante la tendencia criminalizadora del legislador peruano, se incorporaron las figuras de la reincidencia y la habitualidad como circunstancias agravantes genéricas, mediante Ley N° 28276 del 9 de mayo de 2006 (norma que fue modificada el 18 de setiembre de 2009 mediante ley N° 29407). Luego, la Ley N° 29570 de 25 de agosto de 2010, modificó las fórmulas de la reincidencia y la habitualidad explayando el marco punitivo y los alcances aplicativos de estas⁶⁰. Por último, mediante Ley N° 29604, de 22 de octubre de 2010, se volvió a modificar los artículos 46 B y 46C del Código Penal.

Es cierto que la reincidencia constituye una agravante presente en las legislaciones de varios países (España, Italia, Argentina, entre otros.) y que en doctrina se han realizado varios ensayos tendientes a fundar su existencia: unos basados en la mayor culpabilidad, otros en la mayor capacidad criminal, otros, en la mayor peligrosidad del sujeto, otros en la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia de las normas penales, otros en que es causa de agravación del injusto, etc. (Serrano, 1976, p. 71-72). Sin embargo, el rechazo a esta forma de agravación es doctrina dominante⁶¹ (en Alemania se suprimió esta agravante en 1986).

⁵⁸ Se establecía. "Artículo 10: Son circunstancias agravantes: inciso 14. Ser culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie".

⁵⁹ Así lo prescribía el Código Penal de 1924: "Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena de pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito también con pena privativa de la libertad".

⁶⁰ La Ley 29570 modifica el art. 46-B y dispone que en caso de reincidencia "El juez aumenta la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal", antes se establecía que *podía* aumentar hasta *en un tercio por encima del máximo legal*. Así también, se dispone que "Si la reincidencia se produce por las modalidades agravadas de los delitos previstos en los artículos, 108, 121, 121-A, 121-B, 129, 152, 153, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, del 325 al 332 y 346 del Código Penal, el juez *aumenta* la pena en no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal hasta cadena perpetua, sin que sean aplicables los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional". De otro lado, esta Ley modifica el art. 46-C disponiendo que el plazo de 5 años previsto en caso de habitualidad "no es aplicable para las modalidades agravadas de los delitos previstos en los artículos 108, 121, 121-A, 121-B, 129, 152, 153, 173, 173-A, 186, 189, 200, 297, 319, 320, 321, del 325 al 332 y 346 del Código Penal, el cual se computa sin límite de tiempo".

⁶¹ QUINTERO OLIVARES se muestra abiertamente a favor de la eliminación de la reincidencia como circunstancia agravante, si bien reconoce que atendiendo a razones político-criminales, "ningún país está en condiciones sociales de aceptar la irrelevancia de la reincidencia, aún a conciencia de que el recurso agravado a la cárcel no va a ser de especial utilidad para reducir la criminalidad" Ver más: Parte General del Derecho penal. Aranzadi, Navarra, 2005, p.728. Ya advierte GRACIA MARTÍN que "pena y medida, culpabilidad y peligrosidad, retribución y prevención son conceptos contrapuestos e incompatibles". En: "Culpabilidad y prevención en la moderna reforma penal española". Actualidad Penal 1993 p.568. Igualmente CERESO MIR: "Es opinión unánime en la moderna ciencia del Derecho Penal española que la peligrosidad no puede servir nunca de fundamento a una agravación de la pena sino que puede dar lugar únicamente a la aplicación de medidas de seguridad." en "Consideraciones político-criminales sobre el Borrador de Anteproyecto de nuevo Código Penal Parte General de octubre de 1990" en "Presupuestos para la Reforma Penal". Universidad de la Laguna, 1992. También MUÑOZ CONDE, Francisco."Monismo y dualismo en el

En la Sentencia recaída en el Exp. N° 014-2006.PI/TC, el Tribunal Constitucional ha considerado que la Ley N° 28736 que consagra la reincidencia como agravante genérica, es constitucional. Así ha expuesto que la reincidencia constituye una “circunstancia en la cual se constata la existencia de antecedentes delictivos en la persona que está siendo juzgada, para efectos de agravar la pena que se le pretende imponer como consecuencia de haber cometido un delito. Se trata, pues, de una comprobación desde la criminología de la forma de vida delictiva del procesado, que posibilita la imposición de una mayor punición a una persona, allende a la que le corresponde por la comisión del delito, considerada de modo aislado” (FJ 37) y que “la consagración de la reincidencia como causal genérica agravante de la pena no constituye un supuesto de afectación al principio *ne bis in idem*⁶²” (FJ 24). Así también el Tribunal estima que no se infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, pues no se afectan los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta (FJ 42 a 47). No obstante, el Tribunal concluye sin mayor sustento que no existen otras alternativas igual de idóneas, pero menos gravosas que las introducidas en la Ley N° 28726. En cuanto a la habitualidad el Tribunal Constitucional expuso, en la misma sentencia que “la habitualidad no necesariamente supone que el juzgador penal ingrese en el ámbito de la personalidad del autor, castigando con una mayor pena el modo de vida del autor, que genere un riesgo a la tranquilidad y seguridad de los ciudadanos” (FJ 52).

En este orden de ideas, cabe precisar que, la pena, como la herramienta de coacción más poderosa de que dispone el Estado, no puede constituir el arma predilecta o el punto de partida de la acción política. Una sociedad que se constituye en un Estado social y democrático de Derecho no puede sentar sus bases en el terror, en la intimidación de sus ciudadanos o en la amenaza. El diseño constitucional del Estado no casa con un endurecimiento irracional del sistema penal (Oré Sosa, 2008, pp. 77 – 90).

La institución de la reincidencia [y la habitualidad] atentan contra el principio de resocialización de las penas consagrado en el artículo 139° inciso 22 de la Constitución (se trastoca la idea de la resocialización como deber del Estado para convertirse en un deber del condenado), y el de presunción de inocencia pues comporta una presunción de peligrosidad que agrava la pena prescindiendo de actividad probatoria alguna. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha declarado que “ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente” (Exp. N° 019-2005-AI/TC, fundamento 41).

Finalmente, pero no por ello menos importante, debemos tener en consideración la modificación del artículo 69° del Código Penal por la ley N° 28730 (Publicada el 9 de mayo de 2006), cuando al incorporar el último párrafo establece que “La reincidencia deja sin efecto la cancelación de los

Derecho Penal Español. En: “Estudios Penales y Criminológicos” VI, 1983. Universidad de Santiago de Compostela. 1983. p. 218.

⁶² En su fundamento 24 el Tribunal Constitucional precisó “El primer delito cometido –aquel que es objeto de consideración- no recibe una pena adicional ni una agravación de esta; simplemente se toma en consideración para efectos de graduar la pena que se atribuirá a un acto delictivo distinto. Por su parte, el acto delictivo reincidente –es decir el acto delictivo perpetrado en un segundo momento- no es tampoco objeto de una doble imposición de pena, sino de una sola, aquella prevista por el dispositivo que consagra su tipo penal, aunque agravada como consecuencia de la existencia de antecedentes respecto al mismo tipo penal”

antecedentes penales, judiciales y policiales, hasta el cumplimiento de la nueva pena”⁶³. Con lo cual se está desconociendo la naturaleza de la rehabilitación y el cumplimiento íntegro de la condena.

- *Orden público.* A partir de la sentencia recaída en el expediente N° 010-2002-AI/TC, se ha discutido la legitimidad de la incorporación de la alteración del orden público como presupuesto para ordenar la detención. Esta sentencia del Tribunal Constitucional insinúa la inclusión de orden público como presupuesto de la detención: “en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal” (fundamento 145)⁶⁴.

Consideramos que la alteración del orden público no justifica plenamente un diseño constitucional de la coerción personal; hace recaer en el procesado una situación que no depende de su conducta; el orden público debe ser preservado por el Estado. El orden público es un concepto indeterminado que recurrentemente es invocado para encubrir el endurecimiento del sistema penal.

- *Alarma social.* Existen casos que sustentan el peligro procesal en la alarma social. Como explica el profesor Alberto Binder, permitir que se aplique la prisión preventiva cuando existe una alarma social respecto del hecho o cuando los medios de comunicación se han dedicado a exacerbar los sentimientos de inseguridad de la población dándole excesiva publicidad al hecho sería inconstitucional (Binder, 2005, p. 200). Sobre este supuesto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el riesgo de fuga no se debe fundamentar en la “alarma social” que generaría los delitos que se le imputa. (Exp. N° 04184-2009-HC/TC, fundamento 6)

- *Historia personal y carácter del acusado.* En la sentencia N° 010-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional, citando el Informe 02/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consideró como criterio válido para ponderar la existencia de peligro procesal “la historia personal, la evaluación de la personalidad y el carácter del acusado” (F. J. N° 143).

De acuerdo con la opción ideológica de nuestra Constitución una medida de coerción no puede justificarse en aspectos subjetivos, propios de la esfera personal del imputado. Una medida de coerción basada en criterios personales implica desnaturalizar el carácter cautelar y excepcional de estas medidas. Además, si este supuesto de peligro procesal fuera válido, la pregunta que surge es quién define qué parte de la historia personal se sanciona y cual no. A ello hay que agregarle el carácter resocializador que pregona la Constitución.

⁶³ Posteriormente la Ley N° 29407 de 18 de septiembre de 2009 incorporaría un último párrafo al art. 69° CP disponiendo “Tratándose de pena privativa de libertad impuesta por la comisión de delito doloso, la cancelación de antecedentes penales será provisional hasta por 5 años. Vencido dicho plazo y sin que medie reincidencia, la cancelación será definitiva”.

⁶⁴ Citando el Informe N.º 02/97 (párrafos 36 y 37) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional concluye que, *en cualquier caso, esta posible extensión de los motivos de justificación de la detención judicial preventiva, a fin de ser considerados judicialmente, previamente requieren ser incorporados a la legislación nacional, por expresa exigencia del artículo 7.º numeral 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según se ha dicho.*

- *Actitudes y valores morales.* Otro de los supuestos para determinar el peligro procesal consiste en las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, los bienes que posee, vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculcado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso (Sentencia recaída en el expediente N° 01567-2002-PHC/TC. F. J. N° 6. Publicada el 28 de enero de 2003). Este intento de justificar el peligro procesal, se enmarca dentro de un derecho penal de autor, proscrito por el ordenamiento jurídico nacional.

- *No autoincriminación.* En otros casos, para justificar la detención preventiva o su prolongación exponen como argumentos, la no admisión de cargos, la no colaboración con la justicia, las declaraciones contradictorias o atentar contra la viabilidad del sistema democrático. Podemos citar los siguientes:

- En la sentencia recaída en el Exp. N° 1091-2002-PHC/TC (fundamento 11.), se afirma: “No se afecta la libertad física del recurrente, pues el actor obstaculizó la investigación judicial al **ocultar hechos relevantes** para culminar con éxito el proceso penal que se le sigue. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que existe base objetiva y razonable que justifica la decisión de la emplazada para no variar el mandato de detención en su contra.”. Esta argumentación lesiona el derecho a la no autoincriminación; tanto más si se tiene en cuenta que la supuesta omisión se refería a hechos que en el caso citado no eran materia de la imputación fiscal y del auto de apertura de instrucción.

- Otro tanto ocurre en la sentencia recaída en el expediente N° 1567-2002-HC/TC (fundamento 7), en el cual el Tribunal Constitucional expone lo siguiente “Si bien es cierto que no es obligación del recurrente tener que demostrar su inocencia, pues esta parte de una presunción constitucional que, en todo caso, debe ser desvirtuada por la parte acusadora dentro del proceso judicial, también es cierto que ello no implica que el acusado tenga derecho a mostrar una actitud reacia al esclarecimiento de la causa. Por el contrario, todo procesado está en la obligación de colaborar con la justicia cada vez que dicha colaboración sea requerida, en la medida en que ello no importe una afectación del derecho constitucional a la no autoincriminación”.

- Sin embargo, en una reciente sentencia, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que “el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria no puede sustentarse legítimamente en la negativa de los cargos por parte del imputado, lo que constituye únicamente un ejercicio del derecho defensa”, pues ello “resulta a todas luces ilegítimo en términos constitucionales, toda vez que implicaría para el imputado la obligación de aceptar la comisión de los hechos que se le atribuyen como requisito para obtener algún tipo de libertad procesal. Ello, sin duda, resulta vulneratorio del derecho a no autoincriminarse, elemento implícito del debido proceso (artículo 139°3 de la Constitución), reconocido de manera expresa en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, como parte de las “Garantías Judiciales” mínimas que tiene todo procesado: “*g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)*”. (Exp.

- En otro caso, si bien se trataba de una detención domiciliaria, en la sentencia recaída en el expediente N° 376-2003-HC/TC (fundamentos 8 a 9), el Tribunal Constitucional expuso que el peligro procesal se configura al existir “profundas inconsistencias en las sucesivas declaraciones ...Si bien todo procesado goza del derecho fundamental a la no autoincriminación, una de cuyas manifestaciones incluso autoriza al inculpado a guardar un absoluto silencio y la más imperturbable pasividad durante el proceso, en el correcto supuesto de que debe ser la parte acusatoria la encargada de desvanecer la inocencia presunta, ello no le autoriza para que mediante actos positivos se desvíe el camino del aparato estatal en la búsqueda de la verdad dentro del proceso”

- *Riesgo de la viabilidad del sistema democrático.* En la sentencia recaída en el expediente N° 1567-2002-HC/TC (F. J.N° 10) el Tribunal Constitucional expuso como criterio la puesta en riesgo de la viabilidad de sistema democrático, al señalar que: “La medida judicial que restringe la libertad ambulatoria del accionante, subyace una valoración judicial de los hechos que son materia del proceso penal y la repercusión de los delitos por los cuales se le juzga, no solo en lo que atañe a la afectación de determinados bienes jurídico-penales, sino incluso, y lo que es más grave, a la puesta en riesgo de la viabilidad del sistema democrático”.

Consideramos que el peligro procesal comprende tanto el peligro de fuga como el de entorpecimiento de la investigación, pero atendiendo a un criterio de razonabilidad y proporcionalidad. El entorpecimiento de la actividad probatoria debe ser una conducta claramente obstaculizadora; por tanto, no se debe considerar en ella el ejercicio de los medios de defensa regular que el imputado tiene. Asimismo, para la configuración del peligro procesal no debe comprenderse factores ajenos como son: el carácter personal del imputado, vínculos personales, familiares y profesionales, etc.; argumentos que no corresponden a un debido proceso garantista.

d. La imputación de pertenecer a una organización delictiva como presupuesto material

De todos los presupuestos de la prisión preventiva que trae el Código Procesal Penal de 2004, resulta cuestionable la incorporación como presupuesto material para dictar prisión preventiva la “existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o de 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.”

⁶⁵ En este caso, la resolución cuestionada materia de la demanda constitucional había justificado el peligro procesal en los siguientes términos: “...en cuanto al peligro procesal, si bien se presentó a la Comisaría en forma voluntaria, tiene radicación conocida, es madre de familia, ama de casa, tiene posesión de una vivienda y carece de antecedentes penales, sin embargo, viene entorpeciendo la acción de la justicia, al negar su participación como señuelo y se contradice cuando por un lado refiere haberle tomado servicio y por otro lado, refiere que no condujo el motokar porque no sabe manejar, cuando la pregunta no fue si había manejado sino orientado al agraviado hacía el lugar donde se produjo el robo agravado; refiere haber tomado servicio a su domicilio cuando en realidad el agraviado jamás lo condujo a su domicilio; asimismo refiere no conocer la identidad de las prendas de sus codenunciados, hecho que debe saber habida cuenta que ellos abordaron el vehículo menor cuando se encontraba ella a bordo del mismo; por lo que es necesaria la medida dictada para asegurar el éxito del proceso (...)”

(Art. 268°, inc. 2).

La crítica a este nuevo presupuesto material, radica en que implícitamente hace reposar la medida coercitiva en la naturaleza del ilícito (asociación u organización criminal) y no en la conducta procesal del inculpado. Esta forma de legislar es contraria, por ejemplo, a lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando establece que *no está permitido hacer uso de medidas de prevención aún con objetivos tan trascendentales como la lucha contra la delincuencia organizada*. (San Martín, 2003, p. 1095)

Tanto más si se tiene en cuenta que en la justicia nacional se viene haciendo una interpretación equivocada de lo que debe entenderse por criminalidad organizada, empleando el término “pluralidad de personas” como alternativo al de organización criminal o banda, entendiéndolo como un simple concierto, esto es como todo acuerdo circunstancial, ocasional o de momento que dos o más personas toman para delinquir, aunque no integren una asociación delictiva.

8.3. Plazo de la detención preventiva

El derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos y, por tanto, no puede ser desconocido. El contenido del derecho a que la detención preventiva no exceda de un plazo razonable se expresa en el adecuado equilibrio entre los dos valores que se encuentran en contrapeso al momento de aplicar la medida: por una parte, el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables; y, por otra, el derecho de toda persona a la libertad personal y a que se presuma su inocencia, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad (Expediente 2915-2004-HC/TC).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que el plazo razonable de la detención preventiva no puede ser establecido en abstracto, sino que se debe hacer un análisis de qué es lo razonable a la luz de los hechos específicos correspondientes a cada caso (Informe 12/96, párrafos 69 y 70). Por ello, la referida razonabilidad no puede derivar del solo hecho de que el plazo en juego se ajuste a lo que prescriba la ley.

En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional cuando establece que no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito. Este criterio es compartido, por ejemplo, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al referir que “el plazo razonable (...) no puede traducirse en un número fijo de días, semanas, meses o años, o en varios períodos dependiendo de la gravedad del delito” (Caso Stogmuller. Sentencia del 10 de noviembre de 1969, párrafo 4). La imposibilidad de establecer un plazo único e inequívoco para evaluar la razonabilidad o irrazonabilidad de la duración de la prisión preventiva, no impide el establecimiento de criterios o pautas que, aplicadas a cada situación específica, permitan al juez constitucional determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario (Exp. N° 2915-2004-PHC/TC, fundamentos 14 a 17).

Los convenios internacionales se abstienen de establecer los plazos máximos concretos que deben durar la prisión provisional. La fórmula empleada es acudir a la expresión "plazo razonable" para delimitar el tiempo que una persona puede estar sometida a prisión antes de haber sido condenada. Así, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales dispone en su artículo 5 inciso 3 que "toda persona detenida preventivamente o internada... tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento"⁶⁶.

El problema que se plantea consiste en delimitar qué se entiende por "plazo razonable". En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos ubica este tema en 2 acepciones:

- a. **Plazo razonable de la detención:** "Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso". (artículo 7° inciso 5)
- b. **Plazo razonable del proceso:** "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, independiente e imparcial..." (artículo 8° inciso 1)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Caso 11.245. Informe N° 12/96. Jorge A. Jiménez vs Argentina, de 1 de marzo de 1996) ha establecido que ambos artículos persiguen el propósito que las cargas que el proceso penal conlleva para el individuo no se prolonguen continuamente en el tiempo y causen daños permanentes. Sin embargo, señala la Comisión, ambas disposiciones no son idénticas en sus referencias. En el plazo razonable de la detención, la especificidad del artículo 7° inciso 5 radica en el hecho que un individuo acusado y detenido tiene derecho a que su caso sea resuelto con la debida prioridad, en forma expeditiva y conducido con diligencia especial. Además, su objetivo es limitar el tiempo de detención y no que la causa sea juzgada en un lapso breve. De otro lado, el plazo razonable para la duración del proceso previsto en el artículo 8 inciso 1 debe medirse con relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del inculpado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso. En suma, la duración de un proceso penal podría ser considerada razonable, más no la de la prisión preventiva dispuesta en ese mismo proceso.

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 2915-2004-PHC/TC (F. J. N° 7., el Tribunal declaró que "es necesario precisar que el derecho a la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva es distinto -tanto en su contenido como en sus presupuestos- del derecho a la razonabilidad del plazo del proceso en su totalidad".

En nuestro ordenamiento procesal, hasta antes de la entrada en vigencia del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 no existía un límite para la

⁶⁶ En esa misma línea el Tribunal Constitucional Español en la STC 41/1996 de 12 de marzo de 1996, afirma que "toda situación de prisión provisional que supera dicho plazo razonable vulnera directamente el derecho a la libertad protegido por el art. 17.4 in fine de la Convención Europea y hace nacer un deber imperativo de poner en libertad al encausado".

duración de la detención preventiva, lo cual ocasionaba que a menudo los procesados sufrieran detenciones sin condena por muchos años. Esta forma de administrar la coerción era una clara violación a la presunción de inocencia y al plazo razonable, consagrados en la Constitución de 1993 y en los Convenios Internacionales a los cuales está vinculado el Perú.

La regulación del plazo de la detención preventiva en el artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 guarda relación con los principios de la coerción y es una legislación que corresponde a un Estado Democrático de Derecho; responde a una opción garantista de respeto al debido proceso y a los derechos humanos. Sin embargo, los plazos inicialmente previstos fueron desbordados rápidamente, sin que se obtuviera una decisión procesal célere, sobre todo en los procesos por delito de terrorismo y corrupción de corrupción de funcionarios.

Pretendiendo solucionar estos problemas, el Estado promulgó las siguientes normas: El Decreto Ley N° 25824 (Publicado el 9 de noviembre de 1992) que amplió de 12 a 15 meses el plazo de detención para los procesos ordinarios. Luego se emitiría la Ley N° 27553 (Publicada el 13 de noviembre de 2001) que amplió la duración de la detención preventiva de 15 a 18 meses, siempre y cuando se cumplan los requisitos previstos en el artículo 135° del Código Procesal Penal de 1991, asimismo se amplió la duplicidad automática de la detención en caso el Estado fuera la parte agraviada; agregando que cuando se trate de procesos complejos o se hubiere declarado la nulidad, no se considerará el tiempo transcurrido hasta la fecha del nuevo auto de apertura de instrucción; que en los casos en que se declare la nulidad de los procesos seguidos en fueros diferentes, el plazo se computa desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de detención y que una vez condenado en primera instancia el inculpado, la detención se prolongará hasta la mitad de la pena impuesta, cuando esta hubiera sido recurrida. Posteriormente, se promulgó la Ley N° 28105 (Publicada el 21 de noviembre de 2003) que permitió la prolongación del plazo de detención preventiva de oficio.

Finalmente, mediante Decreto Legislativo N° 983, se modificó nuevamente el art. 137° del Código Procesal Penal de 1991 para disponer que procede también la prolongación de la detención preventiva “cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria”. Sobre esta última modificación, el Tribunal Constitucional, a propósito de resolver la demanda de inconstitucionalidad sobre este dispositivo, ha expuesto que “dicha prolongación no queda librada al capricho o arbitrio del juzgador, dado que este está en la obligación, por mandato constitucional, de motivar adecuadamente la decisión que expida en ese sentido, en los términos previstos por el artículo 139°.5) de la Constitución”. El Tribunal Constitucional, sustenta su decisión en que el delito a través de una organización criminal es una situación que “de especial dificultad o complejidad y afecta el desarrollo del proceso, por lo que se justifica dicho cambio legislativo”. (Véase Sentencia recaída en el expediente N° 00012-2008-AI/TC.FJ N° 27. Publicada el 19 de julio de 2010).

En la sentencia recaída en el expediente N° 00873-2000-HC/TC (F.J. N° 5. Publicada el 19 de enero de 2001), el Tribunal Constitucional expuso “... No puede dejar de relievase que cuando el art. 137° del Código Procesal Penal de 1991, otorga la libertad por exceso de detención, lo que ofrece en realidad es un paliativo a la eventual injusticia ocasionada por la lentitud o ineficiencia en la administración de justicia, optando por el mal menor de que un culpable salga libre, frente al mal mayor de que un inocente permanezca encarcelado

en espera de su tardía absolución definitiva. En tales circunstancias es obvio hacer prevalecer que el derecho de todo individuo a ser juzgado en un tiempo razonable es una forma de anteponer la persona al Estado, tal cual lo proclama el art. 1° de la Constitución”.

El Tribunal Constitucional ha emitido diversas sentencias que han contribuido a la determinación del plazo razonable de la detención preventiva. Así, ha establecido que “Los parámetros legales, si bien son válidos para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida, sin embargo, no agotan el contenido de dicho derecho fundamental, de modo que ni todo el plazo máximo legal es *per se* razonable, ni el legislador es totalmente libre en su labor de establecer o concretar los plazos máximos legales” (Sentencia recaída en el expediente N° 03771-2004-HC/TC.FJ N° 18. Publicada el 2 de febrero de 2005). Además, ha establecido, en diversas sentencias, que para valorar si la duración de la detención judicial ha excedido, o no, el plazo máximo, se deben tener en consideración los siguientes criterios (Véase Sentencias recaídas en los expedientes N° 2915-2004-HC/TC. y N° 7624-2005-PHC/TC, entre otros):

- A. La actuación de los órganos judiciales; se debe evaluar si el juez penal ha procedido con prioridad debida y ha actuado con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculpado se encuentre en condición de detenido. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los repetidos cambios de juez penal, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general (Caso Clooth, párrafo 45). La falta de diligencia de los órganos judiciales ocurriría, incluso, en aquellos supuestos en los que su actuación se viera “formalmente” respaldada por el ordenamiento legal
- B. La complejidad del asunto, esto es, tener en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.

En este caso no se debe confundir complejidad con el volumen del expediente. Así también, atender a las indebidas acumulaciones procesales. Este tipo de acumulaciones implica que un procesado, con una imputación simple resulte involucrado en un mega proceso con gran cantidad de imputados. En estos casos, el imputado en procesos no complejos resulta perjudicado por la demora del proceso acumulado.

- C. La actividad procesal del detenido; en este caso, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada “defensa obstruccionista” (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional).

Entre las conductas que deben ser meritadas como intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, se encuentran la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, están condenados a la desestimación, o las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones.

En este caso, es preciso que no se pretenda limitar la libertad y con ello el de defensa, so pretexto de un mal o indebido ejercicio, y que se entienda por dilaciones indebidas el derecho a impugnar, deducir medios de defensa técnica, solicitar postergaciones de diligencias, aportar pruebas, etc.

Existen otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional que complementan la interpretación de este derecho. Así, por ejemplo:

- Ha expuesto que la duplicidad del plazo de la detención opera autónomamente a la prolongación, es decir que es posible duplicar la detención y además prolongarla, así por ejemplo en la sentencia recaída en el expediente N° 290-2002-PHC/TC (Publicado el 4 de junio de 2003).
- Así también, ha establecido que, son 2 los supuestos específicos para la prolongación de la detención judicial más allá del *tiempo legalmente establecido*, fuera de los cuales la resolución judicial que desborde el plazo máximo de detención legal resulta, en principio, inconstitucional, quedando habilitado el correspondiente control constitucional siempre que se acuse el agravio de los derechos fundamentales. Así ha establecido: a) la conducta obstruccionista del procesado o su defensa que haya dilatado innecesariamente el proceso, computo del tiempo que comportó la conducta obstruccionista del procesado y su descuento que en definitiva implica el cómputo efectivo del plazo máximo de detención provisional (36 meses para el proceso ordinario); y *excepcionalmente b)* los casos de tráfico ilícito de drogas con red internacional en los que concurran circunstancias que importen una especial dificultad que hagan razonable la adopción de la medida. (Véase Sentencias recaídas en los expedientes N.º 2915-2004-HC/TC y N.º 7624-2005-PHC/TC).
- Atendiendo a ello, expuso que a la luz de una interpretación *pro homine* y *favor libertatis* del segundo párrafo del artículo 137° del Código Procesal Penal de 1991 (prolongación de la detención), se concluiría en que la “especial dificultad” o “especial prolongación de la investigación”, que permite justificar la prolongación del plazo de detención en el caso de los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros seguidos contra más de diez imputados, en agravio de igual número de personas, o del Estado (más de 36 meses), solo podría fundamentarse en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio interesado, sin que para tales efectos sea posible recurrir a una supuesta “complejidad del asunto”. Son distintas las razones que permiten arribar a tal conclusión: **i)** En primer término porque, en los supuestos descritos la complejidad, *prima facie*, que reviste el asunto, ya se encuentra explícitamente incorporada en el primer párrafo del artículo 137° que permite que el plazo máximo de detención se extienda hasta 36 meses. **ii)** En segundo término, porque el derecho subjetivo a la libertad personal del procesado

cuya culpabilidad no ha sido judicialmente declarada, no puede sacrificarse por la inoperancia de un aparato judicial que –aun teniendo presentes todas las vicisitudes propias de la complejidad que pueda ser atribuida a un proceso concreto– ha rebasado todo margen de razonabilidad al dilatar un proceso sin haber expedido sentencia; **iii)** Finalmente, porque la posibilidad de aceptar la propia conducta maliciosa del procesado como la última *ratio* en base a la cual pueda prevalecer la razonabilidad de un plazo de detención dilatado, se desprende de una interpretación sistemática del mismo artículo 137°, cuando en su sexto párrafo establece que: “(...) no se tendrá en cuenta para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas imputables al inculpado o su defensa”. (Sentencia recaída en el expediente N° 2915-2004-HC/TC. Precedente vinculante)

- Además, ha manifestado que en ningún caso el plazo de detención provisional de un procesado puede exceder el de la pena privativa de libertad preestablecida para el delito del que se le acusa. (Sentencia recaída en el expediente N° 2915-2004-HC/TC. Precedente vinculante).
- Así también, que, aunque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendidas las circunstancias del caso, excede de lo razonable. Su duración debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato. (Sentencia recaída en el expediente N° 3771-2004-HC/TC. Publicada el 2 de febrero de 2005).
- En reciente sentencia el Tribunal Constitucional ha asumido un nuevo criterio para considerar válido y constitucional la prolongación de la detención, en este caso incorporó tal posibilidad en los delitos de rebelión. Así el Tribunal Constitucional expuso “No cabe duda pues de la suma gravedad que comporta el delito de rebelión, contexto jurídico en el que el Tribunal Constitucional no resulta ajeno a la necesidad de protección y preservación de los bienes constitucionales del derecho a la paz y el garantizar el sistema democrático, por lo que concluye en señalar que resulta razonable la prolongación de la detención provisional más allá de los 36 meses cuando se trate de una instrucción por el delito de rebelión en la que concurre circunstancias que importen una especial dificultad que hagan razonable la adopción de la medida cuestionada”. (Sentencia recaída en el expediente N° 02801-2008-HC/TC.FJ N° 12. Publicada el 22 de enero de 2010).

Finalmente, es preciso indicar que, desde una visión garantista, el Código Procesal Penal de 2004, dispone de plazos más cortos para mantener la prisión preventiva. Así se dispone que esta no pueda exceder de 9 meses y en caso de procesos complejos de 18 meses, pudiendo ser prolongado por un plazo no mayor de 18 meses y, siempre y cuando, concurren circunstancias de especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse de la acción de la justicia. Aunado a ello, se dispone que la decisión judicial que decida la prolongación de la prisión preventiva requiera

de una audiencia.

9. La detención domiciliaria

Dentro de las diferentes medidas coercitivas personales la detención domiciliaria es la más grave después de la prisión provisional. Así lo reconoció el Tribunal Constitucional, en su primer caso conocido de detención domiciliaria⁶⁷, al señalar que dicha medida “(...) después de la detención es una de las más aflictivas dentro de la escala coercitiva que prevé nuestro ordenamiento legal razón por la cual la necesidad de su aplicación y el plazo de su duración debe dosificarse considerando la existencia de peligro de fuga u obstrucción probatoria por parte del procesado (...)” (Exp. N° 00066-2000-HC/TC, fundamento 6). Este mismo criterio fue luego reiterado en los Exp. N° 376-2003-HC/TC y N° 1565-2002-HC/TC. Por su parte, la Corte Suprema ha establecido que la validez constitucional de la detención domiciliaria se encuentra sujeta a los principios de subsidiaridad, razonabilidad, provisionalidad y proporcionalidad (Recurso de Nulidad N° 3836-2005).

No obstante, el tratamiento que en la práctica judicial se le ha dado a esta medida de coerción personal dista mucho de lo establecido en el artículo 143° del Código Procesal Penal de 1991. Los yerros que en esta institución se han producido son varios. Así tenemos por ejemplo los casos de detención domiciliaria con la necesaria custodia policial, lo cual ocasiona una disminución en la tarea de seguridad ciudadana.

También pueden citarse los casos de prohibición para salir a trabajar o estudiar, desconociéndose con ello otros derechos fundamentales. Si bien la norma no establece este supuesto, es posible sostener su procedencia. Así lo reconoció el Trigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Expediente N° 027-98) en el que se dispuso el permiso de trabajo bajo la consideración de que “(...) la detención domiciliaria en ningún caso determina el enclaustramiento total del justiciable en su morada, pues su apartamiento de un espacio con barrotes no es el elemento diferenciador de su reclusión efectiva (...)”. En esa misma orientación la resolución emitida por la Cuarta Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente N° 12-2001 en el que se estableció que la detención domiciliaria “(...) no se debe contraponer a los demás derechos constitucionales que no han sido limitados, como es el derecho a trabajar libremente garantizado así por la Constitución Política (...)”.

Así también, la Corte Suprema ha dispuesto que “la detención domiciliaria no significa que el imputado se mantenga siempre en su domicilio, pues, según las características del caso y los referentes concretos de peligro procesal inherentes a él, el órgano jurisdiccional podrá autorizar al procesado la

⁶⁷ En el caso Bueno Aceña se aplicó por primera vez la detención domiciliaria, conforme a los términos del art. 143° del Código Procesal Penal de 1991. En efecto mediante resolución del 30 de marzo de 1998 la Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó el mandato de detención impuesto contra dicho ciudadano español e impuso en su lugar la detención domiciliaria (Exp. 435-98-A). Esta medida se prolongó desde esa fecha hasta el 12 de abril de 2000 en que el Tribunal Constitucional declara fundada la acción de habeas corpus que dispone la cesación de esa medida coercitiva y en consecuencia su libertad. Con anterioridad a este caso solo conocemos el voto singular del vocal Talavera Elguera (Julio de 1997) en cuyo Considerando Quinto señalaba “que, a fin de compatibilizar el derecho del encausado a la libertad y el derecho del Estado de asegurar la presencia del mismo al proceso penal, dada la gravedad del hecho instruido, es menester optar por un estado intermedio de goce de la libertad, como es la detención domiciliaria...la que le es aplicable al caso por tratarse de un imputado que adolece de incapacidad física.” (Expediente 164-97, Sala Penal Superior Corporativa, Lima, 03 de julio de 1997.)

realización de una serie de actividades, dentro del marco de la detención domiciliaria, teniendo en cuenta el tipo de ocupación del acusado, la edad, el estado de salud (entre otros), debidamente acreditados en autos, y si bien, el art. 143° del Código Procesal Penal de 1991, no contiene previsión alguna al respecto, sin embargo, este silencio de la ley no implica prohibición alguna, más aún cuando, tal circunstancia implique la satisfacción de necesidades de subsistencia o salvar el estado de necesidad, o prevenirlo; en consecuencia resulta completamente razonable que a un procesado con detención domiciliaria se le pueda autorizar a trabajar, siempre que la actividad a desarrollar, el centro laboral y la necesidad de trabajar (entre otros) estén plenamente acreditados en autos, fijándose reglas precisas” (Recurso de Nulidad N° 3836-2005).

Sin embargo, desarrollando un criterio completamente distinto, la Corte Suprema también ha declarado que la detención domiciliaria “no infringe lo normado en la Ley Fundamental respecto al derecho al trabajo, pues en estricto, desde el punto de vista jurídico, la detención domiciliaria importa necesariamente la restricción de la libertad ambulatoria del procesado, y, por consiguiente, también la de otros derechos, como la del trabajo, en la medida que se pretenda efectuar fuera del domicilio” (Recurso de Nulidad N° 1172-2005). Consideramos que la detención domiciliaria no le prohíbe al Juez, atendiendo al caso concreto, autorizar que el procesado pueda salir de su domicilio para realizar aquellas actividades que sean necesarias para su desarrollo o crecimiento personal, profesional y familiar.

Otro de los problemas aplicativos de la detención domiciliaria era el relacionado a su plazo. Hasta antes de la Ley N° 29439⁶⁸, de 19 de noviembre de 2009, el Código Procesal Penal de 1991 no establecía el plazo de la detención domiciliaria. No obstante, la jurisprudencia nacional desarrolló parámetros interesantes sobre el tema, basados en los principios de proporcionalidad y provisionalidad, disponiéndose que dicha medida debía durar mientras persistan los elementos que le dieron lugar, o hasta que surjan nuevos elementos que hagan variar su situación, en especial el peligro procesal. Así, el Tribunal Constitucional declaró fundada la acción de Habeas Corpus estableciendo que “[...] la necesidad de su aplicación [de la detención domiciliaria] y el plazo de su duración debe dosificarse considerando la existencia de peligro de fuga u obstrucción probatoria por parte del procesado (...)” (Sentencia recaída en el expediente N° 066-2000-HC/TC, fundamento 6).

Por su parte, la Corte Suprema estableció que la detención domiciliaria debe ser justificada, instrumental, proporcional, excepcional y provisional, es decir razonable, “obedeciendo ello al respeto a la dignidad de la persona, a su tranquilidad y sosiego” (Recurso de Nulidad N° 972-2006), “su imposición debe estar sujeta a un plazo razonable para no convertirse en una medida arbitraria” (Recurso de Nulidad N° 2986-2005). Así, por ejemplo, la Corte Suprema estableció que tener a una persona con más de 41 meses con detención domiciliaria “no resulta razonable” (Recurso de Nulidad N° 3244-

⁶⁸ La Ley N° 29439 que modifica el art. 143° del Código Procesal Penal de 1991 dispone que la detención domiciliaria “tendrá carácter temporal y no podrá exceder de 9 meses en el procedimiento ordinario y de 18 meses en el procedimiento especial”. Esto es, atendiendo a la regulación actual (salvo los Distritos donde está vigente el CPP 2004) el plazo sería de no más de 9 meses en el sumario y de 18 meses en el ordinario. En el caso de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de 10 imputado, en agravio de igual número de personas o del Estado, el límite se duplicará. A su vencimiento, sin haberse dictado la sentencia de primer grado, deberá decretarse la inmediata suspensión, siguiéndose el proceso al procesado con comparecencia simple.

2006).

En este tema, el Tribunal Constitucional desarrolló un papel sumamente importante al delimitar el plazo de la detención domiciliaria. El Exp. N° 731-2004-HC/TC fijó pautas generales de índole cualitativo para la limitación temporal de la detención domiciliaria que son del caso anotar. Señaló, en ese entonces, el Tribunal que "(...) tomando en cuenta lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 139° de la Constitución, y, a fin de salvar este vacío legal, el Tribunal considera importante resaltar dos premisas: 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, pudiendo tornarse en tal, inclusive antes del cumplimiento del mismo cuando por ejemplo, desaparezcan las razones que motivaron el propio mandato...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 valorado en cada caso, según los elementos de juicio objetivos existentes..." Indicaba asimismo esta sentencia que "...el exceso de detención domiciliaria puede verificarse en cada caso concreto atendiendo a una serie de elementos, dentro de los cuales, la existencia de un plazo máximo como referente derivado del principio de proporcionalidad solo es uno de ellos y no el único determinante..." Finalmente, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional estableció "con carácter vinculante", dos criterios a tener en consideración: 1) peligrosidad procesal y, 2) la razonabilidad. (fundamentos 13 a 14.).

Tratamiento diferente merece el supuesto de acumulación de los días de detención domiciliaria y detención preventiva para obtener la libertad por exceso de detención, según los plazos fijados en el artículo 137° de 1991. Así, el Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia recaída en el Exp. N° 2717-2002-HC/TC, fundamento 2, que no es posible acumular el plazo de la detención domiciliaria al plazo de la detención preventiva para efectos de establecer si ha vencido, o no, el plazo máximo de detención del artículo 137° del Código Procesal Penal. Primero, porque dicho plazo solamente es aplicable a la detención preventiva; y, segundo, porque, tal como ha establecido este Tribunal en el Exp. N° 2915-2002-HC, fundamentos 18 a 31, en relación con la detención judicial preventiva, en criterio que, *mutatis mutandis*, es aplicable a la detención domiciliaria, para determinar si existe, o no, afectación del derecho a que la libertad personal no sea restringida más allá de un plazo razonable, no es un elemento determinante la fijación de un plazo legal, sino el análisis de ciertos criterios a la luz de cada caso concreto. Estos criterios son: a) la diligencia del juez en la merituación de la causa; b) la complejidad del asunto; y c) la conducta obstruccionista del imputado.

Igualmente, respecto al supuesto de acumulación de los días de detención domiciliaria y detención preventiva para obtener una comparecencia con otras restricciones, comparecencia simple o libertad provisional, existen pronunciamientos diversos. La Corte Suprema ha señalado que "no es posible acumular el tiempo de detención que mantuvo una persona procesada al periodo de detención domiciliaria posterior a su excarcelación para generar con ello su conversión en comparecencia simple o con otras restricciones distintas al arresto domiciliario", "menos aún puede invocarse tal cómputo acumulado para resolver una libertad provisional cuyo régimen y presupuestos se regulan en el art. 182° del CPP de 1991" (Recurso de Nulidad N° 264-2005). Sin embargo, también ha expuesto, contradictoriamente, la posibilidad de acumular ambos plazos para que se deje sin efecto la detención domiciliaria e imponer comparecencia con reglas de conducta,

como por ejemplo en el Recurso de Nulidad N° 970-2006 donde se contabilizó los 18 meses de detención preventiva y los 18 meses de detención domiciliaria, haciendo un total de 36 meses sin haberse dictado sentencia “configurándose de esta manera el supuesto fáctico prescrito en el art. 137° CPP”.

De otro lado, a propósito de la Ley N° 28568, que modificaba el artículo único del artículo 47° del Código Penal referido al abono de la detención preliminar, preventiva y domiciliaria para el cómputo del descuento de la pena privativa de libertad, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia normativa de trascendental relevancia (Exp. N° 0019-2005-PI/TC). En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional expuso que “en modo alguno puede sostenerse que la detención preventiva y la detención domiciliaria tengan la misma incidencia sobre la libertad personal, pues con ello se estaría afectando el principio de igualdad. Además, que la homologación de un día de detención domiciliaria por un día de privación de libertad vacía de contenido la finalidad preventivo-general de la pena privativa de libertad, pues reduce irrazonablemente la posibilidad de que genere un suficiente efecto intimidatorio.

Además, y lo que es más grave, desvirtúa la posibilidad de que la sociedad afiance su confianza en el orden penitenciario constitucional, pues se observará con impotencia cómo delitos de naturaleza particularmente grave son sancionados con penas nimias, o absolutamente leves en relación al daño social causado. La norma resulta también contraria a la finalidad preventivo-especial de la pena, pues al permitir que el delincuente conciba el arresto domiciliario como una limitación de la libertad personal idéntica a la pena privativa de libertad, debilita, e incluso, descarta toda posibilidad de que internalice la gravedad de su conducta. Esto resultará particularmente evidente en el caso de delitos de corrupción, en los que los beneficios generados por la comisión del delito aparecerán como significativamente superiores a la gravedad de la pena impuesta como consecuencia de su comisión. La tendencia a la reiteración de esta conducta es, pues, un peligro inminente para la sociedad”.

La decisión del Tribunal Constitucional es adecuada, en cuanto no es viable homologar la detención domiciliaria a la prisión preventiva; sin embargo, consideramos que debe existir un descuento de la pena, atendiendo a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Si bien los efectos de ambas medidas no son los mismos (en lo psicológico, como en el nivel de intensidad afflictiva), sin embargo, la libertad personal resulta afectada.

Felizmente, así lo entendió posteriormente el Tribunal Constitucional al variar de criterio en la sentencia emitida en el Expediente N° 06201-2007, fundamento 8 a 9, donde expuso que es “razonable y constitucionalmente válido que los días, meses o años de arresto en domicilio, a pesar de no existir previsión legal que contemple este supuesto, sean considerados por el Juez a efectos de reducir la extensión de la pena, o dicho, en otros términos, para abonar al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena. Es imposible aceptar entonces, si nos ubicamos en el contenido mismo de la Constitución, que apoyado en el principio de dignidad humana le concede el derecho de libertad individual a las personas, que los días de arresto domiciliario carezcan de valor. Lo contrario significaría caer en un positivismo puro que no se condice con la Constitución, que es una norma fundamental insuflada de valores y principios, que niega una interpretación restrictiva de su texto normativo y que contempla la interposición del Hábeas Corpus no solo frente actos sino también ante omisiones de cualquier

autoridad, funcionario o persona que violan la libertad individual (en el caso de autos, omisión inadmisibles del legislador”.

Más allá de ello, en esta sentencia el Tribunal Constitucional exhortó al Congreso de la República para que en el menor tiempo que suponga el proceso legislativo previsto por la Constitución, expida una ley que regule la fórmula matemática a aplicarse con ocasión de abonar la detención domiciliaria al cómputo de la pena y evite la violación de los derechos fundamentales de todas aquellas personas que podrían verse inmersas en una situación como la planteada en este caso”. Sin embargo, han transcurrido más de 2 años y hasta la fecha el Congreso no ha legislado al respecto.

Por último, respecto a la posibilidad de imponer detención domiciliaria luego de otorgar a una persona libertad por exceso de detención preventiva han surgido diversos pronunciamientos. De un lado, hay quienes avalan esta posibilidad, esto es, que luego de haber transcurrido el plazo límite de detención preventiva se varíe por arresto domiciliario, así, por ejemplo, la Corte Suprema dispuso que “teniendo en cuenta que el proceso es complejo, además que se encuentran comprendidos más de 10 sujetos activos, es del caso adoptar las medidas pertinentes a fin de evitar el peligro de fuga, frente a la posibilidad de entorpecimiento de la actividad probatoria o de la actividad jurisdiccional” (Recurso de Nulidad N° 2615-2004).

Sin embargo, la Corte Suprema variaría de criterio en las Ejecutorias N° 362-2005 y 3314-2005, donde se estableció que luego de la detención no es pertinente que se establezca arresto domiciliario, pues se estaría imponiendo dos medidas cautelares sucesivas que afectan el mismo derecho fundamental, cual es la libertad física. Así también, la Defensoría del Pueblo en un *amicus curie* consideró que “la decisión de mantener vigente la orden de arresto domiciliario contra el ciudadano Walter Chacón Málaga solo podría ser válida en la medida que se acredite fehacientemente y no sobre la base de suposiciones o referencias generales, el peligro procesal que su libertad pueda generar para el desarrollo del proceso penal”.

10. Reflexión final

Un modelo democrático se caracteriza por entender que la restricción a la libertad de la persona ha de adoptarse a través de un procedimiento previamente determinado, en el que se respeten los derechos que la propia Constitución consagra.

Sin embargo, conforme se ha observado, la respuesta que en los últimos años ha ofrecido el legislador y el juez peruano al problema de la criminalidad y, por tanto, el tratamiento que ha realizado de la prisión provisional y otras medidas restrictivas de la libertad se ha caracterizado por alejarse de las funciones que estas medidas deben atender.

Esta realidad denota la ausencia de una clara voluntad política de desarrollar un proceso penal acorde con un Estado Social y Democrático de Derecho, el mismo que impone no solo el deber estatal de resolver problemas sociales, sino también que en dicha tarea se respeten los derechos fundamentales.

Ante esto, quienes nos encontramos vinculados al estudio del proceso penal tenemos, en primer lugar, la obligación de exponer las bases dogmáticas de las instituciones que conforman esta rama jurídica (tarea necesaria) y también, nos encontramos obligados a confrontar tales ideas con la realidad, ejercicio que consideramos indispensable para superar su actual crisis

normativa y jurisprudencial.

Lima, 11 de diciembre de 2010

Lista de referencias

Arroyo, M. (2003). Evaluando la estrategia Giuliani: La política de cero tolerancias en el Distrito Federal. *Centro Internacional de Estudios sobre Seguridad*, p. 1 -19. <http://escholarship.org/uc/item/0p66x3vx.pdf>

Asencio, J. (2008). *Derecho Procesal Penal*. Tirant To Blanch.

Binder, A. (1993). La importancia y límites del periodismo judicial. En *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Ad Hoc.

Binder, A. (1997). *Política criminal de la formulación a la praxis*. Ad Hoc.

Binder, A. (2005). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad Hoc.

Bovino, A. (2006). *Contra la inocencia*. Derecho Penal online. Consultado el 9 de noviembre de 2010. <https://derechopenalonline.com/contra-la-inocencia/>

Burgos, V. (2009). *La oralidad en el proceso de implementación del NCPP, experiencias nacionales*. [presentación de diapositivas]. I encuentro de exalumnos peruanos del CEJA.

Defensoría del Pueblo (2008). *Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N.º 29009*. Informe Defensorial N.º 129, Lima.

Díaz, F. (1997). *Los valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Duce, M. (2002). *La oralidad en las etapas previas al juicio* [presentación de diapositivas]. CEJA

Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y Razón*. Trota.

García, P. (2008). Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Anuario de Derecho Penal*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Garton, T. (2008). *La sociedad más vigilada de Europa. La tierra de Orwell, las prácticas orwellianas avanzan*. Diario El País. Consultado el 9 de noviembre de 2010.

<http://www.elpais.com/articulo/panorama/sociedad/vigilada/Europa/el-pepusocdgm/20071118elpdmgpan_1/Tes/>

Gimeno, S.; Conde-Pumpido, T; y, Garberí, J. (2000). *Los Procesos Penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*. Bosch

Gonzales, D. (1999). *Las garantías constitucionales de la detención*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

González, G. (1983). *Comentarios a la legislación penal*. Edersa.

Odone, S. (2003). *La prisión provisional y derechos fundamentales*. Tirant To Blanch.

Oré, A. y Loza, G. (2007). *¿En busca de un proceso penal eficiente? Comentarios a las recientes normas que modifican el proceso penal peruano*. A propósito de los Decretos Legislativos 983 y 989, entre otros.

Oré, E. (2008). El pasado criminal como factor de agravación de la pena. La reincidencia y habitualidad en la sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. 00014-2006-PI/TC. *JUS Constitucional*.

Rubio, M.; Eguiguren, F.; y, Bernales, E. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución)*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

San Martín, C. (1999). *Derecho procesal penal*. Grijley.

San Martín, C. (2003). *Derecho Procesal Penal*. Grijley.

Serrano, G. (1976). La reincidencia en el Código Penal. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 71-72.

Vassalli, G. (1995). Emergencia criminal y sistema penal. En *Derecho Penal Hoy*. Editorial Del Puerto.

Otras fuentes de información

- **Códigos**

Código de Procedimientos Penales de 1939. Ley N° 9024 (Promulgado el 23 de noviembre de 1939)

Código Procesal Penal de 1991. Decreto Legislativo N° 638 (Publicado el 27 de abril de 1991)

Código Procesal Penal de 2004. Decreto Legislativo N° 957 (Publicado el 29 de julio de 2004)

- **Leyes**

Decreto Legislativo N° 895 (Publicado el 23 de mayo de 1998)

Decreto Legislativo N° 896 (Publicado el 24 de mayo de 1998)

Decreto Legislativo N° 897 (Publicado el 26 de mayo de 1998).

Decreto Legislativo N° 921 (Publicado el 18 de enero de 2003)

Decreto Legislativo N° 922 (Publicado el 12 de febrero de 2003)

Decreto Legislativo N° 923 (Publicado el 20 de febrero de 2003)

Decreto Legislativo N° 982 (Publicado el 22 de julio de 2007)

Decreto Legislativo N° 983 ((Publicado el 22 de julio de 2007)

Decreto Legislativo N° 984 (Publicado el 22 de julio de 2007)

Decreto Legislativo N° 985 (Publicado el 22 de julio de 2007)

Decreto Legislativo N° 986 (Publicado el 22 de julio de 2007)

Decreto Legislativo N° 987 (Publicado el 22 de julio de 2007)

Decreto Legislativo N° 988 (Publicado el 22 de julio de 2007)

Decreto Legislativo N° 989 (Publicado el 22 de julio de 2007)

Decreto Ley N° 25475 (Publicado el 6 de mayo de 1992).
Decreto Ley N° 25659 (Publicado el 13 de agosto de 1992).
Decreto Ley N° 25708 (Publicado el 10 de septiembre de 1992).
Decreto Ley N° 25880 (Publicado el 26 de noviembre de 1992)

Ley N° 25824 (Publicada el 9 de noviembre de 1992)
Ley N° 27226 (Publicada el 17 de diciembre de 1999)
Ley N° 27379 (Publicada el 21 de diciembre de 2000)
Ley N° 27553 (Publicada el 13 de noviembre de 2001)
Ley N° 27908 (Publicada el 7 de enero 2003)
Ley N° 27934 (Publicada el 12 de febrero de 2003)
Ley N° 28105 (Publicada el 21 de noviembre de 2003)
Ley N° 28568 (Publicada el 3 de julio de 2005)
Ley N° 28726 (Publicada el 9 de mayo de 2006)
Ley N° 29372 (Publicada el 9 de junio de 2009)
Ley N° 29407 (Publicada el 18 de septiembre de 2009)
Ley N° 29439 (Publicada el 19 de noviembre de 2009)
Ley N° 29499 (Publicada el 19 de enero de 2010)
Ley N° 29569 (Publicada el 25 de agosto de 2010)
Ley N° 29570 (Publicada el 25 de agosto de 2010)
Ley N° 29604 (Publicada el 22 de octubre de 2010)

• **Sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional**

STC N° 00066-2000-HC/TC. Publicada el 16 de junio de 2000
STC N° 01107-99-HC/TC. Publicada el 26 de julio de 2000
STC N° 00873-2000-HC/TC. Publicada el 19 de enero de 2001
STC N° 01324-2000-HC/TC. Publicada el 27 de marzo de 2001
STC N° 01318-2000-HC/TC. Publicada el 13 de abril de 2001
STC N° 01324-2000-HC/TC. Publicada el 27 de marzo de 2001
RTC N° 00849-2000-HC/TC. Publicada el 3 de agosto de 2001
STC N° 00005-2001-AI/TC. Publicada el 17 de noviembre de 2001
STC N° 01091-2002-HC/TC. Publicada el 16 de agosto de 2002
STC N° 01565-2002-HC/TC. Publicada el 12 de septiembre de 2002
STC N° 00791-2002-HC/TC. Publicada el 7 de octubre de 2002
STC N° 00010-2002-AI/TC. Publicada el 4 de enero de 2003
STC N° 01567-2002-PHC/TC. Publicada el 28 de enero de 2003
STC N° 00376-2003-HC/TC. Publicada el 9 de mayo de 2003
RTC N° 02712-2002-HC/TC. Publicada el 16 de mayo de 2003
STC N° 02717-2002-HC/TC. Publicada el 22 de mayo de 2003
STC N° 00290-2002-PHC/TC. Publicada el 4 de junio de 2003

STC N° 00828-2003-PHC/TC. Publicada el 27 de julio de 2003

STC N° 00298-2003-HC/TC. Publicada el 21 de agosto de 2003

STC N° 02915-2004-HC/TC. Publicada el 25 de noviembre de 2004

STC N° 03771-2004-HC/TC. Precedente vinculante. Publicada el 2 de febrero de 2005

STC N° 03766-2004-PHC/TC. Publicada el 2 de febrero de 2005

RTC N° 01753-2003-HC/TC. Publicada el 4 de febrero de 2005.

STC N° 02096-2004-PHC/TC. Publicada el 28 de abril de 2005

STC N° 00731-2004-HC/TC. Publicada el 31 de mayo de 2005

STC N° 00019-2005-AI/TC. Publicada el 21 de julio de 2005

STC N° 02342-2005-PHC/TC. Publicada el 15 de agosto de 2005

STC N° 01084-2005-HC/TC. Publicada el 5 de enero de 2006

STC N° 08125-2005-PHC/TC. Publicada el 25 de enero de 2006

STC N° 08123-2005-HC/TC. Publicada el 15 de mayo de 2006

STC N° 07376-2005-PHC/TC. Publicada el 5 de julio de 2006

STC N° 01923-2006-HC/TC. Publicada el 18 de julio de 2006

STC N.° 07624-2005-PHC/TC. Publicada el 28 de agosto de 2006

STC N° 02617-2006-PHC/TC. Publicada el 31 de agosto de 2006.

STC N° 05451-2005-PHC/TC. Publicada el 30 de noviembre de 2006.

STC N° 06142-2006-HC/TC. Publicada el 8 de mayo de 2007

STC N° 00014-2006.PI/TC. Publicada el 21 de noviembre de 2007

STC N° 06201-2007. Publicado el 19 de marzo de 2008

STC N° 05010-2008-HC/TC. Publicado el 5 de junio de 2009

STC N° 06423-2007-HC/TC. Publicada el 8 de enero de 2010

STC N° 02801-2008-HC/TC. Publicada el 22 de enero de 2010

STC N° 04184-2009-HC/TC. Publicada el 16 de abril de 2010

STC N° 05591-2009-HC/TC. Publicada el 30 de abril de 2010

STC N° 03691-2009-HC/TC. Publicada el 21 de mayo de 2010

STC N° 00012-2008-AI/TC. Publicada el 19 de julio de 2010

- **Casaciones y Ejecutorias de la Corte Suprema**

Casación N° 01-2007/Huaura, de 26 de julio de 2007

Casación N° 61-2009/La Libertad, de 5 de marzo de 2010

Recurso de Nulidad N° 863-2005, de 27 de mayo de 2005. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

Recurso de Nulidad N° 2615-2004, del 30 de mayo de 2005. Segunda Sala Penal Transitoria

Recurso de Nulidad N° 264-2005, de 21 de junio de 2005. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

Recurso de Nulidad N° 362-2005, de 10 de enero de 2006. Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Recurso de Nulidad N° 1172-2005, de 11 de mayo de 2006. Segunda Sala Penal Transitoria.

Recurso de Nulidad N° 2986-2005, de 17 de julio de 2006. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

Recurso de Nulidad N° 970-2006, de 17 de julio de 2006. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Recurso de Nulidad N° 3836-2005, de 27 de octubre de 2006. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

Recurso de Nulidad N° 3244-2006, de 14 de diciembre de 2006. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema

Recurso de Nulidad N° 972-2006, del 19 de diciembre de 2006. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Recurso de Nulidad N° 3314-2005, del 27 de diciembre de 2006. Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

- **Resoluciones de la Corte Superior de Lima**

Expediente N° 164-97. Resolución del 3 de julio de 1997. Sala Penal Superior Corporativa

Expediente N° 435-98-A. Resolución del 30 de marzo de 1998. Sala de Apelaciones de Procesos Sumarios con Reos en Cárcel.

Expediente N° 04-2001. Resoluciones del 16 de enero de 2004 y resolución de 22 de enero de 2007, respectivamente. Primera Sala Penal Especial de Lima.

Expediente N° 31-2002."Z". Resolución N° 54, de 8 de marzo de 2004. Primera Sala Penal Especial de Lima.

- **Pleno Jurisdiccional y Acuerdo Plenario**

Pleno Jurisdiccional Regional sobre el Código Procesal Penal de 2004. Arequipa, 3 de julio de 2009.

Acuerdo N° 6-2008/La Libertad. Trujillo, 4 de enero de 2008.

- **Sentencias de la Corte IDH**

Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16

Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35

Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Caso Cesti Hurtado Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56

Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137

- **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

Informe 2/97. Casos varios v. Argentina, 11 de marzo de 1997.

Informe 12/96. Caso: Jorge A. Giménez v. Argentina, Caso 11.245, 11 de marzo de 1996